

## **Rapporto esplicativo concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (diritto della società anonima)**

del ...

---

### **Compendio**

*L'avamprogetto traspone nella legislazione federale l'ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa, entrata in vigore il 1° gennaio 2014, e introduce migliorie in materia di governo d'impresa, anche per le società non quotate. Conferisce una struttura più flessibile alle disposizioni sulla costituzione di società e sul capitale sociale e armonizza il diritto azionario con il nuovo diritto contabile. Inoltre, contiene una proposta per il disciplinamento della trasparenza nelle imprese economicamente importanti che operano nel settore delle materie prime.*

### **Situazione iniziale**

*Il 21 dicembre 2007 il Consiglio federale ha adottato il messaggio concernente la revisione del diritto della società anonima e del diritto contabile. L'obiettivo della riforma consisteva principalmente nel migliorare il governo d'impresa (ossia la cosiddetta «corporate governance»), nell'accordare alle società un più ampio margine di manovra per la definizione delle strutture del capitale e nell'introdurre un nuovo diritto contabile. La riforma prevedeva anche la modernizzazione delle disposizioni sull'assemblea generale.*

*L'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», depositata solo due mesi dopo, ha decisamente mutato il corso dei lavori legislativi, avviando sul piano politico un percorso ad ostacoli protrattosi per diversi anni. In seguito al trionfo dell'iniziativa, plebiscitata da Popolo e Cantoni nel marzo 2013, l'articolo 95 della Costituzione federale è stato completato con un capoverso 3, che rafforza i diritti degli azionisti delle società quotate in borsa, vieta determinati tipi di retribuzione, introduce un obbligo di voto e di pubblicità per le casse pensioni e prevede nuove disposizioni penali. In virtù dell'articolo 197 numero 10 della Costituzione federale, anch'esso introdotto con l'accettazione dell'iniziativa nel marzo 2013, il Consiglio federale ha adottato l'ordinanza del 20 novembre 2013 contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa. Ha così emanato le disposizioni volute dal Costituente, che rimarranno valide fino all'entrata in vigore delle disposizioni legali.*

*Nel corso della sessione estiva 2013, il Parlamento ha rinviato il messaggio e il disegno 2007 al Consiglio federale.*

---

## **Contenuto dell'avamprogetto**

*L'avamprogetto riprende la revisione interrotta del diritto azionario. Nel 2009 il Consiglio degli Stati aveva già ultimato la deliberazione e accettato le nuove disposizioni senza grandi contestazioni; l'attuale revisione si basa in gran parte sul disegno 2007. L'allentamento delle disposizioni sulla costituzione e sul capitale, il miglioramento del governo d'impresa – anche per le società non quotate in borsa – e l'impiego dei mezzi di comunicazione elettronici nelle assemblee generali sono elementi cardinali presenti anche nel nuovo avamprogetto. Le disposizioni del disegno 2007 vengono però messe a punto alla luce degli ultimi sviluppi della dottrina e della giurisprudenza.*

*Una serie di revisioni di dettaglio e la disgiunzione di alcune materie, intervenute dopo l'adozione del disegno 2007 da parte del Consiglio federale, hanno creato nuove intersezioni e la necessità di nuove accordature. In particolare lo scorporo del diritto contabile, deliberato separatamente dal Parlamento dall'estate 2009 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013, ha creato varie incongruenze che con il presente avamprogetto vengono ora eliminate. Le disposizioni sulle riserve e sulle azioni proprie vengono armonizzate, il capitale azionario non deve più essere obbligatoriamente costituito in franchi svizzeri e nelle disposizioni sulla restituzione degli apporti di capitale vengono introdotte nuove norme a tutela degli investitori. Nell'ambito delle riduzioni del capitale, della restituzione di apporti di capitale e delle prescrizioni sul risanamento ci si preoccupa maggiormente della liquidità attuale e futura della società.*

*L'avamprogetto traspone le disposizioni della menzionata ordinanza nelle pertinenti leggi federali (Codice delle obbligazioni, legge federale sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità, Codice penale). Affronta anche altri temi strettamente connessi all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», in particolare per garantire la certezza del diritto e garantirne l'applicazione. L'avamprogetto precisa in particolare gli obblighi di diligenza dei membri del consiglio d'amministrazione e della direzione nell'ambito delle politiche retributive, vieta le votazioni prospettive sulle retribuzioni variabili, fissa dei limiti ai premi di assunzione e alle indennità per il divieto di concorrenza e abbassa la soglia per l'azione di restituzione.*

*Oltre ai tre ambiti menzionati, l'avamprogetto riprende altri temi sollevati negli ultimi anni da interventi parlamentari e da dibattiti politici e pubblici. Introduce un valore di riferimento per la rappresentanza dei sessi nel consiglio d'amministrazione e nella direzione delle società quotate in borsa economicamente importanti e propone una soluzione per il problema del volume elevato di azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni. Le rivedute disposizioni sul risanamento incoraggeranno le imprese a predisporre tempestivamente le necessarie misure di risanamento, possibilmente prima dell'avvio di una procedura concordataria ufficiale. Sul piano della procedura civile sono inoltre previste misure che agevolano la promozione delle azioni del diritto azionario, ad esempio dell'azione di responsabilità.*

*In linea con il diritto europeo, l'avamprogetto contempla una proposta per il disciplinamento della trasparenza nelle società economicamente importanti attive nel settore delle materie prime. Queste società saranno tenute a rendere pubblici i pagamenti da loro effettuati a favore degli enti statali.*

## Indice

<b>Compendio</b>	<b>1</b>
<b>1 Punti essenziali del progetto</b>	<b>7</b>
1.1 Situazione iniziale	7
1.1.1 Disegno del 21 dicembre 2007	7
1.1.2 Deposito dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» e disegno del 5 dicembre 2008	8
1.1.3 Completamento della deliberazione nella Camera prioritaria	9
1.1.4 Sospensione delle deliberazioni nella seconda Camera e primo controprogetto diretto	9
1.1.5 Contromossa della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati mediante iniziativa parlamentare	10
1.1.6 Nuovo controprogetto indiretto del 2010	10
1.1.6.1 Formulazione e considerazione di un'ulteriore iniziativa parlamentare	10
1.1.6.2 Progetto 1 dell'oggetto 10.443 come nuovo controprogetto indiretto	11
1.1.6.3 Progetto 2 dell'oggetto 10.443 e secondo controprogetto diretto	12
1.1.7 Accettazione dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive»	13
1.1.8 Attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.	14
1.1.8.1 Ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA)	14
1.1.8.2 Inapplicabilità diretta dell'articolo 95 capoverso 3 e primato dell'OReSA	14
1.1.8.3 Panoramica delle disposizioni dell'OReSA	15
1.1.8.4 Validità temporale dell'OReSA	17
1.1.9 Rinvio del disegno del 21 dicembre 2007 e mandato del Parlamento	17
1.2 Duplice unitarietà del progetto	17
1.3 Nuovo disciplinamento proposto	19
1.3.1 Capitale e riserve	19
1.3.1.1 Capitale azionario in moneta estera	19
1.3.1.2 Liberazione e valore nominale	21
1.3.1.3 (Prevista) assunzione di beni	23
1.3.1.4 Riduzione del capitale e margine di variazione del capitale	26
1.3.1.5 Riserve	27
1.3.2 Capitale di partecipazione e fondi speculativi	28
1.3.2.1 Dibattito sulle «cavallette» in Germania	28
1.3.2.2 Situazione contestuale in Svizzera	30
1.3.3 Azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni	31
1.3.3.1 Definizione	31

1.3.3.2	Potenziali problemi legati alle azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni	31
1.3.3.3	Nel disegno 2007	32
1.3.3.4	Tratti salienti del modello del <i>nominee</i>	32
1.3.3.5	Vantaggi e svantaggi del modello del <i>nominee</i>	33
1.3.3.6	Soluzione proposta	35
1.3.3.7	Impiego di mezzi di comunicazione elettronici	35
1.3.4	Attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.	36
1.3.4.1	Disposizioni concernenti la società anonima	36
1.3.4.2	Disposizioni sugli istituti di previdenza	37
1.3.4.3	Disposizioni penali	37
1.3.4.4	Premi di assunzione, indennità per divieto di concorrenza	40
1.3.5	Valori di riferimento per la rappresentanza di ambo i sessi nel consiglio d'amministrazione e nella direzione	41
1.3.6	Governo d'impresa	43
1.3.6.1	Controlli e contrappesi	43
1.3.6.2	Diritto di ottenere informazioni e di consultare gli atti	43
1.3.6.3	Diritto di ottenere informazioni sulle retribuzioni versate ai quadri superiori	44
1.3.6.4	Altri aspetti del governo d'impresa	44
1.3.6.5	Esercizio dei diritti degli azionisti, azioni di diritto societario	45
1.3.6.6	Parziale abbassamento dei valori soglia	46
1.3.6.7	Azione di restituzione	48
1.3.6.8	Diritto di promuovere azioni di prestazione alla società a spese di quest'ultima	48
1.3.6.9	Estensione e sospensione del termine di perenzione	51
1.3.7	Disposizioni sul risanamento nel Codice delle obbligazioni	52
1.3.7.1	Contesto ed elementi chiave della revisione	52
1.3.7.2	Mutui nell'ambito del risanamento	54
1.3.7.3	Integrazione del differimento del fallimento nelle rivedute disposizioni della LEF sulla moratoria concordataria	55
1.3.7.4	Possibilità di risanamento in altre leggi	55
1.3.8	Soppressione dell'obbligo di consolidamento al valore contabile	56
1.3.9	Rapporto delle imprese operanti nel settore delle materie prime sui pagamenti a favore degli enti statali	57
1.3.9.1	In generale	57
1.3.9.2	Profilo della regolamentazione	57
1.3.9.3	Obiettivi della regolamentazione	58
1.3.10	Coerenza con le disposizioni applicabili in altri ambiti del diritto	59
1.4	Rapporti con il diritto europeo	60

1.4.1	Nessun obbligo diretto	60
1.4.2	Direttiva 2007/36/CE relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate	60
1.4.3	Modifica proposta dalla Commissione europea per la Direttiva 2007/36/CE	61
1.4.4	Seconda direttiva sul diritto delle società (2012/30/UE, «direttiva sul capitale»)	62
1.4.5	Raccomandazioni della Commissione europea sulla politica retributiva delle società quotate	64
1.4.6	Direttiva 2013/34/UE («direttiva contabile») e direttiva 2013/50/UE (modifica della «direttiva sulla trasparenza»)	64
1.5	Attuazione	66
1.6	Stralcio di interventi parlamentari	66
1.6.1	Interventi parlamentari da togliere dal ruolo	66
1.6.2	Interventi non ancora trattati dal Parlamento	68
<b>2</b>	<b>Commento ai singoli articoli</b>	<b>69</b>
2.1	Società anonima	69
2.1.1	Organizzazione della società anonima	69
2.1.2	Liberazione e assunzione di beni	74
2.1.3	Vantaggi speciali	80
2.1.4	Iscrizione nel registro di commercio	80
2.1.5	Aumento ordinario	80
2.1.6	Aumento con capitale condizionale	84
2.1.7	Riduzione ordinaria del capitale	86
2.1.8	Forme speciali di riduzione del capitale	88
2.1.9	Margine di variazione del capitale	90
2.1.10	Buoni di partecipazione	94
2.1.11	Acquisto di azioni proprie	96
2.1.12	Maggiori/minori dividendi per gli azionisti rappresentati nell'assemblea generale /	97
2.1.13	Abrogazione delle disposizioni concernenti la presentazione dei conti delle SA	99
2.1.14	Riserve	99
2.1.15	Acconti sui dividendi	102
2.1.16	Divieto di rimborsare	104
2.1.17	Restituzione di prestazioni	104
2.1.18	Limitazione della trasferibilità delle azioni nominative quotate in borsa	107
2.1.19	Rappresentanza in seno all'assemblea generale	108
2.1.20	Diritto di voto, azioni con diritto di voto privilegiato	111
2.1.21	Comunicazione della relazione sulla gestione	112
2.1.22	Diritto di ottenere raggugli e di consultare documenti.	113
2.1.23	Verifica speciale	114
2.1.24	Diritto di promuovere un'azione a spese della società	116
2.1.25	Clausola arbitrale statutaria	118
2.1.26	Poteri inalienabili dell'assemblea generale	120

2.1.27	Convocazione dell'assemblea generale e iscrizione degli oggetti all'ordine del giorno	120
2.1.28	Luogo di riunione dell'assemblea generale	123
2.1.29	Impiego di mezzi di comunicazione elettronici	124
2.1.30	Svolgimento dell'assemblea generale	128
2.1.31	Composizione e organizzazione del consiglio d'amministrazione	131
2.1.32	Responsabilità per il fatto degli organi	138
2.1.33	Rischio d'insolvenza, perdita di capitale ed eccedenza dei debiti	138
2.1.34	L'ufficio di revisione	143
2.1.35	Retribuzioni nelle società quotate in borsa	144
2.1.36	Scioglimento della società	157
2.1.37	Responsabilità degli organi	157
2.1.38	Partecipazione di corporazioni di diritto pubblico	162
2.2	Modifica di altre disposizioni del Codice delle obbligazioni	162
2.2.1	Società in accomandita per azioni	162
2.2.2	Società a garanzia limitata	162
2.2.3	Società cooperativa	166
2.2.4	Presentazione dei conti	169
2.2.5	Trasparenza nelle imprese di materie prime	172
2.2.6	Disposizioni transitorie	177
2.3	Modifica di altri atti normativi	179
2.3.1	Codice civile del 10 dicembre 1907	179
	2.3.1.1 Diritto delle associazioni	179
	2.3.1.2 Diritto delle fondazioni	179
2.3.2	Legge del 3 ottobre 2003 sulla fusione	180
2.3.3	Codice di procedura civile del 19 dicembre 2008	181
2.3.4	Legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento	182
2.3.5	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937	185
2.3.6	Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta	193
2.3.7	Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni	194
2.3.8	Legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza per la vecchiaia, i superstiti e l'invalità	194
2.3.9	Legge del 23 giugno 2006 sugli investimenti collettivi	198
2.3.10	Legge dell'8 novembre 1934 sulle banche	198
2.3.11	Legge del 17 dicembre 2004 sulla sorveglianza degli assicuratori	198
<b>3</b>	<b>Ripercussioni</b>	<b>199</b>
3.1	Ripercussioni sulla Confederazione	199
	3.1.1 Ripercussioni sulle finanze	199
	3.1.2 Ripercussioni sul personale	199
3.2	Ripercussioni sui Cantoni	200
3.3	Ripercussioni per l'economia nazionale	200

3.3.1	Struttura del capitale	200
3.3.2	Governo d'impresa e diritti degli azionisti	202
3.3.3	Attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.	204
3.3.4	Rappresentanza dei sessi in seno al consiglio d'amministrazione e nella direzione	204
3.3.5	Soppressione del consolidamento al valore contabile	205
3.4	Relazione dell'indice «Protecting Investors» della Banca mondiale con l'avamprogetto	205
<b>4</b>	<b>Relazione con il programma di legislatura e le strategie nazionali del Consiglio federale</b>	<b>207</b>
<b>5</b>	<b>Aspetti giuridici</b>	<b>208</b>
5.1	Costituzionalità	208
5.2	Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera	208
5.3	Forma dell'atto	209
5.4	Delega di competenze legislative	209

## **1 Punti essenziali del progetto**

### **1.1 Situazione iniziale**

#### **1.1.1 Disegno del 21 dicembre 2007**

Con il disegno del 21 dicembre 2007<sup>1</sup>, il Consiglio federale intendeva modernizzare il diritto azionario e adeguarlo alle esigenze dell'economia. Il progetto era inteso a migliorare il governo d'impresa, ad accrescere il margine di manovra nell'ambito delle strutture del capitale, a disciplinare l'utilizzo di mezzi elettronici per lo svolgimento dell'assemblea generale e a sostituire l'ormai obsoleto e lacunoso diritto contabile.<sup>2</sup>

Il 7 aprile 2009, la Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati (CAG-S) separava il diritto contabile dal resto delle disposizioni, derivandone il progetto 2 dell'oggetto 08.011 sul diritto contabile. Da quel momento in poi, la materia veniva trattata separatamente dalle disposizioni sul diritto azionario. La disgiunzione era intesa a impedire che la deliberazione del diritto azionario (disegno 1 dell'oggetto 08.011) venisse ostacolata da quella del diritto contabile.<sup>3</sup> Come si dimostrò in seguito, essa favorì invece proprio la riforma del diritto contabile, che scampò così al vortice politico scatenato dall'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» (cfr. cap. 1.1.2 segg.). Con decreto del 21 novembre 2012, il Consiglio federale fissava dunque l'entrata in vigore del diritto contabile al 1°

<sup>1</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321 segg. S. KATHARINA RÜDLINGER, Was bringt der Entwurf zum neuen Aktienrecht?, ST 2008/1–2, pag. 18 segg.

<sup>2</sup> Comunicato stampa del DFGP del 21 dic. 2007.

<sup>3</sup> Comunicato stampa della GAG-S del 16 giu.2009. Boll. Uff. **2009** S 602; Boll. Uff. **2009** S 1187.

gennaio 2013<sup>4</sup>, in concomitanza con l'entrata in vigore della nuova ordinanza del 21 novembre 2012 sulle norme contabili riconosciute (ONCR)<sup>5</sup>.

Il 20 settembre 2010, durante le prime deliberazioni di dettaglio del progetto 2, il Consiglio nazionale accoglieva una proposta individuale per l'innalzamento dei valori soglia definiti all'articolo 727 capoverso 1 numero 2 CO, che tracciano il confine tra le società sottoposte a revisione limitata e quelle sottoposte a revisione ordinaria. Tali valori furono dunque innalzati da 10 a 20 milioni di franchi per il bilancio complessivo, da 20 a 40 milioni di franchi per la cifra d'affari e da 50 a 250 posti a tempo pieno in media annuale. Questa proposta andò a costituire il progetto 3 dell'oggetto 08.011.<sup>6</sup> L'innalzamento dei valori soglia, posto in vigore soltanto a partire dal 1° gennaio 2008, fu approvato con netta maggioranza da entrambe le Camere dopo qualche passaggio dall'una all'altra, e posto in vigore dal Consiglio federale per il 1° gennaio 2012.<sup>7</sup>

### **1.1.2                    Deposito dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» e disegno del 5 dicembre 2008**

Due mesi dopo l'adozione del disegno 2007 (cfr. cap. 1.1.1) da parte del Consiglio federale, è stata depositata l'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive». Con essa i suoi promotori chiedevano che si ponesse un freno alle retribuzioni, da loro considerate eccessive, corrisposte ai massimi dirigenti delle società anonime quotate in borsa. Per realizzare tale obiettivo, proponevano di aumentare la trasparenza in materia di retribuzioni, di vietarne alcune specie, di rafforzare i diritti di partecipazione degli azionisti, di prevedere un obbligo di voto e di pubblicità per le casse pensioni e di introdurre nuove disposizioni penali. A tal fine chiedevano di aggiungere un terzo capoverso all'articolo 95 della Costituzione federale.

Con messaggio del 5 dicembre 2008<sup>8</sup>, il Consiglio federale raccomandava di respingere l'iniziativa popolare, ritenendo che comportasse un'ingerenza eccessiva nell'autonomia privata e nella libertà economica delle società quotate in borsa. Il disegno aggiuntivo presentato con questo messaggio completava tuttavia il disegno 2007 con una serie di disposizioni specifiche sulle retribuzioni versate ai massimi dirigenti. Le disposizioni aggiuntive precisavano gli obblighi di diligenza del consiglio d'amministrazione e della direzione, rendevano più incisiva l'azione di restituzione, estendevano i diritti di partecipazione degli azionisti e aumentavano la trasparenza. Rispetto all'iniziativa popolare, concedevano però un maggior margine di manovra alle società, e in particolare agli azionisti, per impostare la società secondo le loro esigenze.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Comunicato stampa del DFGP del 22 nov. 2012. Cfr. FLORIAN ZIHLER, Überblick über das neue Rechnungslegungsrecht, ST 2012/11, pag. 806 segg.

<sup>5</sup> RS 221.432

<sup>6</sup> Boll. Uff. 2010 N 1373.

<sup>7</sup> Comunicato stampa del DFGP del 31 ago. 2011. Cfr. FLORIAN ZIHLER, Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR, ST 2011/9, pag. 670 segg.

<sup>8</sup> Messaggio del 5 dic. 2008 concernente l'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» e la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima), FF 2009 265 segg.

<sup>9</sup> Comunicato stampa del DFGP del 5 dic. 2008. Cfr. OLIVER BLANC/FLORIAN ZIHLER, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, GesKR 2009/1, pag. 66 segg.

Nel corso del 2008, Consiglio federale varava, con l'appoggio della Banca nazionale svizzera, il piano di salvataggio per scongiurare il crollo di UBS.<sup>10</sup> La grande banca era venuta a trovarsi a un passo dal tracollo economico a causa del deragliamento del commercio di titoli e diritti valori statunitensi. Le sue riserve di capitale proprio erano ormai insufficienti e, dopo il fallimento delle banche americane *Bear Stearns* e *Lehman Brothers*, non era più in grado di procurarsi nuovi fondi propri sul mercato. I problemi di sopravvivenza di UBS andavano in parte ricercati anche nella politica dei bonus, che stimolava comportamenti troppo rischiosi. Anche altre società quotate in borsa esitavano comunque a modificare la loro controversa politica dei bonus, nonostante le critiche sempre più fragorose che si levavano dalle assemblee generali, dagli spalti del Parlamento durante le deliberazioni del diritto azionario e dalla pubblica opinione. Questi eventi, insieme ad altri, suscitarono grande scompiglio e reazioni emotive che hanno caratterizzato fino alla fine del 2012 la trattazione della revisione del diritto azionario in Parlamento.

### **1.1.3 Completamento della deliberazione nella Camera prioritaria**

Il Consiglio degli Stati rimase ancora in gran parte risparmiato dallo scompiglio e dalle reazioni emotive evocati, e nella sessione estiva 2009 riuscì a condurre in porto la trattazione dei disegni 2007 e 2008<sup>11</sup>.

### **1.1.4 Sospensione delle deliberazioni nella seconda Camera e primo controprogetto diretto**

In breve, la Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale (CAG-N) si trovò confrontata a decine di proposte di emendamento e completamento.

Nell'autunno 2009, la Commissione decise di suddividere formalmente il diritto azionario. Intendeva creare un capitolo da consacrare a tutte le società e un capitolo supplementare riservato alle sole società quotate in borsa.<sup>12</sup> Per gennaio 2010, il DFGP elaborava un paragramma per la Commissione. Tuttavia, il paragramma, che non era liberamente accessibile in Internet, fu utilizzato soltanto in una seduta all'inizio del 2010. In seguito la CAG-N e il Consiglio nazionale stesso trattarono infatti un controprogetto *diretto* all'iniziativa popolare, incentrato sul diritto azionario<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Messaggio del 5 nov. 2008 concernente un pacchetto di misure per rafforzare il sistema finanziario svizzero, FF **2008** 7731 segg.

<sup>11</sup> Boll. Uff. **2009** S 601 segg. (9–11 giu. 2009).

<sup>12</sup> Comunicato stampa della CAG-N del 30 ott. 2009.

<sup>13</sup> Comunicato stampa della CAG-N del 26 feb. 2010. Il progetto prevedeva l'introduzione degli art. 113 cpv. 2 lett. f e 122 cpv. 1<sup>bis</sup> Cost., cfr. [http://www.parlament.ch/i/suche/Pagine/ratsunterlagen.aspx?gesch\\_nr=20080080](http://www.parlament.ch/i/suche/Pagine/ratsunterlagen.aspx?gesch_nr=20080080).

## **1.1.5 Contromossa della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati mediante iniziativa parlamentare**

La CAG-S voleva evitare di percorrere la via del controprogetto diretto. Non poteva però riattivare i disegni 2007 e 2008 come controproposte indirette, poiché a causa della trattazione anticipata del controprogetto diretto, questi si trovavano ancora presso l'omologa commissione del Consiglio nazionale.<sup>14</sup>

Nella primavera 2010, la revisione del diritto azionario aveva dunque definitivamente imboccato un vicolo cieco. Con l'iniziativa parlamentare del 20 maggio 2010,<sup>15</sup> la CAG-S riusciva a compiere la contromossa, alla quale aderiva in seguito anche l'omologa commissione della Camera bassa.<sup>16</sup> L'iniziativa della CAG-S chiedeva la revisione delle disposizioni del CO, della legge federale del 5 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP), della legge federale del 20 dicembre 1946 su l'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti (LAVS) e del CP toccate dall'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive». La revisione parziale in questione avrebbe dovuto ispirarsi alle rivendicazioni dell'iniziativa popolare e al menzionato controprogetto diretto del Consiglio nazionale. Con l'iniziativa parlamentare e la conseguente riforma delle disposizioni legali interessate, le Commissioni degli affari giuridici del Parlamento intendevano anche ottenere il ritiro dell'iniziativa.

Per evitare contraddizioni materiali e per non complicare ulteriormente le deliberazioni complessive del progetto, nell'autunno 2010 la CAG-N ha sospeso la trattazione del disegno 2007 e de facto quella delle disposizioni del diritto azionario contenute nel disegno 2008.<sup>17</sup> Le deliberazioni non sono più state riprese (cfr. cap. 1.1.9).

## **1.1.6 Nuovo controprogetto indiretto del 2010**

### **1.1.6.1 Formulazione e considerazione di un'ulteriore iniziativa parlamentare**

Tra l'estate e l'autunno 2010, una sottocommissione della CAG-N elaborava il nuovo controprogetto indiretto.<sup>18</sup>

La procedura, già complessa di per sé, si arricchiva così di un ulteriore elemento. Il 21 giugno 2010 la Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati (CET-S) proponeva, sempre mediante iniziativa parlamentare<sup>19</sup> e in accordo con una

<sup>14</sup> Cfr. OLIVIER BLANC/FLORIAN ZIHLER, Revision des Aktien-, Rechnungslegungs- und Revisionsrechts – Stand der parlamentarischen Beratung, *Anwaltsrevue* 2011/10, pag. 412 seg.

<sup>15</sup> Iniziativa parlamentare della CAG-S del 20 mag.2010, Controprogetto indiretto all'iniziativa parlamentare «contro le retribuzioni abusive» (10.443).

<sup>16</sup> Comunicato stampa della CAG-N del 2 giu. 2010.

<sup>17</sup> Comunicato stampa della CAG-N del 3 set.2010.

<sup>18</sup> Comunicato stampa della CAG-S del 17 ago. 2010.

<sup>19</sup> Iniziativa parlamentare della CET-S del 21 giu. 2010, Trattamento delle retribuzioni molto elevate dal punto di vista del diritto societario e del diritto fiscale (10.460).

mozione depositata poco prima in Consiglio degli Stati<sup>20</sup>, di considerare come utili i compensi superiori a tre milioni di franchi per singolo beneficiario, e di sottoporli quindi all'approvazione dell'assemblea generale nell'ambito della deliberazione sull'impiego degli utili («modello dei tantièmes»). Anche in questo caso, l'omonima commissione del Consiglio nazionale aderiva all'iniziativa.<sup>21</sup> Questa iniziativa parlamentare, rispettivamente la mozione che ne era all'origine, sarebbero state attuate dalla CAG-S nell'ambito dell'elaborazione del nuovo controprogetto indiretto.<sup>22</sup>

Le due iniziative sfociarono nel rapporto del 25 ottobre 2010<sup>23</sup>, basato in larga misura sul disegno 2008, nel rapporto complementare del 22 novembre 2010<sup>24</sup> della CAG-S e in due pareri del Consiglio federale, rispettivamente del 17 novembre 2010<sup>25</sup> e del successivo 3 dicembre<sup>26</sup>.

### **1.1.6.2                    Progetto 1 dell'oggetto 10.443 come nuovo controprogetto indiretto**

Il progetto presentato nel rapporto del 25 ottobre 2010 (cfr. cap. 1.1.6.1), ossia il progetto 1 dell'oggetto 10.443, servi da fondamento per il nuovo controprogetto indiretto opposto all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» nella votazione del 3 marzo 2013. Nella votazione finale del 16 marzo 2012, tanto il Consiglio degli Stati<sup>27</sup> quanto il Consiglio nazionale<sup>28</sup> approvavano a netta maggioranza la controproposta elaborata<sup>29</sup>, la quale prevedeva in particolare quanto segue.

Per le imprese quotate in borsa, il consiglio d'amministrazione definisce per via di regolamento i principi applicabili alle retribuzioni versate ai membri del consiglio stesso, della direzione e del consiglio consultivo. Il regolamento sulle retribuzioni dev'essere approvato dagli azionisti. Le retribuzioni versate ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo di società quotate in borsa devono essere pubblicate ogni anno nella relazione sulle retribuzioni e approvate dagli azionisti. Contrariamente a quanto previsto dall'iniziativa popolare, per quanto riguarda la direzione l'assemblea generale può decidere se le sue

<sup>20</sup> Mozione GRABER del 10 giu. 2010, Sottoporre i compensi superiori a 3 milioni di franchi all'Assemblea generale (10.3402).

<sup>21</sup> Comunicato stampa della CET-N del 29 giu. 2010.

<sup>22</sup> Comunicato stampa della CAG-S del 20 ago. 2010; comunicato stampa della CET-N del 27 ago. 2010.

<sup>23</sup> Iniziativa parlamentare, Controprogetto indiretto all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», Rapporto della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 25 ott. 2010, FF **2010** 7281 segg.

<sup>24</sup> Iniziativa parlamentare, Controprogetto indiretto all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», Rapporto complementare della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 22 nov. 2010, FF **2011** 205 segg.

<sup>25</sup> Parere del Consiglio federale del 17 nov. 2010 sul rapporto della CAG-S del 25 ott. 2010, FF **2010** 8323 segg.

<sup>26</sup> Parere del Consiglio federale del 3 dic. 2010 sul rapporto complementare della CAG-S del 22 nov. 2010, FF **2011** 239 segg.

<sup>27</sup> Boll. Uff. **2012** S 269 seg.

<sup>28</sup> Boll. Uff. **2012** N 553 seg.

<sup>29</sup> Progetto della commissione di redazione per la votazione finale del 16 mar. 2012 (<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf>). Il nuovo controprogetto indiretto non è mai stato pubblicato in altra sede.

decisioni hanno un effetto vincolante o mero valore consultivo. Il versamento anticipato di indennità di partenza e retribuzioni ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo è di principio vietato. Contrariamente a quanto previsto dall'iniziativa, l'assemblea generale può accordare deroghe a questo divieto nell'interesse della società. La rappresentanza istituzionale dei diritti di voto può essere esercitata soltanto da rappresentanti indipendenti designati dagli azionisti, i quali possono rilasciare procure e istruzioni anche per via elettronica in vista dell'assemblea generale. Il mandato del consiglio d'amministrazione è di un anno secondo la legge, ma contrariamente a quanto previsto dall'iniziativa può essere prolungato fino a tre anni per disposizione statutaria. Il progetto rinuncia invece a introdurre una nuova disposizione penale, in quanto considera sufficiente il vigente diritto penale. L'obbligo di voto per le casse pensioni è strutturato in modo più libero rispetto all'iniziativa popolare: le casse pensioni esercitano i loro diritti di voto se «è loro conferita la possibilità di farlo».

Contrariamente all'iniziativa popolare, il controprogetto indiretto contemplava disposizioni più precise sull'obbligo di diligenza del consiglio d'amministrazione e della direzione in materia di retribuzioni. Inoltre, il controprogetto indiretto prevedeva disposizioni meno restrittive per l'azione di restituzione di retribuzioni indebitamente versate.

### **1.1.6.3 Progetto 2 dell'oggetto 10.443 e secondo controprogetto diretto**

Il progetto contemplato nel rapporto complementare del 22 novembre 2010 corrispondeva integralmente al progetto del rapporto precedente del 25 ottobre 2010. Prevedeva però aggiuntivamente, attuando per analogia il modello dei tantièmes della CET-S (cfr. cap. 1.1.6.1), disposizioni di diritto societario e fiscale sulle retribuzioni molto elevate (spesso erroneamente designate come «tassa sui bonus»)³⁰. Il progetto 2 dell'oggetto 10.443 è però naufragato, poiché il Consiglio nazionale ha bocciato due volte l'entrata in materia³¹.

In seno alla CAG-N, le disposizioni di diritto fiscale sulle retribuzioni molto elevate furono riprese in seguito in un nuovo controprogetto *diretto*³²: per le retribuzioni versate a un membro del consiglio d'amministrazione, della direzione o del consiglio consultivo o a un dipendente, la parte eccedente i tre milioni di franchi per anno civile per ogni beneficiario o persone a questi vicine avrebbe dovuto valere come retribuzione molto elevata e fiscalmente non sarebbe più stata considerata come onere giustificato dall'uso commerciale. Tuttavia, anche questo controprogetto diretto fu affossato in Consiglio nazionale nella votazione finale del 15 giugno 2012³³. Di conseguenza, dopo vari anni di deliberazioni il Parlamento non

³⁰ Cfr. paragramma progetto 2 sessione autunnale 2011 decisione del Consiglio degli Stati (<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/S2-3%20F.pdf>), soprattutto art. 731n P CO (diritto della società anonima) o art. 59 cpv. 3 P LIFD e art. 25 cpv. 1<sup>er</sup> P LAID (diritto fiscale).

³¹ Boll. Uff. 2011 N 1949.

³² Comunicato stampa della CAG-N del 2 feb. 2012.

³³ Boll. Uff. 2012 N 1234 segg.

aveva ancora deciso quale raccomandazione di voto emanare per la votazione sull'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive»<sup>34</sup>.

### **1.1.7 Accettazione dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive»**

La contromossa del nuovo controprogetto indiretto riuscì soltanto in Parlamento. Il 3 marzo 2013 il controprogetto apparteneva già alla storia del diritto: l'iniziativa «contro le retribuzioni abusive» era stata accettata dal 68 per cento dei votanti e da tutti i Cantoni<sup>35</sup>, con il secondo miglior risultato che un'iniziativa popolare avesse mai registrato, superato soltanto da quello ottenuto dall'iniziativa popolare «Per un giorno della Festa nazionale festivo».

Con l'accettazione dell'iniziativa popolare, l'articolo 95 Cost.<sup>36</sup> sull'attività economica privata veniva completato con un capoverso 3 di diritto materiale:

<sup>3</sup> Per tutelare l'economia, la proprietà privata e gli azionisti e per garantire una conduzione sostenibile delle imprese, la legge disciplina le società anonime svizzere quotate in borsa in Svizzera o all'estero secondo i seguenti principi:

- a. l'assemblea generale vota annualmente l'importo globale delle retribuzioni (prestazioni in denaro e valore delle prestazioni in natura) del consiglio di amministrazione, della direzione e dell'organo consultivo. Elegge annualmente il presidente del consiglio di amministrazione, i singoli membri del consiglio di amministrazione e del comitato di retribuzione (Compensation Committee) e il rappresentante indipendente degli aventi diritto di voto. Le casse pensioni votano nell'interesse dei loro assicurati e rendono pubblico il loro voto. Gli azionisti possono votare elettronicamente a distanza; la rappresentanza del diritto di voto da parte degli organi e per i titoli in deposito è vietata;
- b. i membri dei vari organi non ricevono liquidazioni, altre indennità, retribuzioni anticipate, premi per acquisizioni e vendite di ditte e contratti supplementari di consulenza o di lavoro da parte di società del gruppo. La direzione della società non può essere delegata a una persona giuridica;
- c. gli statuti disciplinano l'ammontare dei crediti, dei prestiti e delle rendite ai membri degli organi, il piano economico, il piano di partecipazione e il numero di mandati esterni di questi ultimi, nonché la durata dei contratti di lavoro dei membri di direzione;
- d. l'infrazione delle disposizioni di cui alle lettere a-c è punita con la pena detentiva fino a tre anni e con la pena pecuniaria fino a sei retribuzioni annuali.

L'articolo 197 Cost., in cui sono raccolte le disposizioni transitorie della Costituzione federale, veniva completato con un numero 10 dal seguente tenore:

Entro un anno dall'accettazione dell'articolo 95 capoverso 3 da parte del Popolo e dei Cantoni, il Consiglio federale emana le disposizioni di esecuzione necessarie, che rimangono valide fino all'entrata in vigore delle disposizioni legali.

Il Consiglio federale era dunque tenuto a emanare un'ordinanza per l'attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. entro un anno dall'accettazione dell'iniziativa.

<sup>34</sup> Boll. Uff. 2012 S 637.

<sup>35</sup> Cfr. <http://www.admin.ch/ch/i/pore/vi/vis348.html>.

<sup>36</sup> Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 apr. 1999 (Cost.; RS 101).

## **1.1.8 Attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.**

### **1.1.8.1 Ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA)**

Il DFGP ha quindi incaricato l'UFG di pianificare i lavori di attuazione in modo da consentire al Consiglio federale di mettere in vigore l'ordinanza già al 1° gennaio 2014<sup>37</sup>.

Il 14 giugno 2013 il DFGP ha avviato l'indagine conoscitivascritta sull'avamprogetto e sul corrispondente rapporto esplicativo<sup>38</sup>. Al termine della consultazione, che scadeva il 28 luglio 2013, erano pervenuti 71 pareri, alcuni dei quali assai estesi. Nonostante le molte proposte di modifica, l'avamprogetto veniva accolto favorevolmente, poiché garantiva un equilibrio adeguato tra gli imperativi della disposizione costituzionale e la praticabilità a livello di attuazione<sup>39</sup>. Il 26 agosto e il 5 e 6 settembre 2013 venivano consultate le Commissioni degli affari giuridici delle due Camere, il cui parere era anch'esso benevolo.

Il DFGP finalizzava quindi il progetto alla luce dei risultati dell'indagine conoscitivae redigeva il rapporto complementare dell'8 ottobre 2013. Il 20 novembre 2013 il Consiglio federale decideva di mettere in vigore l'ordinanza del 20 novembre 2013<sup>40</sup> contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA) al 1° gennaio 2014.<sup>41</sup>

### **1.1.8.2 Inapplicabilità diretta dell'articolo 95 capoverso 3 e primato dell'OReSA**

Il DFGP ha ritenuto che l'articolo 95 capoverso 3 lettere a–d Cost. non fosse direttamente applicabile. Tale giudizio si fondava sul capoverso programmatico introduttivo, che definisce «principi» le prescrizioni impartite alle lettere a e b. Nel testo della disposizione costituzionale vi sono importanti elementi che necessitano talmente di interpretazione da poter essere attuati soltanto dal Parlamento, o nella fase transitoria dal Consiglio federale, mediante adozione di un atto normativo. Si tratta dunque di un mandato legislativo.

Tutte le prescrizioni previste all'articolo 95 capoverso 3 Cost. sono riassunte in un'unica ordinanza (cfr. cap. 1.1.8.3 seg.). Benché tale ordinanza comporti necessariamente una parziale modifica del Codice delle obbligazioni<sup>42</sup>, il DFGP ha rinunciato a intervenire anche formalmente nella legge federale, ossia in un atto

<sup>37</sup> Comunicato stampa del DFGP del 26 mar. 2013.

<sup>38</sup> Comunicato stampa del DFGP del 14 giu. 2013; rapporto esplicativo del DFGP del 14 giu. 2013 sull'avamprogetto relativo all'ordinanza contro le retribuzioni abusive (ORAbu); cfr. NZZ del 15 giu. 2013, n. 136.

<sup>39</sup> Ricapitolazione delle prese di posizione: avamprogetto d'ordinanza contro le retribuzioni abusive, del 4 set. 2013.

<sup>40</sup> RS 221.331

<sup>41</sup> Comunicato stampa del 20 nov. 2013; disegno di ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA), rapporto complementare dell'DFGP dell'8 ott. 2013 sul disegno di ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA), ST 2014/1-2, pag. 46 segg.; NZZ del 10 dic. 2013, n. 287, pag. 29 («Aufgeblasene Mängelliste zu den neuen «Minder»-Regeln»).

<sup>42</sup> Legge federale del 30 mar. 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) (CO; RS 220)

normativo del Parlamento. Tuttavia, una disposizione introduttiva dell'OReSA afferma chiaramente il primato dell'ordinanza fondato sulla Costituzione (art. 1 cpv. 2 per. 1 OReSA). Il vantaggio di questo modo di procedere risiede nel fatto che al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni legali di esecuzione dovrà essere abrogata un'unica ordinanza.<sup>43</sup>

### 1.1.8.3                   Panoramica delle disposizioni dell'OReSA

Il campo di applicazione dell'ordinanza del 20 novembre 2013 contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa<sup>44</sup> copre tutte le società anonime (SA) ai sensi degli articoli 620–762 CO, le cui azioni sono quotate in borsa in Svizzera o all'estero<sup>45</sup> (art. 1 cpv. 1 OReSA). Le società interessate hanno la loro sede statutaria in Svizzera e sono iscritte in un registro di commercio cantonale. Non ha importanza sapere se la maggioranza degli azionisti sia estera o se l'attività della società sia incentrata all'estero<sup>46</sup>, né conoscere il passato all'estero della società prima del trasferimento della sede in Svizzera<sup>47</sup>.

L'assemblea generale elegge annualmente e singolarmente i membri e il presidente del consiglio d'amministrazione, i membri del comitato di retribuzione e i rappresentanti indipendenti (art. 2 segg. OReSA). Di conseguenza, ogni SA ha un comitato di retribuzione, i cui compiti e le cui attribuzioni devono essere disciplinati imperativamente nello statuto (art. 12 cpv. 1 n. 3 OReSA). Al comitato possono essere delegati anche altri compiti. L'assemblea generale deve votare separatamente ogni anno sulle retribuzioni del consiglio d'amministrazione, della direzione del consiglio consultivo. L'esito della votazione ha carattere vincolante (art. 18 cpv. 1 e 3 OReSA). Lo statuto deve disciplinare i dettagli (art. 12 cpv. 1 n. 4 OReSA, p. es. voto anticipato e/o retrospettivo; approvazione o deliberazione con possibilità di proposta per gli azionisti; votazione sulle retribuzioni versate a singole persone; votazione supplementare consultiva sulla relazione sulle retribuzioni). Lo statuto può anche disciplinare in dettaglio il modo di procedere nel caso in cui l'assemblea generale rifiuti di approvare le retribuzioni (art. 12 cpv. 2 n. 6, art. 18 cpv. 2 OReSA)<sup>48</sup>. Dato il carattere vincolante della decisione che l'assemblea generale deve prendere annualmente, sarebbero chiaramente inammissibili disposizioni statutarie che, in caso di rifiuto delle retribuzioni da parte dell'assemblea generale, considerassero automaticamente valide le retribuzioni approvate l'anno precedente. La votazione dell'assemblea generale non deve degenerare in un esercizio a puro scopo consultivo<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> Rapporto esplicativo del 14 giu. 2013 sull'avamprogetto relativo all'ordinanza sulle retribuzioni abusive (OReSA) pag. 6 seg.

<sup>44</sup> RS 221.331

<sup>45</sup> Rapporto esplicativo, pag. 8.

<sup>46</sup> Altrimenti tutte le grandi società sarebbero probabilmente escluse dal campo d'applicazione, ma un simile risultato sarebbe incompatibile con il senso e lo scopo dell'art. 95 cpv. 3 Cost.

<sup>47</sup> Cfr. NZZ del 19 set. 2013, n. 217 («Eine kühne Achtergruppe, Firmen wollen Ausnahmeklausel für Minder-Initiative») e il connesso parere della Camera di commercio svizzero-americana del 23 lug. 2013.

<sup>48</sup> Rapporto complementare dell'8 ott. 2013 sul disegno di ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA), pag. 10 seg.

<sup>49</sup> Rapporto complementare, pag. 11.

Il consiglio d'amministrazione ha l'attribuzione intrasmissibile e inalienabile di sottoporre annualmente una relazione sulle retribuzioni all'assemblea generale (art. 5, art. 13 segg. OReSA). L'ufficio di revisione deve verificare se gli elementi quantitativi della relazione sulle retribuzioni corrispondono soprattutto all'OReSA (art. 17 OReSA)<sup>50</sup>.

Il consiglio d'amministrazione non può delegare la direzione a persone giuridiche, né integralmente né in parte. Può però delegare a persone giuridiche la gestione patrimoniale (art. 6 OReSA).<sup>51</sup>

La rappresentanza da parte di un membro di un organo della società e la rappresentanza da parte di un depositario sono abolite (art. 11 OReSA). L'unica forma ammessa per la rappresentanza istituzionale del diritto di voto è quella esercitata dal rappresentante indipendente, eletto annualmente dall'assemblea generale (art. 8 segg. OReSA). La società si assicura che gli azionisti possano dare procure e istruzioni al rappresentante indipendente anche per via elettronica (*indirect voting*).<sup>52</sup> Procure o istruzioni permanenti non sono però ammesse.<sup>53</sup>

Lo statuto deve contenere indicazioni su determinate attività e sui contratti che prevedono le retribuzioni degli organi nonché sulle attribuzioni e le competenze del comitato di retribuzione e sul meccanismo di approvazione (art. 12 cpv. 1 OReSA)<sup>54</sup>. Indennità di partenza, retribuzioni anticipate e provvigioni in caso di ristrutturazione sono vietate (art. 20 OReSA)<sup>55</sup>. Le retribuzioni versate ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo per prestazioni supplementari presso imprese controllate dalla società sono ammesse solamente se pubblicate nella relazione sulle retribuzioni e approvate dall'assemblea generale (art. 21 OReSA).<sup>56</sup>

Gli istituti di previdenza sottoposti alla legge federale del 17 dicembre 1993<sup>57</sup> sul libero passaggio nella previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (Legge sul libero passaggio, LFLP) devono esercitare il diritto di voto delle azioni che detengono nell'interesse degli assicurati (art. 22 OReSA). L'obbligo di voto riguarda anche le azioni indirettamente detenute, sempre che l'istituto di previdenza controlli il fondo o gli sia concesso il relativo diritto di voto. L'obbligo riguarda però soltanto determinati aspetti dell'OReSA, ad esempio il voto sulle retribuzioni<sup>58</sup>. L'interesse degli assicurati si considera tutelato se l'esercizio del diritto di voto tende alla duratura prosperità dell'istituto di previdenza. È dunque determinante la prospettiva a lungo termine<sup>59</sup>. Gli istituti di previdenza devono riferire ai loro assicurati sul modo in cui hanno esercitato il loro diritto di voto (art. 23 OReSA).

La violazione di talune disposizioni dell'OReSA è sanzionata da disposizioni penali. Da questo punto di vista viene fatta una distinzione tra organi supremi di direzione e amministrazione della SA (art. 24 OReSA) e istituti di previdenza (art. 25 OReSA).

<sup>50</sup> Rapporto esplicativo, pag. 19; rapporto complementare, pag. 8.

<sup>51</sup> Rapporto complementare, pag. 4 seg.

<sup>52</sup> Rapporto esplicativo, pag. 14.

<sup>53</sup> Rapporto complementare, pag. 6.

<sup>54</sup> Rapporto complementare, pag. 7 seg.

<sup>55</sup> Rapporto complementare, pag. 11 seg.

<sup>56</sup> Rapporto esplicativo, pag. 27.

<sup>57</sup> RS **831.42**

<sup>58</sup> Rapporto complementare, pag. 12.

<sup>59</sup> Rapporto complementare, pag. 12.

In entrambi i casi si tratta di reati speciali in senso proprio perseguiti d'ufficio<sup>60</sup>. I membri degli organi devono aver agito scientemente; la commissione per dolo eventuale è pertanto esclusa.<sup>61</sup>

#### **1.1.8.4 Validità temporale dell'OReSA**

L'ordinanza del 20 novembre 2013 contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA)<sup>62</sup> è in vigore dal 1° gennaio 2014 (art. 33 OReSA). In virtù delle disposizioni transitorie (art. 26 segg. OReSA), diviene gradualmente applicabile assieme alle disposizioni penali.

La validità temporale dell'OReSA non è limitata. Tuttavia, in virtù dell'articolo 197 numero 10 Cost.<sup>63</sup>, il Consiglio federale abrogherà l'ordinanza al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni legali di esecuzione. Il presente avamprogetto rappresenta un primo passo verso l'attuazione a livello di legge dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.

#### **1.1.9 Rinvio del disegno del 21 dicembre 2017 e mandato del Parlamento**

Nell'estate 2013, tanto il Consiglio nazionale quanto il Consiglio degli Stati hanno rinviato al Consiglio federale il disegno 2007, in sospenso dall'autunno 2010, e de facto anche le disposizioni di diritto azionario contenute nel disegno 2008, incaricandolo di integrare le disposizioni di attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.<sup>64</sup> nel disegno 2007<sup>65</sup>.

Nel presente avamprogetto, il Consiglio federale approfitta del mandato impartito per apportare alcuni adeguamenti e miglioramenti puntuali alle disposizioni del disegno 2007. Raccoglie inoltre dal Parlamento e dall'opinione pubblica alcuni aspetti che gli paiono importanti.

### **1.2 Duplice unitarietà del progetto**

L'avamprogetto intende volutamente realizzare una revisione unitaria del diritto azionario. Non prevede né una scissione in due parti del diritto azionario (società quotate in borsa / società non quotate) né un progetto separato per l'attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. Queste forme di «splitting» sono state entrambe espressamente abbandonate nell'ambito della trattazione della revisione del diritto azionario del 2007:

<sup>60</sup> Rapporto esplicativo, pag. 33 segg.; rapporto complementare, pag. 14 seg.

<sup>61</sup> Rapporto complementare, pag. 14 e 16.

<sup>62</sup> RS **221.331**

<sup>63</sup> RS **101**

<sup>64</sup> RS **101**

<sup>65</sup> Boll. Uff. **2013** N 884 segg.; Boll. Uff. **2013** S 568 segg.

- la CAG-N ha rinunciato alla propria proposta di scindere in due parti il diritto azionario (cfr. cap. 1.1.4)<sup>66</sup> nella primavera 2013;<sup>67</sup>
- nell'estate 2013 tanto il Consiglio nazionale quanto il Consiglio degli Stati hanno rinviato il disegno 2007 al Consiglio federale, incaricandolo di integrarvi le disposizioni di attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. (iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive»)<sup>68</sup>.

Nell'avamprogetto si rinuncia pertanto volutamente a proporre due progetti separati, uno per l'attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. e uno per la revisione delle restanti disposizioni del diritto azionario:

- dopo tutti gli anni di turbolenze politiche sollevate dalla trattazione della revisione del diritto azionario, è ora necessario sottoporre a consultazione, e in seguito al Parlamento, un progetto unitario. La coerenza materiale, e la certezza del diritto che strettamente ne dipende, non possono essere altrimenti salvaguardate. Per giunta, è impossibile operare una netta separazione. Ad esempio le disposizioni sul forum elettronico per gli azionisti prima dell'assemblea generale, sull'impiego di mezzi di comunicazione elettronici, sulle azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni, sulla precisazione dell'obbligo di diligenza e sull'azione di restituzione potrebbero essere inserite con validi argomenti in ambedue i progetti. Spesso, inoltre, riguardano sia le società quotate, sia quelle non quotate. Infine, si dovrebbero talvolta operare scissioni anche all'interno di una stessa disposizione. Il risultato complicherebbe ulteriormente le deliberazioni parlamentari, perlomeno dal momento in cui i due progetti giungessero in Parlamento per la trattazione. La divisione non sarebbe dunque giustificabile in modo ineccepibile sul piano materiale e comporterebbe gravi problemi potenziali di coerenza formale e materiale;
- problemi di coerenza erano già sorti (p. es. riguardo al trattamento delle azioni proprie, alla tenuta della contabilità/presentazione dei conti in moneta estera e alla disposizioni sulle riserve) al momento della disgiunzione del diritto contabile nell'ambito della revisione del diritto azionario realizzata nel 2007 (cfr. cap. 1.1.1), che dal punto di vista della vastità e della complessità era decisamente meno impegnativa rispetto a una separazione della riforma di tutto il diritto azionario;
- una separazione in due parti non consentirebbe di accelerare i lavori di riforma. In special modo le questioni riguardanti l'attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost., erano e rimangono controverse. Saranno controversi anche gli ambiti che ne dipendono, tra cui le disposizioni sul divieto di concorrenza e sui premi d'assunzione. La divisione si giustificerebbe solamente se fosse possibile garantire che servisse ad accelerare sensibilmente la trattazione in Parlamento dell'attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. e al varo della riforma. Tuttavia, le annose esperienze maturate con la deliberazione del disegno 2007, dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» e degli interventi parlamentari sul tema impediscono di formulare una simile ipotesi. La

<sup>66</sup> Comunicato stampa della CAG-N del 30 ott. 2009.

<sup>67</sup> Comunicato stampa della CAG-N del 26 apr. 2013.

<sup>68</sup> Boll. Uff. **2013** N 884 segg.; Boll. Uff. **2013** S 568 segg.

separazione potrebbe inoltre costringere a presentare doppie proposte, con conseguente doppia deliberazione e ulteriori perdite di tempo.

### **1.3 Nuovo disciplinamento proposto**

#### **1.3.1 Capitale e riserve**

##### **1.3.1.1 Capitale azionario in moneta estera**

###### **Difetto di coerenza tra diritto azionario e diritto contabile**

Il nuovo diritto contabile consente di tenere la contabilità e di presentare i conti nella moneta estera più importante per l'attività dell'impresa (art. 957a cpv. 4, 958d cpv. 3 CO), ossia nella moneta funzionale, altrimenti detto la moneta del contesto economico principale in cui l'impresa opera;<sup>69</sup> tale moneta dev'essere liberamente convertibile in franchi svizzeri. Dato che la chiusura, anche se espressa nella moneta funzionale, è sempre assoggettata al CO e non al diritto estero o a norme contabili riconosciute, essa deve rispettare tutte le prescrizioni del CO, compresi ad esempio il principio di prudenza e le regole di valutazione. Se i conti non sono redatti in franchi svizzeri, i valori del bilancio, del conto economico e dell'allegato devono essere indicati aggiuntivamente anche in franchi svizzeri (art. 958d cpv. 3 CO).<sup>70</sup>

Secondo il diritto vigente, il capitale azionario dev'essere espresso in franchi svizzeri (art. 621 CO).<sup>71</sup> Di conseguenza, la sua entità dev'essere iscritta in franchi svizzeri anche nel registro di commercio (art. 45 cpv. 1 lett. h ORC)<sup>72</sup>. Il nuovo diritto contabile non ha modificato neanche il resto delle disposizioni del diritto azionario relative al capitale. Anche le riserve devono essere tenute in franchi svizzeri. Quindi, le deliberazioni dell'assemblea generale sull'approvazione del conto annuale e l'impiego dell'utile risultante dal bilancio (art. 698 cpv. 2 n. 3 e 4 CO) si riferiscono tuttora a importi in franchi svizzeri.<sup>73</sup> Il capitale azionario e le riserve in franchi svizzeri fungono da parametri di riferimento anche per la determinazione dell'esistenza di un'eventuale perdita di capitale o addirittura di un'eccedenza dei debiti (art. 725 CO, art. 6 cpv. 1 LFus<sup>74</sup>)<sup>75</sup>.

Anche dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto contabile, occorre dunque ancora chiedersi se i principi della presentazione regolare dei conti (art. 958c cpv. 1 CO) e

<sup>69</sup> Cfr. *Handbuch der Wirtschaftsprüfung (Manuale svizzero della revisione contabile)*, volume «Buchführung und Rechnungslegung», pubblicato dalla Camera fiduciaria, Zurigo 2014, pag. 45 seg.

<sup>70</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1431.

<sup>71</sup> Contrariamente ad es. al capitale accomandato, per il quale il CO non prescrive obbligatoriamente la moneta svizzera (art. 608 CO, art. 41 cpv. 2 lett. g ORC); cfr. RINO SIFFERT, Art. 41 N 23, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, *Stämpflis Handkommentar (HRegV)*, Berna 2013.

<sup>72</sup> Cfr. ADRIAN TAGMANN, Art. 45 N 12, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, *Stämpflis Handkommentar (HRegV)*, Berna 2013.

<sup>73</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, *Neue OR-Rechnungslegung*, ST 2012/11, pag. 830.

<sup>74</sup> RS **221.301**

<sup>75</sup> Cfr. HANSPETER WÜSTINER, Art. 725 N 18 segg., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

le regole di valutazione (art. 960 segg. CO) debbano essere applicati soltanto alla chiusura conforme al CO in moneta estera (ossia nella moneta funzionale in cui l'impresa tiene la contabilità e allestisce il conto annuale) oppure anche alla chiusura annuale convertita in franchi svizzeri. Secondo la prassi relativa al diritto previgente, le prescrizioni del diritto contabile valevano non solo per la chiusura in moneta estera ai sensi del CO, ma anche per la chiusura conforme al CO in franchi svizzeri. Quest'ultima deve dunque considerare i valori storici (costi di acquisizione o di produzione) in franchi svizzeri e rispettare il principio di prudenza. I valori storici in franchi svizzeri saranno dunque determinanti ai fini della conversione, anche se la maggior parte degli acquisti, o addirittura tutti, saranno stati effettuati nella moneta funzionale estera. In tal caso, un conto annuale in moneta estera non può essere convertito in moneta estera solo con la regola del tre semplice in base al tasso di cambio del giorno di riferimento o medio, poiché i risultati in franchi svizzeri così ottenuti non potrebbero soddisfare le esigenze del principio di prudenza. I cambiamenti sperimentati dai tassi di cambio possono causare scarti di conversione la cui determinazione e il cui trattamento complicano ulteriormente l'allestimento della chiusura annuale in franchi svizzeri. Nel caso estremo, un utile d'esercizio risultante dai conti allestiti nella moneta funzionale estera può trasformarsi addirittura in perdita d'esercizio con la conversione in franchi svizzeri e la rinnovata applicazione del principio di prudenza<sup>76</sup>.

### **Rimedi escogitati nella prassi<sup>77</sup>**

In base all'articolo 958 capoverso 1 CO, secondo cui i conti devono esporre la situazione economica dell'impresa in modo tale da consentire ai terzi di farsene un'opinione attendibile, le prescrizioni del CO sulla contabilità (principio di imparità, principio dei costi di acquisizione ecc.) si applicano anche ai conti tenuti nella moneta funzionale (estera). Dalla *contabilità* non possono più essere dedotti valori in franchi svizzeri. Per la *presentazione dei conti* e per l'attestazione della conformità del conto annuale con le disposizioni cogenti del CO da parte dell'ufficio di revisione, fanno stato di principio i valori in moneta estera. L'indicazione di tali valori in franchi svizzeri serve solo da orientamento per il lettore del conto annuale, ma non costituisce un valido fondamento per un'opinione attendibile.

Per la valutazione delle questioni *di diritto societario*, tuttavia, sarà ancora determinante la moneta nazionale, poiché le disposizioni sul capitale proprio, e in particolare quelle sulla tutela del capitale, si basano sulla moneta nazionale. La proposta relativa alla destinazione dell'utile risultante dal bilancio è presentata in moneta estera e in franchi svizzeri. La valutazione dell'importo massimo distribuibile si basa però sul franco svizzero. Per ragioni di prudenza, un'eventuale perdita di capitale o un'eccedenza di debiti (art. 725 CO) dev'essere esposta sia in franchi svizzeri, sia in moneta estera. Se una delle poste presenta valori critici, scattano gli obblighi di intervento del consiglio d'amministrazione, indipendentemente dal fatto che il valore critico sia raggiunto in franchi svizzeri o in moneta estera.

<sup>76</sup> Cfr. RENÉ BUCHMANN/JOLANDA DOLENTE, Rechnungslegung in Fremdwahrung, ST 2012/11, pag. 890 segg. con esempi di calcolo concreti.

<sup>77</sup> Cfr. Camera fiduciaria, Ausgewahlte Fragen und Antworten zum neuen Rechnungslegungsrecht (stato: 14 feb. 2014), pag. 30 segg.

## **oluzione: capitale azionario in moneta estera**

Le incertezze e difficoltà legate al diritto societario che non possono essere completamente eliminate neppure con i descritti rimedi adottati nella prassi possono essere appianate nel modo più semplice con la seguente soluzione: il valore nominale delle azioni non dovrà più essere obbligatoriamente denominato in franchi svizzeri.<sup>78</sup> Il nuovo diritto consentirebbe di denominare il capitale azionario nella moneta estera più importante per l'attività dell'impresa (cfr. art. 621). Tutte le questioni relative al capitale (costituzione di riserve, deliberazione sulla distribuzione di dividendi o sul rimborso di apporti di capitale, accertamento di una perdita di capitale/eccedenza dei debiti) si riferirebbero allora esclusivamente alla chiusura annuale conforme al CO espressa in tale moneta. Il principio previsto all'articolo 958*d* cpv. 3 CO<sup>79</sup>, espressamente qualificato come soluzione liberale nel messaggio del 2007, potrebbe dunque essere realizzato anche nel diritto societario, instaurando l'opportuna certezza a livello di diritto azionario, di contabilità, di revisione e di diritto fiscale. Consentirebbe inoltre di evitare gli oneri finanziari dovuti soltanto a incoerenze esistenti tra diritto azionario e diritto contabile.

### **1.3.1.2 Liberazione e valore nominale**

Il diritto vigente consente, all'atto della costituzione, di non liberare integralmente il capitale della società anonima (art. 632 CO). In virtù dell'impegno incondizionato di effettuare un conferimento corrispondente al prezzo d'emissione, assunto dai promotori (art. 630 n. 2 CO), gli azionisti sono però tenuti, se al momento della costituzione il capitale è stato liberato soltanto parzialmente, a fornire tale prestazione successivamente; l'articolo 634*a* CO ne definisce le modalità.

Dalla prassi degli uffici del registro di commercio emerge con evidenza che la larga maggioranza delle nuove società costituite hanno integralmente liberato le loro azioni. Soltanto una piccola minoranza di esse sfrutta ancora la possibilità di liberazione parziale. Da quando è stato introdotto il nuovo diritto della società a garanzia limitata, l'artificio della liberazione parziale sembra ormai obsoleto. Un capitale di 20 000 franchi è sufficiente per costituire una società di capitali che oltretutto è per molti aspetti simile a una società anonima. L'obbligo di liberazione integrale porrebbe anche fine a una prassi contraria al testo di legge, che consente la liberazione parziale anche per le azioni al portatore. Pertanto, d'ora in poi all'atto della costituzione di una società o di un aumento di capitale dovrà essere interamente versato per ogni un conferimento corrispondente al prezzo d'emissione (cfr. art. 632). Questa regola corrisponde a quanto previsto nell'avamprogetto per la

<sup>78</sup> Cfr. STEPHAN GLANZ/DIETER PFAFF, *Kapitalschutz und Steuerbemessung bei Rechnungslegung in Fremdwahrung* (art. 958*d* cpv. 3 CO), ASA 82 20013/2014, Nr. 9, pag. 522 seg.

<sup>79</sup> Messaggio del 21 dic.2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF 2008 1321, 1431.

modernizzazione del registro di commercio,<sup>80</sup> che in sede di consultazione ha avuto sostanzialmente una risonanza positiva tra gli interpellati<sup>81</sup>.

Il vigente diritto della società anonima è basato del resto sul sistema dell'azione provvista di valore nominale: lo statuto attribuisce a ciascuna azione una quota determinata del capitale azionario. La legge prescrive un valore nominale minimo oltre il quale non è possibile scendere. Ora, però, con il positivo andamento economico di molte società, il valore reale delle azioni supera di un multiplo il loro valore nominale meramente figurativo (come risulta in modo particolarmente evidente dai corsi di borsa). Spesso, la necessità di rispettare il valore nominale minimo prescritto dalla legge impedisce però un ulteriore frazionamento delle azioni. L'importo elevato del valore minimo previsto nel 1936 ha pertanto influito negativamente sulla negoziabilità dei titoli. Per questa ragione, con la revisione del diritto azionario realizzata nel 1991 tale valore è stato abbassato da 100 a 10 franchi. Nel 2001 esso è stato ulteriormente abbassato a un centesimo (art. 622 cpv. 4 CO). In circostanze particolari, persino azioni con un valore nominale di un centesimo possono rivelarsi poco adatte al mercato dei capitali. Anche per queste azioni può presentarsi una necessità di frazionamento o di riduzione del valore nominale. Quindi, l'avamprogetto dispone ormai semplicemente che le azioni devono avere un valore nominale superiore a zero (cfr. art. 622 cpv. 4).

È stata invece abbandonata l'idea di introdurre azioni senza valore nominale impropriamente dette, vale a dire titoli senza valore nominale fisso ma calcolabile dividendo il capitale azionario per il numero di azioni emesse.<sup>82</sup> Questa tipologia di azioni consentirebbe in particolare un frazionamento delle azioni (*splitting*) ad infinitum, ma implicherebbe la necessità di adeguare numerose disposizioni di diritto azionario. Sotto il profilo materiale sarebbe delicato soprattutto modificare il diritto di voto secondo il numero delle azioni (art. 693 cpv. 1 CO).

La proposta di ridurre il valore nominale a una qualsiasi frazione di un centesimo offre fondamentalmente la stessa flessibilità offerta dalle azioni prive di valore nominale, senza che sia necessario procedere a importanti modifiche normative<sup>83</sup>. Uno *splitting* o una riduzione del valore nominale presenta, tuttavia, lo svantaggio di dover sostituire i titoli azionari. Numerose imprese hanno però già smesso di emettere titoli azionari e questa tendenza è destinata a consolidarsi ulteriormente con l'entrata in vigore della legge federale del 3 ottobre 2008<sup>84</sup> sui titoli contabili (Legge sui titoli contabili, LTCO). Nella prassi, il peso del menzionato svantaggio è dunque ormai piuttosto irrilevante.

<sup>80</sup> Avamprogetto di modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto in materia di registro di commercio e adeguamenti del diritto della società anonima, della società a garanzia limitata e della società cooperativa), 2012. Cfr.

[http://www.admin.ch/ch/i/gg/pc/documents/2306/CO\\_\(Diritto-in-materia-di-registro-di-commercio\\_adeguamenti-societa-anonima,-societa-a-garanzia-limitata-e-societa-cooperativa\)\\_Progetto\\_it.pdf](http://www.admin.ch/ch/i/gg/pc/documents/2306/CO_(Diritto-in-materia-di-registro-di-commercio_adeguamenti-societa-anonima,-societa-a-garanzia-limitata-e-societa-cooperativa)_Progetto_it.pdf)

<sup>81</sup> DFGP, Avamprogetto di modifica del Codice delle obbligazioni (diritto in materia di registro di commercio e adeguamenti del diritto della società anonima, della società a garanzia limitata e della società cooperativa) e del diritto sulla sorveglianza della revisione Modernizzazione del registro di commercio e connesse agevolazioni a favore delle PMI Sintesi dei risultati della consultazione, ago. 2013.

<sup>82</sup> Cfr. HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, Zurigo/Berna 2001, pag. 3 segg.

<sup>83</sup> Avamprogetto e rapporto esplicativo del 2 dic.2005 concernenti una revisione del diritto della società anonima e del diritto contabile nel Codice delle obbligazioni, pag. 25.

<sup>84</sup> RS 957.1

### 1.3.1.3 (Prevista) assunzione di beni

L'articolo 628 CO disciplina alcune forme di costituzione qualificata, consistenti in conferimenti in natura, (previste) assunzioni di beni e vantaggi speciali. Le tre fattispecie sono tutte caratterizzate, rispetto alla costituzione in denaro, da un rischio maggiore che il capitale azionario e di partecipazione, che serve da garanzia nei confronti dei creditori, manchi del tutto o in parte sin dall'inizio o venga eroso in seguito. Il diritto vigente prevede pertanto diverse misure di sicurezza in caso di costituzione qualificata, e segnatamente determinate prescrizioni di forma (art. 631 e 634 CO), una relazione sulla costituzione (art. 635 CO), un'attestazione di verifica (art. 635a CO) e l'indicazione nello statuto (art. 628 CO) e l'iscrizione nel registro di commercio (art. 642 CO).

Spesso è difficile determinare in quali casi un'operazione debba essere qualificata come assunzione di beni, e fino a quando un'assunzione di beni *dopo* la costituzione o un aumento di capitale abbia ancora un nesso rilevante con la costituzione o l'aumento di capitale in questione. La disposizione legale ha dovuto essere formulata in termini generici e presenta quindi un'ampia necessità di interpretazione. Nella prassi, la distinzione è estremamente difficile in particolare quando l'assunzione di beni è ancora un'intenzione, poiché l'intenzione è un elemento soggettivo che viene ad aggiungersi. Di conseguenza, nella dottrina e nella prassi esistono opinioni discordanti su molti particolari riguardanti il settore coperto dalle prescrizioni sull'assunzione di beni.<sup>85</sup> Dato che la violazione delle norme sulla (prevista) assunzione di beni può comportare la nullità dell'operazione,<sup>86</sup> questa incertezza del diritto grava pesantemente su coloro che vi ricorrono.

Per il resto, i meccanismi di protezione della (prevista) assunzione di beni hanno un effetto molto selettivo. Ad esempio, una società appena costituita può concludere

<sup>85</sup> Cfr. NIKLAUS DIETSCHL, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, vol. 311, Zurigo/San Gallo 2012, N 3.

<sup>86</sup> DTF 83 II 290: «Die Folge der Nichtbeachtung der Vorschrift von Art. 628 Abs. 2 OR und Art. 636 OR bei der Gründung der Wohnbau A.-G. ist die Nichtigkeit der Übernahme, d. h. des Erwerbes der vier Wohnhäuser durch die Klägerin. Das ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift und ist denn auch die einhellige Auffassung von Rechtsprechung und Schrifttum (...). Die Nichtigkeit ist absolut, und der ungültige Übernahmevertrag kann daher nicht gültig werden durch Zeitablauf, Erfüllung oder einfache Genehmigung durch die Gesellschaft (BGE 64 II 282). Heilbar ist der Mangel durch Statutenänderung gemäss Art. 628 und 636 OR und durch Handelsregistereintrag. Weil eine einfache Genehmigung durch die Gesellschaft den Mangel nicht zu beheben vermag, ist es entgegen der Meinung der Beklagten ohne rechtliche Bedeutung, dass die Generalversammlung der Klägerin vom 13. Januar 1953 den ersten Geschäftsbericht, Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung genehmigte und den Verwaltungsrat entlastete.» (Traduzione: «La conseguenza dell'inosservanza della disposizione di cui agli art. 628 cpv. 2 e 636 CO al momento della costituzione della società Wohnbau A.-G. è la nullità dell'acquisizione, vale a dire dell'acquisto dei quattro stabili residenziali da parte dell'attrice. Questa conseguenza risulta dallo scopo della disposizione e corrisponde del resto anche all'unanime opinione della giurisprudenza e della dottrina (...). La nullità è assoluta e il contratto di acquisizione nullo non può pertanto essere sanato dal tempo trascorso, dall'adempiimento o dalla semplice approvazione da parte della società (DTF 64 II 282). La carenza può essere sanata mediante modifica statutaria ai sensi degli articoli 628 e 636 CO e mediante iscrizione al registro di commercio. Dato che la semplice approvazione da parte della società non basta a sanare la carenza, è giuridicamente irrilevante, contrariamente a quanto sostenuto dalla convenuta, che il 13 gen. 1953 l'assemblea generale dell'attrice abbia approvato il primo rapporto d'esercizio, il bilancio e il conto profitti e perdite, e che abbia concesso il discharge al consiglio d'amministrazione.»).

contratti di locazione o di altro genere o altri negozi giuridici senza che intervenga il minimo meccanismo di protezione. Anche in questo caso vi è il pericolo che il capitale azionario o di partecipazione che serve da garanzia in caso di responsabilità si dissolva. Si può immaginare ad esempio il caso in cui una società prende in affitto lo stabile di un azionista e gli versi una pigione elevatissima.

La revisione del Codice delle obbligazioni del 16 dicembre 2005 ha chiarito definitivamente che i negozi con terzi non rientrano più nella fattispecie della (prevista) assunzione di beni. Il Parlamento ha deciso di limitare la disposizione sulla (prevista) assunzione di beni alle sole fattispecie che rientrano nella sfera di influenza degli azionisti o di persone loro vicine e che potrebbero perciò rischiare di compromettere il procacciamento del capitale (cfr. art. 628 cpv. 2 CO). Questa soluzione ha ridimensionato alcuni problemi, ma in molti ambiti la situazione giuridica rimane incerta.

Con il disegno 2007<sup>87</sup> si era cercato di disciplinare in modo più chiaro nella legge la (prevista) assunzione di beni e di eliminare perlomeno in parte all'aleggiante incertezza del diritto. Tuttavia, molte cose sarebbero rimaste come prima e i problemi esistenti sarebbero stati risolti soltanto in parte.

Perciò, si rinuncia ora completamente a considerare la (prevista) assunzione di beni come fattispecie qualificata nell'ambito della costituzione o di un aumento di capitale. Viene dunque abolito il relativo obbligo di menzione nello statuto e di iscrizione nel registro di commercio per le operazioni di assunzione di beni e non saranno più applicabili nemmeno le misure di sicurezza previste per la costituzione e gli aumenti di capitale qualificati. Viene dunque abolito ad esempio l'obbligo di allestire una relazione sulla costituzione/sull'aumento di capitale e di presentare un'attestazione di verifica. Questa svolta radicale rispetto al sistema attuale può far temere che i requisiti sulla protezione del capitale non vengano più sufficientemente considerati e che le prescrizioni sui conferimenti in natura possano essere facilmente eluse. L'assunzione di elementi patrimoniali degli azionisti o di persone loro vicine soggiace però (già oggi) alle prescrizioni in materia di salvaguardia del capitale e di responsabilità<sup>88</sup>.

In questi casi intervengono ad esempio la fattispecie della restituzione prevista all'articolo 678 CO, che nell'avamprogetto è completato con un capoverso 2 più preciso, e il divieto di restituzione dei versamenti (art. 680 cpv. 2 CO). L'assunzione di beni da un'azionista a condizioni di mercato non presenta rischi, in quanto mera permuta, per l'ambito protetto dall'articolo 680 CO. Se l'assunzione di beni si basa invece su una sopravvalutazione, può sussistere materialmente una restituzione di versamenti vietata, sempre che incida sul capitale protetto dall'articolo 680 CO. Di regola, una violazione del divieto di restituzione dei versamenti mediante assunzione di beni costituisce contemporaneamente anche una distribuzione occulta di utili. La fattispecie della restituzione prevista all'articolo 687 CO ha un effetto meno selettivo rispetto alle disposizioni sull'assunzione di beni. Il diritto di chiedere la

<sup>87</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1370 seg.

<sup>88</sup> Cfr. NIKLAUS DIETSCHI, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, vol. 311, Zurigo/San Gallo 2012, N 653, nota a piè di pagina 1611.

restituzione può basarsi non solo sull'assunzione di beni, ma anche sulla conclusione di altri negozi giuridici, purché la prestazione sia manifestamente sproporzionata rispetto alla controprestazione. (cfr. art. 678 cpv. 2 CO).

La violazione degli obblighi connessi a una (prevista) assunzione di beni fa inoltre sorgere la responsabilità prevista all'articolo 754 CO; si può ad esempio immaginare il caso di una sopravvalutazione dei elementi patrimoniali assunti (cfr. art. 717 cpv. 1 in combinazione con l'art. 754 CO).

Per giunta, le nuove disposizioni del CPC facilitano la promozione di azioni di restituzione e di responsabilità, riducendo il rischio legato alle spese processuali (cfr. art. 697j seg., art. 107 cpv. 1<sup>bis</sup> AP CPC).

Anche le disposizioni più precise sulla contabilità commerciale e la presentazione dei conti<sup>89</sup> svolgono una funzione protettiva rispetto all'assunzione di elementi patrimoniali. L'assunzione degli elementi in questione da parte della società fa sorgere l'obbligo di iscriverli agli attivi (art. 959 cpv. 2 CO) secondo i principi di una corretta presentazione dei conti (art. 957a cpv. 2, art. 958c cpv. 1 CO). Una società che acquisisce un elemento patrimoniale a un prezzo esagerato, e lo iscrive a bilancio a tale valore, agisce possibilmente in modo illecito (violazione dei principi di verità del bilancio e di prudenza nonché delle pertinenti disposizioni sulla valutazione delle voci di bilancio)<sup>90</sup>. Eventuali rettifiche di valore sostanziali o ammortamenti a corto termine possono inoltre rivelare sopravvalutazioni manifeste nell'acquisizione di elementi patrimoniali e quindi eventuali distribuzioni occulte di utili, oppure la restituzione di versamenti, e quindi rendere applicabili le disposizioni in materia di protezione del capitale e di responsabilità.

I creditori sono protetti dalle disposizioni sul fallimento,<sup>91</sup> anch'esse precisate e inasprite nell'avamprogetto (cfr. art. 725 segg. CO). Non è necessario tutelare i creditori anticipatamente. Infatti, fintanto che la società non dichiara fallimento, essi non subiscono alcun danno. Se un credito è esigibile e la società non lo onora, i creditori hanno a disposizione un'intera gamma di rimedi giuridici, offerti dalla legislazione in materia di esecuzioni e fallimento.

Entra in linea di conto anche la responsabilità penale, ad esempio negli articoli 152 CP<sup>92</sup> (false indicazioni su attività commerciali), 158 CP (amministrazione infedele), 163 CP (bancarotta fraudolenta e frode nel pignoramento), 164 CP (diminuzione dell'attivo in danno dei creditori) e 165 CP (cattiva gestione).

Il campo d'applicazione dei meccanismi di protezione illustrati, non specifici dell'assunzione di beni, non si limita oltretutto ai negozi giuridici in rapporto con la costituzione o con un aumento di capitale. Le diverse fattispecie di responsabilità e di protezione in rapporto con l'assunzione di elementi patrimoniali dimostrano che per le operazioni chiaramente riferite al patrimonio e/o alle liquidità della società, i membri del consiglio d'amministrazione hanno tutto l'interesse a chiedere in ogni

<sup>89</sup> Nuovo diritto contabile, in vigore dal 1° gen. 2013.

<sup>90</sup> Cfr. HANS PETER WALTER/MAJA BLUMER, «Sieben Thesen und Denkanstösse zur Sachübernahme», in: ROBERT WALDBURGER/CHARLOTTE M. BAER/URSULA NOBEL/BENNO BERNET (ed.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berna 2005, pag. 412.

<sup>91</sup> Sull'azione revocatoria (actio pauliana) in rapporto con le assunzioni di beni, cfr. NIKLAUS DIETSCHI, Beabsichtigte Sachübernahmen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht SSHW, vol. 311, Zurigo/San Gallo 2012, N 464.

<sup>92</sup> RS 311.0

caso un giudizio neutrale di congruità sulla valutazione e sulla possibilità di iscrivere agli attivi gli elementi da assumere.

I meccanismi di protezione esistenti, che su certi aspetti vengono addirittura inaspriti nell'avamprogetto, tutelano sufficientemente il capitale e acquisiranno un accresciuto effetto disciplinatorio sul procacciamento di capitale. Il definitivo stralcio dell'articolo 628 capoverso 2 CO è dunque giustificato<sup>93</sup>.

### 1.3.1.4 **Riduzione del capitale e margine di variazione del capitale**

A differenza delle vigenti disposizioni legali sull'aumento di capitale, quelle sulla riduzione di capitale sono rudimentali e presentano punti oscuri e lacune. La vigente normativa è oggettivamente problematica, poiché la relazione di revisione dev'essere allestita *prima* della diffida ai creditori (art. 732 CO). Ma a quel momento non si può ancora sapere se nei confronti della società esistono crediti non iscritti nei libri di commercio. Inoltre, la normativa legale viene talvolta interpretata in modo tale da richiedere due deliberazioni dell'assemblea generale, ma nella prassi questo sistema risulta spesso eccessivamente gravoso. A causa delle sue carenze, la vigente normativa necessita di una revisione. Nell'ambito di una concezione d'insieme, la riduzione di capitale e le varie forme di aumento di capitale vengono ora concentrate in un capitolo unico che disciplina la procedura di modifica del capitale (cfr. art. 650 segg.). Si rinuncia invece a fissare un importo minimo e massimo per la riduzione di capitale, mentre viene invece introdotto il nuovo istituto giuridico del margine di variazione del capitale.

L'istituto del margine di variazione del capitale consente all'assemblea generale di autorizzare il consiglio d'amministrazione ad aumentare o diminuire il capitale azionario iscritto al registro di commercio entro una forbice predeterminata per un periodo di cinque anni al massimo (cfr. art. 653s segg.). La deliberazione viene iscritta nel registro di commercio. Il margine di variazione del capitale è delimitato verso il basso dal capitale minimo, non può essere inferiore alla metà del capitale azionario. Nell'ambito del margine di variazione del capitale, il capitale minimo assolve la funzione di valore limite, come il capitale azionario nel diritto vigente. Il limite superiore del margine di variazione del capitale è rappresentato dal capitale massimo, il quale non può eccedere di oltre la metà il capitale iscritto nel registro di commercio.

In caso di riduzione del capitale, la tutela dei creditori interviene in parte già al momento dell'introduzione del margine di variazione del capitale (cfr. art. 653w

<sup>93</sup> Una soluzione in questo senso era già stata immaginata da HANS PETER WALTER/MAJA BLUMER («Allerdings bleibt auch bei diesen «Symptomtherapien» das unguete Gefühl, eine im Weg stehende sperrige Tanne solle auf ein Bonsai-Format gestutzt anstatt gefällt werden. Vielleicht wäre daher gar eine Radikallösung zu bedenken und die Bestimmung von Art. 628 cpv. 2 OR ersatzlos zu streichen.»; traduzione: «Comunque, anche con queste «terapie sintomatiche», rimane sempre l'inquietante impressione di dover trasformare un abete ingombrante che sbarrava il cammino in un bonsai, invece di abatterlo. Perciò, si potrebbe immaginare addirittura una soluzione drastica e stralciare definitivamente il secondo capoverso dell'articolo 628 CO»). Per i particolari, cfr. «Sieben Thesen und Denkskizzen zur Sachübernahme», in: ROBERT WALDBURGER/CHARLOTTE M. BAER/URSULA NOBEL/BENNO BERNET (ed.), Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berna 2005, pag. 405 segg.

cpv. 1), consentendo in tal modo al consiglio d'amministrazione di ridurre il capitale senza dover previamente procedere alla diffida ai creditori né ottenere un'attestazione di verifica da parte di un revisore. Le società che hanno introdotto una forbice di capitale devono sottoporre il loro conto annuale almeno a una revisione limitata. Per tutelare i creditori, non è possibile rinunciare alla revisione limitata (cfr. art. 653s cpv. 1, 727a cpv. 2). La proposta di posticipare la tutela dei creditori come chiesto dal disegno 2007<sup>94</sup> non era convincente<sup>95</sup>.

L'assemblea generale può limitare il margine di apprezzamento del consiglio d'amministrazione. Ad esempio, può stabilire che il consiglio d'amministrazione può soltanto aumentare il capitale azionario. In tal caso, il margine di variazione del capitale corrisponde all'attuale aumento autorizzato del capitale azionario. Se l'assemblea generale autorizza invece il consiglio d'amministrazione soltanto a ridurre il capitale, il margine di variazione del capitale corrisponde allora a una riduzione autorizzata del capitale. È quindi inutile prevedere oltre alla forbice un aumento o una riduzione autorizzati. Pertanto, le vigenti disposizioni sull'aumento autorizzato del capitale azionario possono essere abrogate.

### 1.3.1.5 Riserve

Le disposizioni sulle riserve (cfr. art. 671 segg.) vengono adeguate al nuovo diritto contabile (art. 959a cpv. 2 n. 3 CO) come già previsto nel disegno 2007<sup>96</sup>.

Il rimborso di riserve da capitale e da utili agli azionisti è disciplinato in modo meno restrittivo. Questa esigenza era stata espressa in particolare dal Consiglio degli Stati (cfr. art. 671 cpv. 2 n. 4). Viene invece introdotto un obbligo di verifica, in particolare per tutelare i creditori e per garantire la solvibilità della società (cfr. art. 671 cpv. 3).

Contrariamente a quanto previsto nel disegno 2007<sup>97</sup>, la possibilità di rivalutare fondi e partecipazioni per rimediare a una sottocopertura dovuta a perdite risultanti dal bilancio (art. 670, 671b CO) non viene più soppressa, ma semplicemente integrata nelle nuove disposizioni del CO sul risanamento (cfr. art. 725e).

Se la società presenta una perdita risultante dal bilancio, il rimborso delle riserve legali da capitali da utili, nonché la riduzione ordinaria del capitale sono inammissibili (cfr. art. 677a).

<sup>94</sup> Art. 653x D 2007 (FF **2008** 1589, 1385 seg. e FF **2008** 1477,1491).

<sup>95</sup> Cfr. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berna 2009, pag. 229 seg.

<sup>96</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1388 segg.

<sup>97</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1388.

## 1.3.2 Capitale di partecipazione e fondi speculativi

### 1.3.2.1 Dibattito sulle «cavallette» in Germania

Il 22 novembre 2004 Franz Müntefering, figura di spicco dell'SPD, aveva tenuto, parlando del programma di massima del suo partito per il 2005, un discorso sul tema «libertà e responsabilità». Nelle ultime battute di questo discorso aveva dichiarato quanto segue: «Zum Beispiel aber auch, wenn es darum geht, in der globalisierten Wirtschaft die Rechte derer zu schützen, die hilflos sind, wenn anonyme Aktionäre ihnen die Arbeitsplätze zerstören. Wir müssen denjenigen Unternehmern, die die Zukunftsfähigkeit ihrer Unternehmen und die Interessen ihrer Arbeitnehmer im Blick haben, helfen gegen die verantwortungslosen Heuschreckenschwärme, die im Vierteljahrestakt Erfolg messen, Substanz absaugen und Unternehmen kaputtgehen lassen, wenn sie sie abgefressen haben. Kapitalismus ist keine Sache aus dem Museum, sondern brandaktuell.»<sup>98</sup> (Traduzione: «In un'economia globalizzata, dobbiamo anche difendere i diritti di chi si trova di fronte ad azionisti che distruggono i posti di lavoro che ha creato. Dobbiamo aiutare gli imprenditori cui sta a cuore il futuro delle loro imprese e gli interessi dei loro dipendenti a difendersi dagli sciami di cavallette che misurano la performance delle imprese a trimestre, le spolpano fino all'osso e poi le lasciano andare in rovina. Il capitalismo non è un fantasma del passato ma un problema di massima attualità.»)

Benché Müntefering non abbia portato esempi concreti per illustrare la sua metafora delle cavallette, pescata nei manuali di zoologia e tra le piaghe di biblica memoria, il suo discorso ha suscitato nell'opinione pubblica tedesca animati dibattiti che sono proseguiti per tutto il 2005.

Le discussioni hanno messo in luce che l'epiteto di cavallette era indirizzato agli investitori finanziari, soprattutto statunitensi, organizzati in società di partecipazione (*private equity*) e fondi speculativi (*hedge fund*)<sup>99</sup>.

L'espressione *private equity* è utilizzata perlopiù come concetto generico per indicare tutte le forme di capitale di partecipazione fornito da attori privati che investono a medio termine. A seconda del grado di maturità dell'impresa in cui viene investito il capitale, queste forme di investimento si distinguono in società di capitali di rischio (*venture capital*) e le attività di *private equity* in senso stretto; le prime si concentrano su imprese giovani nella fase di costituzione e di crescita, mentre le seconde si interessano di imprese mature o da risanare. Le attività di *private equity* si estendono di regola su un arco pluriennale ed esercitano un influsso fondamentale sulle decisioni strategiche della direzione aziendale, mentre gli *hedge fund* sono comunemente caratterizzati da una pianificazione temporale basata sul corto periodo. Questi investitori operano quasi esclusivamente su società quotate per realizzare plusvalenze di borsa. Tuttavia, il confine che separa *hedge fund* e attività di *private equity* si è fatto sempre più impalpabile. In particolare, gli *hedge fund* tendono a esercitare un'influenza crescente anche sui massimi dirigenti<sup>100</sup>.

A giudicare dai discorsi, pareva che gli investitori finanziari si potessero dividere in buoni e cattivi e che ci fossero persone e gruppi in grado di distinguere tra gli uni e gli altri.

<sup>98</sup> Cfr. <http://www.franz-muentefering.de/reden/pdf/19.11.04.pdf>, pag. 6.

<sup>99</sup> Cfr. p. es. Stern online del 28 apr. 2005 (Die Namen der «Heuschrecken»).

<sup>100</sup> Cfr. Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, pag. 464.

In seguito a queste discussioni, il *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung* (*Sachverständigenrat*, consiglio di esperti tedesco incaricato di valutare l'andamento economico generale)<sup>101</sup> ha affrontato la questione nella propria valutazione annuale 2005/06. Secondo questo consiglio, molti degli argomenti invocati erano chiaramente superficiali. A suo giudizio, *hedge fund* e attività di *private equity* contribuiscono al buon funzionamento dei mercati finanziari, favoriscono il processo di formazione dei prezzi, aumentano le possibilità di diversificazione degli investitori, sono in grado di farsi carico dei rischi elevati che gravano su altri partecipanti al mercato e forniscono alle imprese nuove possibilità di finanziamento. Le discussioni del 2005 calcavano sui rischi incorsi dalle imprese divenute bersaglio di investitori finanziari interessati a rapidi guadagni, che sciamando come cavallette provocavano devastazioni per poi abbandonare il campo. Il consiglio di esperti ha chiarito che simili argomentazioni semplicistiche non erano giustificate dai dati economici, poiché sottintendevano che gli investitori cercherebbero sistematicamente di rovinare le imprese sperando però paradossalmente di rivendere le loro partecipazioni realizzando un utile.

Le principali preoccupazioni erano legate alla presunta indifferenza degli investitori finanziari agli aspetti sociali. Concretamente, si temeva che questi cercassero sistematicamente di eliminare posti di lavoro per realizzare maggiori guadagni. A questo riguardo, il consiglio di esperti tedesco ha stabilito che tra lucratività e occupazione può esistere tutt'al più un conflitto di obiettivi a breve termine. A lungo termine, però, soltanto le imprese durevolmente redditizie possono mantenere il loro livello di impiego o addirittura aumentarlo. Le acquisizioni ad opera di investitori finanziari contribuiscono dunque a creare nuovi posti di lavoro se portano alla realizzazione di nuove prospettive economiche. Se invece un'impresa sarebbe stata comunque costretta a tagliare posti di lavoro, poiché aveva ad esempio mancato in passato di operare i necessari adeguamenti o non si è sufficientemente preoccupata di valorizzarsi, le perdite di posti di lavoro possono essere imputate soltanto in parte agli investitori finanziari. L'intervento di questi ultimi porta alla realizzazione dei necessari adeguamenti. Per la precisione, è però difficile giudicare nel singolo caso l'impatto sull'occupazione, poiché tale giudizio implicherebbe la necessità di confrontare l'evoluzione dell'occupazione con e senza l'intervento degli investitori. Dalle ricerche empiriche condotte in vari Paesi sull'impatto delle attività di *private equity* emergerebbe perlopiù che le società finanziate da questo tipo di attività sarebbero caratterizzate da una crescita maggiore rispetto ad altre imprese simili ma finanziate con altri mezzi, creerebbero un maggior numero di posti di lavoro e investirebbero maggiormente nella ricerca e nello sviluppo. Benché queste analisi debbano essere valutate con prudenza a causa della casistica ristretta considerata e di possibili distorsioni dovute alla selezione dell'oggetto di studio, la tendenza descritta verrebbe confermata anche da altre valutazioni che risolvono il problema della selezione adottando un approccio microeconomico. Una ricerca condotta in Germania giunge ad esempio alla conclusione che un finanziamento mediante capitali di rischio potrebbe più che raddoppiare il tasso di crescita medio annuo.

Il consiglio di esperti tedesco è dunque giunto alla conclusione che *hedge fund* e attività di *private equity* non mettono seriamente in pericolo imprese e investitori, e che pertanto, a livello nazionale, non sussiste alcuna significativa necessità di intervento per proteggere le imprese. Il consiglio si è pertanto opposto a una

<sup>101</sup> Cfr. <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/index.html>.

limitazione dei diritti di voto per gli investitori a breve o all'introduzione di un divieto generale per il prestito di titoli<sup>102</sup>.

### 1.3.2.2 Situazione contestuale in Svizzera

Rispetto alle discussioni suscitate in Germania, in Svizzera gli *hedge fund* e le attività di *private equity* non hanno agitato gli animi più di tanto<sup>103</sup>. La metafora delle cavallette è stata utilizzata raramente<sup>104</sup>. Le discussioni, in particolare nel 2008, si sono inoltre focalizzate principalmente sugli investimenti miliardari operati da fondi sovrani russi, arabi e asiatici (*Sovereign Wealth Funds*) su grandi società anonime quotate in borsa con sede in Svizzera. L'importante fabbisogno di finanziamento che ha caratterizzato banche e compagnie d'assicurazione dopo la crisi finanziaria mondiale e il fatto che i fondi sovrani abbiano garantito una maggiore trasparenza sugli obiettivi dei loro investimenti («Principi di Santiago»), hanno fatto tacere quasi completamente le discussioni. Nel 2008 il Consiglio federale ha volontariamente rinunciato a una modifica del diritto societario, continuando però a seguire l'evoluzione dei fondi sovrani. A parere dell'Esecutivo, gli investitori esteri sono sostanzialmente benaccetti in Svizzera, come dimostrano gli ingenti capitali impegnati nel nostro Paese che favoriscono la competitività dell'economia svizzera e creano posti di lavoro.<sup>105</sup>

Come in Germania, anche in Svizzera manca una base empirica completa che permetta di considerare dannosi per l'economia *hedge fund* e attività di *private equity*. Sinora non si è assistito a drastici tagli occupazionali o all'annientamento di imprese o gruppi di imprese svizzeri. Date le similitudini tra il contesto tedesco e quello svizzero, le considerazioni del consiglio di esperti germanico possono essere considerate calzanti anche per il nostro Paese. In definitiva, nessuno è in grado, neppure in Svizzera, di tracciare una chiara linea di demarcazione tra azionisti e investitori buoni e cattivi. Al momento attuale non si ravvisa dunque la necessità di un intervento generale nel diritto azionario sul piano legislativo.

<sup>102</sup> Cfr. Jahresgutachten 2005/06 des Sachverständigenrats, pag. 35 e 468. Per un approfondimento: pag. 463 segg.

<sup>103</sup> Nel 2010 vi furono interventi politici concreti, in particolare in rapporto con il cambiamento dei rapporti di proprietà sulla OC Oerlikon, a quel momento in gravi difficoltà finanziarie: interpellanza Gutzwiller (10.3337 Il futuro della OC Oerlikon) e interpellanza KAUFMANN (10.3285 OC Oerlikon. Lacune legislative o lassismo nella vigilanza sulle borse?).

<sup>104</sup> Cfr. interpellanza David (10.3254 La Svizzera orientale presa d'assalto, in ted.: Die "Heuschrecken" in der Ostschweiz). La metafora delle cavallette è stata utilizzata occasionalmente in Parlamento (tra il 2008 e il 2012) nell'ambito delle deliberazioni dei vari progetti di riforma del diritto azionario e dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» (08.011: Boll. Uff. 2009 S 603; Boll. Uff. 2013 S 568, Boll. Uff. 2013 N 885; 08.080: Boll. Uff. 2010 N 461 segg., Boll. Uff. 2010 N 475, Boll. Uff. 2010 N 340/344, Boll. Uff. 2010 N 340; 10.443: Boll. Uff. 2011 N 838 segg.). Questi rari casi non consentono di trarre conclusioni.

<sup>105</sup> Comunicato stampa della SECO del 30 gen. 2008 (Osservazione attiva dei fondi di Stato esteri).

### **1.3.3 Azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni**

#### **1.3.3.1 Definizione**

Per azioni non iscritte (in tedesco «Dispoaktien») si intendono le azioni nominative acquistate in borsa da un proprietario che però non si è fatto iscrivere nel libro delle azioni. Nei confronti della società si considera però azionista soltanto chi è iscritto nel libro delle azioni (art. 686 cpv. 4 CO).

Gli azionisti che vendono i loro titoli in borsa perdono immediatamente tutti i loro diritti e con l'annuncio della banca dell'alienante vengono cancellati dal libro delle azioni (art. 685e CO). Gli acquirenti, invece, vengono iscritti nel libro soltanto se chiedono il riconoscimento alla società (art. 685f CO). Fintanto che non si annunciano alla società, la posizione corrispondente nel libro delle azioni rimane in bianco.

Le persone che non sono iscritte nel libro delle azioni non possono esercitare né il diritto di voto inerente alle azioni, né gli altri diritti connessi con il diritto di voto (art. 685f cpv. 2 e 3 CO; art. 689a cpv. 1 CO). Nella prassi, tuttavia, le società versano in particolare i dividendi attraverso le banche agli «azionisti» loro sconosciuti. La legalità di questa prassi è però tutt'altro che incontestata<sup>106</sup>.

#### **1.3.3.2 Potenziali problemi legati alle azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni**

Le società caratterizzate da una quota importante di azioni non iscritte possono trovarsi confrontate con i seguenti problemi<sup>107</sup>:

- erosione dell'azione nominativa in quanto istituto giuridico: le azioni di questo tipo vengono emesse in particolare per fare in modo che il consiglio d'amministrazione conosca gli azionisti della società; una quota elevata di azioni non iscritte vanifica il raggiungimento di questo obiettivo, poiché queste azioni equivalgono in pratica a buoni di partecipazione. De facto, quindi, viene erosa anche la facoltà inalienabile dell'assemblea generale di decidere in merito alla conversione di azioni in buoni di partecipazione;
- compromissione del governo d'impresa: quando la quota di azioni non iscritte è elevata, vi è una parte importante dell'azionariato che non può partecipare alla formazione della volontà della società (chi non è iscritto nel libro delle azioni non ha diritto di voto). Ma una deliberazione dell'assemblea generale è legittimata soltanto nella misura dei voti espressi;
- rischio accresciuto di acquisizione (ostile): quando la quota di azioni non iscritte è elevata, basta già una partecipazione relativamente poco importante per ottenere il controllo sulla società. Se le azioni non iscritte superano un terzo dell'intero capitale azionario, una partecipazione inferiore al limite del 33⅓ per cento è sufficiente per acquisire il controllo della società. In tal

<sup>106</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, quarta edizione, Zurigo 2009, § 6 N 163–165.

<sup>107</sup> Cfr. KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zurigo 2012, pag. 461.

modo, gli azionisti vengono privati della tutela contro le acquisizioni prevista dalla legislazione sulle borse (cfr. art. 32 LBVM<sup>108</sup>);

- quorum di presenza: a partire da una determinata quota di azioni non iscritte, i quorum di presenza previsti dalle disposizioni statutarie, le quali secondo la dottrina dominante possono essere modificate soltanto con gli stessi quorum, non possono più essere raggiunti.

### 1.3.3.3 Nel disegno 2007

I problemi ai quali si è accennato erano già stati esposti sia nel commento al disegno del 21 dicembre 2007<sup>109</sup> sia nel rapporto esplicativo relativo all'avamprogetto del 2 dicembre 2005<sup>110</sup>. Poiché tutte le soluzioni esaminate (sistema del *nominee*; riconoscimento del diritto di incassare dividendi ai titolari di azioni non iscritte; versamento di un dividendo più elevato alle persone che partecipano all'assemblea generale) presentavano concretamente qualche ostacolo, il Consiglio federale ha rinunciato a proporre un disciplinamento legale cogente per risolvere il problema delle azioni non iscritte<sup>111</sup>.

La maggioranza del Consiglio degli Stati voleva invece una regolamentazione e ha finito per votare l'assai controverso modello del *nominee*,<sup>112</sup> elaborato da PETER BÖCKLI e JAN BANGERT e caldeggiato tra l'altro dall'associazione mantello dell'economica ECONOMIESUISSE<sup>113</sup>. Il Consiglio nazionale non ha deliberato sul modello del *nominee*.

### 1.3.3.4 Tratti salienti del modello del *nominee*

L'elemento fondamentale del summenzionato modello del *nominee* consiste nell'iscrizione di una banca o di un commerciante di valori mobiliari ai sensi dell'articolo 4 capoverso 2 lettere a e b LTCo<sup>114</sup> nel libro delle azioni della società come ente di custodia avente diritto di voto. In quanto *nominee*, l'ente di custodia non è né proprietario né usufruttuario delle azioni non iscritte. Ma non è nemmeno un semplice procuratore, poiché può esercitare a proprio nome il diritto di voto legato alle azioni non iscritte.

<sup>108</sup> RS 954.1

<sup>109</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF 2008 1321, 1350.

<sup>110</sup> Avamprogetto e rapporto esplicativo del 2 dic. 2005 concernenti una revisione del diritto della società anonima e del diritto contabile nel Codice delle obbligazioni, pag. 18 seg.

<sup>111</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF 2008 1321, 1351

<sup>112</sup> Boll. Uff. 2009 S 602 segg. e 620 segg.

<sup>113</sup> Cfr.

[http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/dispoaktie\\_vorsch\\_l\\_gesetzesaend\\_20080825.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/dispoaktie_vorsch_l_gesetzesaend_20080825.pdf)

<sup>114</sup> RS 957.1

Per evitare una duplice iscrizione delle stesse azioni nel libro delle azioni, l'annuncio è riservato esclusivamente all'ente di custodia. Dopo 30 giorni, l'iscrizione come ente di custodia è effettuata automaticamente ed è sostituita dall'iscrizione dell'azionista soltanto se su richiesta di quest'ultimo l'ente di custodia ne dà annuncio alla società.

L'ente di custodia esercita il diritto di voto su istruzioni dell'azionista senza però rivelare alla società né l'identità di quest'ultimo né il contenuto delle istruzioni impartite. Se in vista di un'assemblea generale non riceve istruzioni specifiche (p. es. se l'azionista non reagisce), esercita il diritto di voto secondo le istruzioni generiche dell'azionista (p. es. votando secondo le proposte del consiglio d'amministrazione). Le istruzioni generiche sono generalmente contenute nelle condizioni generali dell'ente di custodia per i contratti di custodia/deposito.

Il numero di voti che un ente di custodia può esercitare per un azionista è limitato allo 0,2 per cento. Nello statuto della società può essere previsto un limite superiore e può anche essere stabilito che la società rinuncia in blocco al modello del *nominee*.

Il modello del *nominee* genera dei costi per l'ente di custodia, poiché deve trasmettere all'azionista tutte le comunicazioni della società, chiedergli di impartire istruzioni prima di un'assemblea generale ed esercitare il diritto di voto conformemente alle istruzioni ricevute. Per questi servizi può fatturare alla società, nell'interesse della quale agisce in ultima analisi, i costi che necessariamente ne derivano.

### **1.3.3.5 Vantaggi e svantaggi del modello del *nominee***

I vantaggi del modello del *nominee* si concretizzano se gli azionisti proprietari delle azioni impartiscono istruzioni di voto all'ente di custodia. Il modello consentirebbe di introdurre le seguenti migliorie:

- le azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni potrebbero essere sostanzialmente abolite. Dato che in assenza di una domanda di iscrizione da parte dell'azionista viene iscritto l'ente di custodia, una volta spirato il termine di 30 giorni nel libro delle azioni non vi sarebbero più posizioni in bianco;
- essendo garantita indirettamente dall'ente di custodia, la comunicazione diretta tra la società e gli azionisti non registrati migliorerebbe;
- il modello del *nominee* comporta un aumento degli azionisti rappresentati all'assemblea generale. Aumenta così anche la probabilità di raggiungere il quorum di presenza statutario;
- il modello ostacola le acquisizioni (ostili), poiché rende necessarie partecipazioni più consistenti per prendere il controllo di una società. Nel sistema attuale le società possono comunque già difendersi dalle acquisizioni grazie alle disposizioni sulle azioni vincolate (rifiuto di un azionista in caso di superamento di una percentuale massima);
- il modello migliorerebbe la protezione degli azionisti di minoranza registrati, poiché per ottenere il controllo effettivo di una società sono in genere necessarie, anche in questo caso, partecipazioni che superano il limite del

33⅓ per cento dell'offerta oltre il quale la legislazione sulle borse prevede l'obbligo di presentare un'offerta.

Il modello del *nominee* comporta però anche svantaggi rilevanti:

- la società ignora ancora l'identità degli azionisti non registrati. Il modello non porta dunque un miglioramento per quanto riguarda la trasparenza richiesta da un moderno governo d'impresa;
- secondo l'attuale prassi, gli azionisti non registrati incassano i dividendi per il tramite delle banche, ma non possono esercitare i loro diritti di voto. Con il modello del *nominee* potrebbero esercitare almeno in parte questi diritti impartendo istruzioni all'ente di custodia. Di conseguenza, il modello incoraggia addirittura un numero ancora più vasto di persone a non iscriversi direttamente nel libro delle azioni;
- l'articolo 4 capoverso 3 LTCo<sup>115</sup> considera enti di custodia anche le banche e i commercianti di valori mobiliari esteri. Il modello del *nominee* ammette invece, per la funzione di *nominee*, soltanto banche e commercianti di valori mobiliari svizzeri e pertanto è direttamente discriminatorio nei confronti degli istituti esteri. Inoltre, ostacola l'esercizio del diritto di voto tramite *nominee* per le persone con domicilio/sede all'estero, poiché queste affidano spesso la custodia e la gestione dei loro titoli alla loro banca di fiducia all'estero;
- il disciplinamento dei costi del modello, che sarebbero a carico della società e quindi dell'insieme degli azionisti, viola il principio di causalità. Gli enti di custodia potrebbero riversare i costi occasionati dai loro mandanti sulla società, e quindi anche sugli azionisti regolarmente iscritti nel libro delle azioni. Questo meccanismo creerebbe un ulteriore incentivo a non iscriversi e a esercitare per il tramite dell'ente di custodia il proprio diritto di voto e al versamento dei dividendi;
- l'ente di custodia può esercitare il diritto di voto soltanto se riceve istruzioni concrete o almeno generiche dagli azionisti non registrati. Le istruzioni generiche sono contenute nelle condizioni generali per i contratti di custodia/deposito. In genere prevedono che se l'azionista non impartisce istruzioni concrete in vista di un'assemblea generale, l'ente di custodia è tenuto a votare secondo le proposte del consiglio d'amministrazione. Ma con l'accettazione dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», l'articolo 95 capoverso 3 Cost.<sup>116</sup> vieta espressamente la rappresentanza del diritto di voto per i titoli in deposito. Il modello del *nominee*, che prevede una rappresentanza istituzionale del diritto di voto da parte dell'ente di custodia (banca), che non è azionista e oltretutto non deve neppure fornire garanzie di indipendenza, instaurerebbe una situazione paragonabile alla rappresentanza del diritto di voto per i titoli in deposito, eludendo in pratica il divieto sancito dalla Costituzione. La possibilità di impartire istruzioni generiche, inoltre, vanificherebbe altri obiettivi perseguiti dall'articolo 95 capoverso 3 Cost., e precisamente il rafforzamento dell'effettiva volontà degli azionisti e quindi il conferimento di una maggiore legittimità alle deliberazioni dell'assemblea generale.

<sup>115</sup> RS 957.1

<sup>116</sup> RS 101

### 1.3.3.6 Soluzione proposta

Anche nell'ottica dell'articolo 11 OReSA<sup>117</sup>, che concretizza il divieto della rappresentanza del diritto di voto per i titoli in deposito sancito dall'articolo 95 capoverso 3 lettera a quarto periodo Cost.<sup>118</sup>, il modello del *nominee* dev'essere scartato.

Per questa ragione, e in considerazione del fatto che nell'ambito della deliberazione del disegno 2007 il Parlamento aveva giudicato problematica l'esistenza di una quota elevata di azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni, il presente avamprogetto propone, contrariamente al disegno 2007, una soluzione concreta, benché si possa comunque sostenere che una quota elevata di queste azioni si basa su decisioni razionali degli investitori svizzeri ed esteri e non costituisce necessariamente una disfunzione patologica della società<sup>119</sup>.

L'avamprogetto rinuncia dunque a una disposizione cogente, lasciando la libertà rispettivamente al consiglio d'amministrazione e agli azionisti di decidere se intendono prevedere il versamento di un dividendo maggiorato o decurtato per le azioni rappresentate o non rappresentate all'assemblea generale (cfr. art. 661). Prescrive invece obbligatoriamente alle società quotate in borsa di garantire che gli acquirenti possano presentare la domanda di riconoscimento come azionista anche per via elettronica (cfr. art. 686b).

### 1.3.3.7 Impiego di mezzi di comunicazione elettronici

Contrariamente al disegno 2007<sup>120</sup>, le nuove disposizioni sull'impiego di mezzi di comunicazione elettronici (cfr. art. 701c segg.) concedono un più ampio margine di manovra alle società. Si è cercato così di tener conto delle critiche formulate dalla prassi e dalla dottrina<sup>121</sup>.

Per le società quotate in borsa è ora previsto l'obbligo di mettere a disposizione degli azionisti un forum elettronico nel periodo che precede un'assemblea generale, onde facilitare lo scambio di opinioni tanto tra azionisti quanto tra consiglio d'amministrazione e azionariato (cfr. art. 701g).

<sup>117</sup> RS 221.331

<sup>118</sup> RS 101

<sup>119</sup> Cfr. HANS CASPAR VON DER CRONE/MARTINA ISLER, Dispoaktien, GesKR, numero speciale, Die grosse Aktienrechtsrevision, Zurigo 2008, pag. 77; KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zurigo 2012, pag. 462 seg.

<sup>120</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF 2008 1321, 1410.

<sup>121</sup> Cfr. tra gli altri INES PÖSCHEL, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Ent-Täuschung, in: Rolf Watter (ed.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Eine Standortbestimmung per Ende 2010, pag. 223 segg.

### **1.3.4 Attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.**

#### **1.3.4.1 Disposizioni concernenti la società anonima**

Il 1° gennaio 2014 è entrata in vigore l'ordinanza del 20 novembre 2013 contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA<sup>122</sup>; cfr. cap. 1.1.8.1). Di per sé, le disposizioni che essa contiene dovrebbero essere collocate nel CO, nella LPP e nel CP. Con il presente avamprogetto, queste disposizioni vengono trasferite nelle pertinenti leggi federali e quindi innalzate formalmente a livello di legge.

Oltre ai temi disciplinati dall'OReSA l'avamprogetto comprende anche altri elementi che il Consiglio federale non ha inserito nell'ordinanza mancando una base costituzionale o essendo questa perlomeno incerta. Nell'emanare le previste disposizioni, il legislatore federale può però fondarsi, oltre che sull'articolo 95 capoverso 3 Cost.<sup>123</sup>, anche sugli articoli 113 (previdenza professionale), 122 (Diritto civile e procedura civile) e 123 Cost. (Diritto penale). L'avamprogetto introduce pertanto alcune disposizioni negli ambiti seguenti, tutti strettamente connessi su un piano oggettivo all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive»:

- azione di restituzione (cfr. art. 678 f.);
- obbligo di diligenza dei membri del consiglio d'amministrazione e della direzione in materia di retribuzioni (cfr. art. 717 cpv. 1<sup>bis</sup>);
- votazioni sulle retribuzioni variabili (cfr. art. 735 cpv. 3 n.4);
- premi di assunzione (cfr. art. 735c cpv. 1 n 5; cfr. cap. 1.3.4.4);
- divieto di concorrenza e delle indennità ingiustificate o inusuali per tale divieto (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 2 e 3 nonché cpv. 3; cfr. cap. 1.3.4.4);
- retribuzioni per una precedente attività di organo della società (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 4);
- azioni di diritto societario per far valere dei diritti degli azionisti (cfr. art. 697k; art. 107 cpv. 1<sup>bis</sup> AP CPC; cfr. cap. 1.3.6.8).

La disposizione che precisa l'obbligo di diligenza detta ai massimi dirigenti della società un principio d'azione in materia di retribuzioni ed esplicherà anche un effetto preventivo. Tale disposizione, insieme alla struttura più incisiva conferita all'azione di restituzione, completa il sistema normativo in materia di retribuzioni nel lasso di tempo che precede e segue lo svolgimento dell'assemblea generale. Come logico complemento dei diritti che gli azionisti possono esercitare durante l'assemblea generale, l'avamprogetto rafforza inoltre i loro diritti processuali prevedendo a determinate condizioni l'addossamento alla società delle spese sostenute per promuovere l'azione di restituzione e di responsabilità. Questa soluzione è la sola che possa garantire agli azionisti l'effettiva possibilità di contestare le retribuzioni illecite versate ai vertici della società. Anche questa disposizione avrà facilmente un effetto preventivo. Quanto ai premi di assunzione, alle retribuzioni versate agli ex dirigenti e al divieto di concorrenza e relative indennità, l'avamprogetto instaura la necessaria certezza del diritto. La distinzione tra le retribuzioni anticipate

<sup>122</sup> RS 221.331

<sup>123</sup> RS 101

inammissibili (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 6; art. 20 n. 2 OReSA) e le indennità di partenza inammissibili (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 1; art. 20 n. 1 OReSA) può ora essere operata in modo evidente a livello di legge, anche nell'interesse dei massimi dirigenti della società, poiché in caso di violazione del divieto di versare retribuzioni vietate incorrono severe pene detentive e pecuniarie (cfr. art. 154 AP CP).

Le disposizioni concernenti l'azione di restituzione, l'obbligo di diligenza e l'esercizio delle azioni di diritto societario sono applicabili anche alle società non quotate in borsa. Sotto questo aspetto non si ravvisano infatti ragioni oggettive per distinguere tra società quotate e non quotate.

### **1.3.4.2 Disposizioni sugli istituti di previdenza**

L'avamprogetto traspone gli articoli 22, 23 e 25 OReSA in una legge formale. Le norme dell'ORESA sugli obblighi di voto e di pubblicità previsti per gli istituti di previdenza sottoposti allaLFLP<sup>124</sup> vengono trasposte nella LPP<sup>125</sup> (cfr. in particolare gli art. 71a seg. e l'art 76 cpv. 1 lett. h AP LPP).

L'espressione «casse pensioni» utilizzato nell'articolo 95 capoverso 3 Cost. corrisponde alla definizione di «istituti di previdenza» utilizzata in materia di assicurazioni sociali. Il Consiglio federale rinuncia a estendere il campo d'applicazione dell'obbligo di voto e di pubblicità ai Fondi di compensazione AVS/AI/IPG o alle fondazioni di investimento, poiché tali entità non hanno direttamente un collettivo di assicurati. Dovendo essere esercitato nell'interesse degli assicurati, l'obbligo di voto secondo l'articolo 95 capoverso 3 Cost. è previsto soltanto nei casi in cui si tratta di decidere direttamente di tali interessi. Nel caso delle fondazioni di investimento, inoltre, gli istituti di previdenza affiliati non hanno perlopiù alcuna relazione reciproca, bensì formano un gruppo eterogeneo unito solo di fatto dallo scopo di investimento.

### **1.3.4.3 Disposizioni penali**

#### **Diritto penale come ultima ratio**

Le disposizioni penali previste implicitamente nell'articolo 95 capoverso 3 Cost. ed esplicitamente negli articoli 24 e seg. OReSA vengono attuate in parte nell'articolo 154 AP CP e in parte nell'articolo 76 AP LPP.

Il nuovo articolo 154 AP CP (attuale art. 24 OReSA) disciplina la punibilità dei membri del consiglio d'amministrazione e della direzione delle società quotate in borsa, mentre la punibilità nel caso degli istituti di previdenza (attuale art. 25 OReSA) viene integrata nel vigente articolo 76 LPP.

Le disposizioni penali si ispirano sempre strettamente al testo dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. L'opportunità di prevedere una punibilità più estesa in taluni ambiti, oltre quanto previsto dal testo costituzionale (p. es. per le retribuzioni vietate), è stata considerata, ma è stata scartata per le seguenti ragioni.

<sup>124</sup> RS **831.42**

<sup>125</sup> RS **831.40**

Il diritto penale garantisce una protezione elementare<sup>126</sup> dell'ordine sociale. Il potere punitivo dello Stato, in quanto massimo strumento coercitivo, dev'essere applicato soltanto ai comportamenti che nuocciono<sup>127</sup> in modo particolarmente grave alla società. Il principio di proporzionalità sancito dalla Costituzione (art. 5 cpv. 2, art. 36 cpv. 3 Cost.) dev'essere rispettato. Il ricorso al diritto penale, che interviene pesantemente nella libertà e nei diritti di proprietà dell'individuo, è giustificato soltanto quando tutti gli altri mezzi offerti dal diritto civile o amministrativo e gli strumenti di politica sociale non sono sufficienti per inibire un comportamento repressibile (sussidiarietà del diritto penale). Lo Stato deve dunque ricorrere al diritto penale con moderazione e soltanto come *ultima ratio*<sup>128</sup>.

Il pubblico clamore suscitato dalle retribuzioni eccessive, talvolta versate dalle imprese anche in momenti di difficoltà economica, sollevano un sentimento di scontento e indignazione nell'opinione pubblica. Questi sentimenti sono emersi con chiarezza nel contesto dell'accettazione dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive». È però dubbio che spetti al diritto penale, in quanto estremo rimedio, di punire questo tipo di comportamenti. Tantopiù che il vigente diritto societario, OReSA<sup>129</sup> compresa, e il presente avamprogetto prevedono già tutta una serie di strumenti che consentono agli azionisti di influire sulla politica delle retribuzioni (sussidiarietà del diritto penale). Si pensi ad esempio all'azione di restituzione (cfr. art. 678, art. 697k), all'azione di responsabilità (cfr. art. 754 CO), alla contestabilità o nullità delle decisioni degli organi (art. 706 segg., art. 714 CO), alla concretizzazione dell'obbligo di diligenza del consiglio d'amministrazione e della direzione in materia di retribuzioni (cfr. art. 717 cpv. 1<sup>bis</sup>), alla possibilità di revocare ad esempio i membri del consiglio d'amministrazione che si comportano scorrettamente (art. 705 cpv. 1 CO), alla facoltà dell'assemblea generale di deliberare sulle retribuzioni (cfr. art. 735, art. 18 seg. OReSA) e al trattamento fiscale riservato alle retribuzioni molto elevate (cfr. art. 59 cpv. 3 AP LIFD). Infine, nei confronti dei membri scorretti della direzione generale si possono anche adottare i provvedimenti previsti dal diritto del lavoro (p. es. disdetta del rapporto di lavoro e domanda di risarcimento).

### Reati perseguiti d'ufficio

L'articolo 95 capoverso 3 Cost. non specifica se i reati previsti debbano essere perseguiti d'ufficio o a querela di parte. Nel vigente diritto penale, la maggior parte delle fattispecie prevede il perseguimento d'ufficio dei reati. I reati perseguiti a querela di parte sono invece perseguiti penalmente soltanto se l'avente diritto rilascia una corrispondente dichiarazione di volontà (art. 30 segg. CP). Secondo la dottrina dominante, il legislatore deve subordinare il perseguimento di un reato alla presentazione di una querela quando sia adempiuta almeno una delle seguenti condizioni: a) quando la natura illecita del reato è poco grave; b) quando il perseguimento incide in genere pesantemente sulla sfera privata della vittima; c)

<sup>126</sup> In quanto tutela dei valori fondamentali dell'ordine sociale, dei beni essenziali per la sopravvivenza, dei valori fondamentali della vita. Cfr. FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, terza edizione, Zurigo 2007, § 4 N 8.

<sup>127</sup> Ossia le lesioni di beni giuridici che oltre alla vittima danneggiano anche la società in generale, che mettono a repentaglio la pace sociale; cfr. KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5<sup>a</sup> ed., Zurigo 2012, pag. 6 segg.

<sup>128</sup> Cfr. FRANZ RIKLIN, *ibid.*, § 4 N 4 segg.; KURT SEELMANN, *ibid.*, pag. 6 segg.; PETER ALBRECHT, *Strafrecht ohne Recht? ZStrR 04/2013*, pag. 387.

<sup>129</sup> RS 221.331.

quando il perseguimento potrebbe compromettere uno stretto legame personale tra la vittima e l'autore del reato<sup>130</sup>.

Il fatto che le infrazioni qui esaminate tocchino principalmente gli interessi patrimoniali e i diritti di partecipazione degli azionisti, rispettivamente i loro diritti in materia di trasparenza, e quindi i loro interessi privati, fa propendere per il perseguimento a querela di parte, e così pure la natura del diritto della società anonima, governata da principi economici e di diritto privato. Infine, nell'ambito della procedura di consultazione relativa all'avamprogetto di OReSA (allora ORAbu), un certo numero di interpellati si era espressa a favore di questa opzione.

Alla luce delle riflessioni che seguono, il perseguimento d'ufficio si presenta tuttavia come la soluzione più coerente.

Anzitutto è dubbio che gli azionisti siano direttamente toccati nei loro interessi patrimoniali, ovvero se possano far valere un interesse giuridicamente protetto. In caso di amministrazione infedele (art. 158 CP) ai danni di una società anonima, ad esempio, soltanto quest'ultima ha statuto di parte lesa, e non gli azionisti<sup>131</sup>. Inoltre, il perseguimento a querela di parte implica il rischio che il querelante concluda un accordo di conciliazione con l'imputato, con conseguente abbandono del procedimento (art. 316 CPP<sup>132</sup>). Se l'imputato dispone di importanti risorse finanziarie, è per così dire in grado di comperare la sua impunità. Ma una simile evenienza sarebbe precisamente contraria allo spirito della nuova disposizione costituzionale. Per finire, oltre agli interessi privati dagli azionisti, i reati previsti possono ledere anche l'economia in generale<sup>133</sup>. In questa cornice, esiste innegabilmente un interesse pubblico al perseguimento penale dei reati in questione, perlomeno in alcune costellazioni. Per tutte queste ragioni, l'avamprogetto prevede il perseguimento d'ufficio per i reati in questione.

### **Pene comminate**

Il principio costituzionale di proporzionalità (art. 5 cpv. 2, art. 36 cpv. 3 Cost.), valido non solo per le autorità di applicazione ma anche per il legislatore, esige che la pena comminata corrisponda, vale a dire sia proporzionale, al danno causato dal reato.<sup>134</sup> Le pene previste devono essere graduate in funzione della gravità della lesione del bene giuridico protetto e in armonia con il resto delle fattispecie previste dal diritto penale.<sup>135</sup> Le sanzioni definite all'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost., il quale prevede la pena detentiva fino a tre anni e la pena pecuniaria fino a sei retribuzioni annuali, vengono dunque articolate in modo differenziato (cfr. art. 154 cpv. 1 e 2 AP CP, art. 76 cpv. 1 AP LPP). Infatti, i comportamenti sanzionati dalla disposizione costituzionale non hanno tutti la stessa gravità. In termini di gravità,

<sup>130</sup> Cfr. CHRISTOPH RIEDO, Basler Kommentar Strafrecht I, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2007, ante art. 30 N 9 e rimandi.

<sup>131</sup> MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Basler Kommentar Strafrecht II, seconda edizione, Basilea 2007, art. 158 N 151.

<sup>132</sup> Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ott. 2007 (Codice di procedura penale, CPP; RS 312.0).

<sup>133</sup> Cfr. al riguardo l'ingresso dell'art. 95 cpv. 3 Cost: «Per tutelare l'economia [...]»

<sup>134</sup> DTF 123 IV 29 consid. 4c.

<sup>135</sup> Cfr. al riguardo anche il rapporto esplicativo concernente legge federale sull'armonizzazione delle pene nel Codice penale, nel Codice penale militare e nel diritto penale accessorio, cap. 1.4. cfr.: [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/it/home/themen/sicherheit/ref\\_gesetzgebung/ref\\_s\\_trafrahmenharmonisierung.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/it/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_s_trafrahmenharmonisierung.html)

non c'è paragone, ad esempio, tra l'incasso di un bonus milionario e una violazione dell'obbligo di pubblicità da parte di una cassa pensioni. Infine, la differenziazione della pena comminata è stata chiaramente caldeggiata da numerosi interpellati<sup>136</sup> anche nell'ambito della procedura di consultazione relativa all'avamprogetto di OReSA (allora ORAbu).

#### **1.3.4.4 Premi di assunzione, indennità per divieto di concorrenza**

##### **Premi di assunzione**

I premi di assunzione sono versati al momento dell'assunzione a titolo di indennizzo per le pretese quantificabili in denaro (p. es. partecipazione a un piano di opzioni ancora in corso, azioni bloccate) che il precedente datore di lavoro o mandante avrebbe concesso a un membro del consiglio d'amministrazione o della direzione se questi non avesse cambiato impresa. Essi non retribuiscono dunque il lavoro prestato presso il nuovo datore di lavoro, bensì la rinuncia a pretese o aspettative nei confronti del *precedente* datore di lavoro. Secondo il diritto vigente, questi premi non rappresentano quindi retribuzioni vietate ai sensi dell'articolo 20 OReSA<sup>137</sup>; tuttavia, devono essere esposti nella relazione sulle retribuzioni conformemente all'articolo 14 capoverso 2 numero 5 OReSA e devono essere approvati dall'assemblea generale<sup>138</sup>. Per l'introduzione di un divieto assoluto o la limitazione dei premi di assunzione nell'OReSA mancava una base costituzionale chiara<sup>139</sup>.

Se però non vi è uno svantaggio finanziario effettivamente subito da compensare, questi premi configurano una retribuzione anticipata effettivamente vietata (come previsto all'art. 20 n. 2 OReSA)<sup>140</sup>. Per sgombrare ogni dubbio e garantire quindi la certezza del diritto, l'avamprogetto inserisce i premi di assunzione che non compensano uno svantaggio finanziario chiaramente comprovabile nel novero delle retribuzioni inammissibili (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 5).

##### **Indennità per divieto di concorrenza**

Lo stesso discorso vale per le indennità per divieto di concorrenza, in particolare dopo la cessazione del rapporto di lavoro. L'indennità per divieto di concorrenza è un importo versato a un dipendente che sottoscrive un patto di non concorrenza a causa del quale per un certo periodo non potrà esercitare liberamente la propria attività professionale e imprenditoriale. Anche per l'introduzione delle indennità per

<sup>136</sup> Cfr. al riguardo DFGP, intesi dei pareri sull'avamprogetto di ordinanza contro le retribuzioni abusive del 4 set. 2013, pag. 7. Cfr. [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref\\_gesetzgebung/ref\\_aktienrechtsrevision.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html)

<sup>137</sup> RS 221.331

<sup>138</sup> Rapporto esplicativo del 14 giu. 2013 sull'avamprogetto relativo all'ordinanza contro le retribuzioni abusive (ORAbu), pag. 26, rapporto complementare dell'UFG dell'8 ott. 2013 sul disegno di ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA), pag. 11.

<sup>139</sup> Cfr. art. 95 cpv. 3 lett. b Cost.

<sup>140</sup> Cfr rapporto complementare dell'8 ott. 2013 sul disegno di ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA), pag. 11.

divieto di concorrenza nel novero delle retribuzioni vietate ai sensi dell'ORESA manca una chiara base costituzionale all'articolo 95 capoverso 3 Cost.

Un divieto generalizzato sarebbe eccessivo, poiché potrebbero esistere validi motivi per concludere un patto di non concorrenza, ad esempio a un membro della direzione che conosce importanti segreti d'affari nel campo della ricerca e dello sviluppo. In tal caso l'interessato avrà diritto a un'indennità per divieto di concorrenza conforme alle tariffe di mercato.

Se però l'entità inusuale dell'indennità rispetto al divieto di concorrenza pattuito evidenzia che la reale volontà concordante delle parti consiste nel versamento di un'indennità di partenza occulta e che il patto di non concorrenza è stato concluso con il solo proposito di celare la reale natura del contratto (art. 18 CO), la somma versata va considerata un'indennità di partenza vietata (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 1; art. 20 n. 1 OReSA<sup>141</sup>). Contrariamente all'ORESA, l'avamprogetto considera esplicitamente queste fattispecie come retribuzioni vietate e precisa che tanto le «indennità non usuali sul mercato per un divieto di concorrenza» quanto le «indennità per un divieto di concorrenza non giustificato dall'uso commerciale» sono vietate. L'avamprogetto stabilisce inoltre che la durata di un divieto di concorrenza non può superare i dodici mesi (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 2 e 3).

### **1.3.5 Valori di riferimento per la rappresentanza di ambo i sessi nel consiglio d'amministrazione e nella direzione**

Il 14 novembre 2012, la Commissione dell'Unione europea (UE) ha adottato una proposta tendente a iscrivere in una legge i valori di riferimento per la rappresentanza di ambo i sessi nel consiglio d'amministrazione<sup>142</sup>. La direttiva proposta prevede una quota minima del 40 per cento per il sesso sottorappresentato tra i membri dei consigli di vigilanza, rispettivamente tra i membri non esecutivi del consiglio d'amministrazione delle imprese quotate in borsa. Le imprese al di sotto dell'obiettivo del 40 per cento devono valutare le qualifiche dei candidati sulla base di criteri chiari, neutrali sotto il profilo del sesso e uniformi. A parità di qualifiche si dovrà dare la preferenza al sesso sottorappresentato. Le imprese private quotate in borsa dovranno raggiungere l'obiettivo prefissato entro il 2020, mentre le imprese statali dovranno raggiungerlo già entro il 2018. La direttiva proposta si applicherebbe a circa 5000 imprese quotate in borsa nell'Unione europea. Le piccole e medie imprese quotate (con meno di 250 dipendenti e un fatturato globale annuo non superiore a 50 milioni di euro) e le imprese non quotate sono escluse dal campo d'applicazione della direttiva. Il 20 novembre 2013 il Parlamento europeo ha approvato la proposta con una serie di importanti emendamenti. Secondo la versione emendata della pro-

<sup>141</sup> Cfr. rapporto esplicativo del 14 giu. 2013 sull'avamprogetto relativo all'ordinanza contro le retribuzioni abusive (ORAbu), pag. 25.

<sup>142</sup> COM (2012) 614 final (cfr. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:en:PDF>). A fine nov. 2013, il Parlamento UE si è occupato in prima lettura di una proposta della commissione di prescrivere una quota del 40 per cento per la rappresentanza dei sessi nel consiglio d'amministrazione delle imprese con più di 250 dipendenti. L'affare è poi stato trasmesso al Consiglio dei ministri. Da questo momento i lavori sembrano essersi arrestati poiché diversi Stati membri contestano la competenza dell'UE di stabilire la succitata quota di rappresentanza dei sessi.

posta presentata dalla Commissione, la quota del 40 per cento rappresenta un valore di riferimento e non più una quota fissa. La proposta deve ancora essere approvata dal Consiglio dei ministri. Alcuni Stati membri hanno già introdotto valori di riferimento. L'obiettivo della Commissione non è ancora raggiunto in alcun Stato membro<sup>143</sup>. Alcuni Governi degli Stati dell'UE hanno già rifiutato la quota rosa con vari pretesti, tacciandola di «sovraregolamentazione».

Anche in Svizzera, i valori di riferimento per la rappresentanza di ambo i sessi nei consigli d'amministrazione e nelle direzioni delle società è un tema d'attualità.<sup>144</sup> Il cosiddetto rapporto Schilling<sup>145</sup>, che analizza annualmente la composizione della direzione e del consiglio d'amministrazione delle circa 100 maggiori imprese svizzere, indica per il 2014 una quota femminile del 13 per cento<sup>146</sup> nei consigli d'amministrazione (2013: 12%).<sup>147</sup> Questo lieve incremento è dovuto a una maggior presenza delle donne tra i neoinominati: la quota delle donne neolette in consiglio d'amministrazione nel 2014 è del 22 per cento, a fronte del 23 per cento registrato nel 2013. Secondo il rapporto Schilling 2014, la presenza femminile nelle direzioni delle imprese raggiunge solo il 6 per cento. Nonostante questo valore modesto, è possibile rilevare una tendenza piuttosto positiva, che si delinea in particolare nelle nuove nomine a livello di direzione. Nel 2011 si registrava un promettente 13 per cento di donne tra i nuovi membri delle direzioni, ma il valore registrato è di nuovo sceso al 9 per cento nel 2012 e addirittura all'8 per cento nel 2013, per poi comunque risalire al 9 per cento nel 2014.

Lo «*Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*», che dal 2002 funge da filo conduttore per il governo d'impresa caratterizzando lo sviluppo delle imprese in questo ambito, contiene, nella versione riveduta,<sup>148</sup> un accenno alla rappresentanza di ambo i sessi in seno ai consigli d'amministrazione. Al punto 12 (Composizione del consiglio d'amministrazione e della direzione) il codice stabilisce che il consiglio d'amministrazione dev'essere composto da uomini e donne in possesso delle necessarie capacità, affinché sia garantita la libera formazione della volontà nello scambio critico di opinioni con la direzione<sup>149</sup>.

Benchè in generale si constati un positivo sviluppo della rappresentanza di ambo i sessi nei consigli d'amministrazione e nelle direzioni delle imprese, la quota femminile in questi organi si situa ancora ben al di sotto del valore di riferimento fissato dalla prevista direttiva dell'UE. Le pressioni politiche sono pertanto

<sup>143</sup> Cfr. però i dati della Norvegia, Paese faro in fatto di quote rosa, che nel 2003 ha già introdotto una quota rosa obbligatoria del 40 % dando tempo alle imprese quotate in borsa fino al 2008 per attuarla.

<sup>144</sup> Cfr. p. es. NZZ del 28 feb. 2014, n. 49, «Frauen sind im Kommen» o NZZ del 4 mar. 2014, n. 52, «Mehr Chefinnen – Schweizer Firmen im Wandel».

<sup>145</sup> Rapporto Schilling 2014, edito dalla società Guido Schilling SA, *Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich*.

<sup>146</sup> Le cifre del 2014 si basano su un rilevamento effettuato al 31 dic. 2013 come data di riferimento; le cifre del 2013 si basano su un rilevamento effettuato al 31 dic. 2012.

<sup>147</sup> A titolo di paragone: nel 2010 la quota femminile nei consigli d'amministrazione era ancora del 10%.

<sup>148</sup> La versione riveduta è stata posta in consultazione fino a fine giu. 2014. La nuova edizione dello «Swiss Code» è stata pubblicata nel set. 2014.

<sup>149</sup> Cfr.

[http://www.economiesuisse.ch/de/SiteAssets/Seiten/Forms/EditForm/Swisscode\\_2014\\_05\\_27\\_Konsultation.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/SiteAssets/Seiten/Forms/EditForm/Swisscode_2014_05_27_Konsultation.pdf) (versione in lingua tedesca)

giustificate ed è necessario creare le necessarie condizioni quadro a livello di legislazione.

L'articolo 734<sup>e</sup> stabilisce nelle grandi società quotate in borsa, la relazione annuale sulle retribuzioni deve fornire talune giustificazioni qualora ciascun sesso non sia rappresentato almeno al 30 per cento nel consiglio d'amministrazione e nella direzione. In tal caso, si devono indicare i motivi per i quali i sessi non sono rappresentati almeno al 30 per cento e i provvedimenti adottati per promuovere la presenza del sesso meno rappresentato.

L'obbligo di riferire si applica al più tardi nell'esercizio che inizia cinque anni dopo l'entrata in vigore della nuova legge (cfr. art. 5 disp. trans.).

### **1.3.6                    Governo d'impresa**

#### **1.3.6.1                Controlli e contrappesi**

Un governo d'impresa adeguato e moderno deve puntare al raggiungimento di un equilibrio funzionale tra i vari organi della società (concetto che in inglese è riassunto nella locuzione «*checks and balances*», vale a dire *controlli e contrappesi*), a garantire una trasparenza adeguata sui processi interni alla società e a tutelare lo statuto giuridico degli azionisti. L'avamprogetto intende in particolare migliorare il governo d'impresa anche nelle società non quotate. Ad esempio, disciplina il diritto di chiedere ragguagli con maggiore chiarezza e istituisce anche il diritto di essere informati per iscritto.

#### **1.3.6.2                Diritto di ottenere informazioni e di consultare gli atti**

I diritti di informazione e di accesso agli atti promuovono la trasparenza all'interno della società e rivestono un'importanza capitale per la tutela giuridica degli azionisti: esercitando questi diritti, gli azionisti possono accertare se sono necessari ulteriori provvedimenti, in particolare se occorre avviare una verifica speciale (cfr. art. 697<sup>c</sup> segg.) o promuovere un'azione di responsabilità (cfr. art. 754), rispettivamente un'azione tendente alla restituzione di prestazioni (cfr. art. 678).

Attualmente, i soci delle società non quotate in borsa hanno a disposizione soltanto mezzi limitati per ottenere informazioni rilevanti sulla società. Possono far valere il loro diritto di essere informati soltanto in occasione dell'assemblea generale. L'avamprogetto prevede pertanto che nelle società le cui azioni non sono quotate in borsa ogni azionista può chiedere per scritto al consiglio d'amministrazione ragguagli sugli affari della società nella misura in cui tali ragguagli sono necessari per l'esercizio dei diritti dell'azionista e non compromettono segreti d'affari o altri interessi preponderanti della società. Il consiglio d'amministrazione è tenuto a rispondere alle richieste di informazione almeno due volte l'anno. Tutte le risposte devono inoltre essere immediatamente comunicate agli azionisti o messe a disposizione per consultazione in occasione dell'assemblea generale successiva (cfr. art. 697 cpv. 2 e 3).

Il diritto di consultare gli atti rimane sostanzialmente invariato (cfr. art. 697<sup>a</sup>).

### 1.3.6.3

### **Diritto di ottenere informazioni sulle retribuzioni versate ai quadri superiori**

Anteriormente all'entrata in vigore dell'OReSA, le società quotate in borsa dovevano fornire indicazioni sulle retribuzioni versate ai quadri superiori nell'allegato al bilancio/conto annuale (art. 663<sup>bis</sup> CO). Secondo l'avamprogetto, e come già previsto nell'OReSA, le società devono garantire tale trasparenza in una relazione a sé stante sulle retribuzioni ai sensi degli articoli 734 e seguenti. Le nuove disposizioni sulla trasparenza previste nelle nuove disposizioni riguardano tuttavia, come del resto anche l'articolo 663<sup>bis</sup> CO, solamente le società quotate in borsa.

Anche le società anonime private possono però venirsi a trovare in difficoltà, in particolare quando il consiglio d'amministrazione deve fissare le proprie retribuzioni. È precaria soprattutto la tutela giuridica degli azionisti che non partecipano alla gestione, e in particolare degli azionisti di minoranza. La portata del diritto *de lege lata* a ottenere informazioni sulle retribuzioni del consiglio d'amministrazione è controversa. Spesso, tuttavia, la conoscenza delle retribuzioni è un presupposto necessario per l'esercizio di vari diritti che proteggono gli azionisti, ad esempio dell'azione tendente alla restituzione di prestazioni (cfr. art. 678), dell'azione di responsabilità (cfr. art. 754) e del diritto all'istituzione di una verifica speciale (cfr. art. 697<sup>c</sup> segg.).

Pertanto, per tutelare gli azionisti, occorre migliorare la trasparenza anche nelle società anonime non quotate in borsa. A tale riguardo bisogna tener conto del fatto che in queste società l'esigenza di riservatezza è più sentita rispetto alle società che raccolgono capitali sul pubblico mercato. Le società in questione non devono dunque essere obbligate a rendere note le retribuzioni versate nell'allegato al conto annuale o in una relazione sulle retribuzioni. Il consiglio d'amministrazione è tuttavia tenuto a informare di sua iniziativa l'azionariato sulle retribuzioni versate ai massimi dirigenti in occasione dell'assemblea generale in cui è approvato il conto annuale (cfr. art. 697 cpv. 4). Quanto alla possibilità di applicare le disposizioni sulle retribuzioni nelle società quotate in borsa a società non quotate, si rimanda al capitolo 1.3.6.4.

Il diritto di ottenere raggugli sulle retribuzioni corrisposte all'amministrazione sarà ora riconosciuto anche ai soci delle cooperative. Queste soggiacciono allo stesso obbligo di pubblicità previsto per le società quotate in borsa (cfr. art. 857 cpv. 2<sup>bis</sup>).

### 1.3.6.4

### **Altri aspetti del governo d'impresa**

Per il resto, il governo d'impresa deve essere migliorato sviluppando ulteriormente i diritti degli azionisti.

L'avamprogetto stabilisce ad esempio che gli azionisti sono autorizzati, in quanto proprietari della società, a esercitare un influsso sulle retribuzioni versate ai vertici aziendali, se tale è il loro desiderio. L'articolo 732 capoverso 2 stabilisce espressamente che le società le cui azioni non sono quotate in borsa possono prevedere nel loro statuto l'applicabilità parziale o totale delle disposizioni relative alle società quotate. Per disposizione statutaria possono ad esempio obbligare il consiglio d'amministrazione a presentare una relazione sulle retribuzioni e/o attribuire all'assemblea generale la competenza di deliberare sulle retribuzioni.

Un ulteriore miglioramento del governo d'impresa deriva inoltre dal miglioramento dell'azione tendente alla restituzione di prestazioni (cfr. cap. 1.3.6.7).

Si rinuncia invece alla possibilità di prevedere l'approvazione obbligatoria da parte dell'assemblea generale per le decisioni del consiglio d'amministrazione (ossia di sottoporre per disposizione statutaria determinate decisioni del consiglio d'amministrazione all'assemblea generale), ancora prevista nel disegno 2007<sup>150</sup>. Con una disposizione del genere il legislatore infrangerebbe infatti, non senza creare difficoltà, il principio di parità degli organi attualmente vigente nel diritto della società anonima. La società anonima è appunto caratterizzata dal fatto che il consiglio d'amministrazione può procedere a tutti gli atti necessari alla gestione degli affari, purché non comportino (di fatto) la liquidazione della società o una modifica dello scopo sociale<sup>151</sup>. Una disposizione sull'obbligo di approvazione da parte dell'assemblea generale comporterebbe inoltre difficoltà pratiche e comprometterebbe la sicurezza delle transazioni e la certezza del diritto. Si pensi ad esempio alle difficoltà che sorgerebbero se a causa dell'indeterminatezza delle disposizioni statutarie non fosse possibile stabilire quali sono gli affari che l'assemblea generale è tenuta ad approvare. Creerebbe problemi anche la messa a disposizione delle informazioni necessarie per l'approvazione, poiché gli azionisti non hanno alcun obbligo di lealtà nei confronti della società<sup>152</sup>. Per la società anonima viene pertanto mantenuto il principio di parità, mentre le società i cui soci vogliono prevedere un controllo su determinate decisioni degli organi dirigenti possono optare per la forma della società a garanzia limitata.

### **1.3.6.5                   Esercizio dei diritti degli azionisti, azioni di diritto societario**

Le esperienze maturate negli ultimi anni, e in particolare a partire dal 2007 in seguito alla crisi finanziaria globale, insegnano che spesso gli azionisti, e specialmente nelle grandi società con un azionariato molto frammentato, non sono in grado di esercitare i loro diritti. Oltre al fatto che di fatto esiste spesso una disuguaglianza di potere tra i vertici aziendali e i proprietari della società, in materia di diritti degli azionisti l'autoregolamentazione ha spesso una portata limitata a causa di ragioni

<sup>150</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1342 seg.

<sup>151</sup> Secondo il Tribunale federale (DTF **111** II 288 seg., **116** II 323), rientra di principio nei limiti dello scopo sociale tutto quanto non è contrario a tale scopo.

<sup>152</sup> Per un approfondimento sui problemi in rapporto con una facoltà di approvazione obbligatoria, cfr. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berna 2009, pag. 248 segg. e PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 104 (2008), pag. 359 seg.

oggettive.<sup>153</sup> D'altro canto, l'attuazione giudiziale dei diritti degli azionisti è spesso ostacolata da scogli di natura processuale, in particolare dai costi e ai rischi che un processo comporta per gli azionisti in quanto parte attrice.<sup>154</sup> Tocca dunque anzitutto al legislatore rafforzare i diritti degli azionisti con norme imperative e al tempo stesso processualmente efficaci e più efficacemente attuabili. L'avamprogetto contiene perciò diverse proposte volte a rafforzare tali diritti, sia sul piano del diritto materiale sia su quello processuale.

### 1.3.6.6 Parziale abbassamento dei valori soglia

I valori soglia per l'esercizio dei diritti degli azionisti vengono per quanto possibile armonizzati. L'avamprogetto tiene però adeguatamente conto delle diverse condizioni di partecipazione che distinguono le società quotate in borsa dalle società non quotate prevedendo valori soglia differenziati per i due tipi di società.

Se si fissa una soglia diversa per ogni diritto della minoranza, come in parte previsto nel disegno 2007,<sup>155</sup> possono risultarne delle incongruenze. In particolare nel caso delle società non quotate, è meglio che siano definiti valori possibilmente uniformi, affinché i diritti che la legge accorda agli azionisti siano disciplinati in modo intelligibile.<sup>156</sup> Oltre che al capitale azionario, per il raggiungimento dei valori soglia l'avamprogetto fa ora riferimento anche al diritto di voto. Un'eventuale restrizione legale o statutaria del diritto di voto sarà irrilevante ai fini del calcolo dei valori soglia determinanti per il diritto della minoranza. Contrariamente al diritto vigente e al disegno 2007, l'avamprogetto non tiene più conto del valore nominale

<sup>153</sup> I codici in materia di governo d'impresa sono stati elaborati dal settore privato nel cammino verso l'autoregolamentazione. Lo «Swiss Code of Best Practice», opera di ECONOMIESUISSE, consiste in una serie di raccomandazioni giuridicamente non vincolanti che riguardano soprattutto la composizione, l'organizzazione e i compiti del consiglio d'amministrazione. La «direttiva concernente le informazioni relative alla corporate governance» della SIX Swiss Exchange (SIX) esige, per le imprese i cui titoli di partecipazione sono quotati alla Borsa svizzera, la trasparenza su importanti informazioni rilevanti per il mercato dei capitali. La direttiva si basa sul principio detto del «comply or explain»: se una società non fornisce le informazioni richieste, deve indicare i motivi del suo rifiuto. La trasparenza sulle retribuzioni versate ai vertici aziendali è sempre obbligatoria. La direttiva della SIX riguarda solamente le società quotate. Ma anche le imprese non quotate presentano carenze a livello di governo d'impresa. Inoltre, il principio del «comply or explain» presenta dei punti deboli a livello di attuazione. La direttiva della SIX tratta del resto soltanto alcuni aspetti del governo d'impresa, e precisamente la trasparenza delle informazioni rilevanti per il mercato dei capitali. La direttiva trascura invece altri elementi importanti per l'efficacia del governo d'impresa, quali il rafforzamento della posizione dell'assemblea generale e il miglioramento dell'efficienza dei diritti di controllo e di partecipazione degli azionisti.

<sup>154</sup> Cfr. «Le autorità sotto la pressione della crisi finanziaria e della trasmissione dei dati di clienti di UBS agli Stati Uniti», parere del Consiglio federale del 13 ott. 2010 sul rapporto delle Commissioni della gestione del Consiglio nazionale e del Consiglio degli Stati del 30 mag. 2010, FF **2011** 3169, 3210 seg.

<sup>155</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1341 seg.

<sup>156</sup> Cfr. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berna 2009, pag. 241 seg.

come ulteriore riferimento, poiché tale valore non rispecchia in modo evidente l'importanza dell'investimento dell'azionista.

Nel definire i valori soglia per le società non quotate in borsa, l'avamprogetto si ispira sostanzialmente al disciplinamento vigente. Un abbassamento al di sotto del 10 per cento dei valori soglia attualmente vigenti, ad esempio per il diritto di proporre una verifica speciale e per il diritto di convocare un'assemblea generale, era già stato contestato nell'ambito della consultazione relativa al disegno 2007.

Per le società quotate in borsa, invece, i valori soglia previsti dal diritto vigente sono risultati eccessivamente elevati. Per una società con un azionariato molto disseminato, ad esempio, lo scoglio del 10 per cento per il diritto di proporre una verifica speciale o a chiedere la convocazione di un'assemblea generale risulta eccessivamente elevato. Così, per le società quotate in borsa, il valore soglia del 10 per cento viene abbassato per tali diritti al 3 per cento. Nella legislazione sulle borse, questo limite è previsto non solo per l'obbligo di dichiarazione (art. 20 cpv. 1 LBVM<sup>157</sup>), ma anche per il riconoscimento della qualità di parte (art. 33b cpv. 3 LBVM), e pertanto conviene adeguarsi a questo limite.

Un abbassamento del valore soglia, anche per le società non quotate, appare giustificato per quanto riguarda il diritto di far iscrivere oggetti all'ordine del giorno e il diritto di proposta. L'invocazione di questi diritti, diversamente ad esempio dall'evocato diritto a far convocare un'assemblea generale, causa alle società soltanto un dispendio limitato. Perdi più, per gli azionisti è molto importante poter sottoporre all'assemblea generale le proprie rivendicazioni anche contro il volere del consiglio d'amministrazione. Di conseguenza, il diritto di far iscrivere oggetti all'ordine del giorno e il diritto di proposta non devono essere inaccessibili. Occorre pertanto abbassare la soglia sinora vigente tanto per le società quotate in borsa quanto per quelle non quotate.

Lo scioglimento di una società deve essere preso in considerazione soltanto come *ultima ratio*. In particolare per le società quotate in borsa, occorre definire una soglia sufficientemente elevata. Tuttavia, non vi sono ragioni che potrebbero giustificare una differenziazione tra società quotate e non quotate. Viene pertanto mantenuta la soglia del 10 per cento.

I valori soglia previsti dall'avamprogetto, alcuni dei quali nuovi, sono dunque i seguenti:

	<b>Società non quotate in borsa</b>	<b>Società quotate in borsa</b>
<b>Diritto di proporre una verifica speciale (art. 697e)</b>	10 %	3 %
<b>Diritto di convocazione (art. 699)</b>	10 %	3 %
<b>Iscrizione di oggetti all'ordine del giorno (art. 699a)</b>	2.5 %	0.25 %

<b>Diritto di proposta (art. 699a)</b>	2.5 %	0.25 %
<b>Azione di scioglimento (art. 736)</b>	10 %	10 %
<b>Autorizzazione dell'azione a spese della società (art. 697j seg.)</b>	10 %	3 %

### **1.3.6.7 Azione di restituzione**

L'obbligo per le persone strettamente legate alla società di restituire le prestazioni indebitamente ottenute, previsto dal diritto vigente, si è rivelato impraticabile e pertanto dev'essere migliorato. Il campo d'applicazione personale e materiale viene dunque precisato. La situazione economica della società non è più un elemento della fattispecie. Se esiste una sproporzione manifesta tra prestazione e controprestazione, questa dev'essere restituita, a prescindere dalle condizioni economiche della società (cfr. art. 678 cpv. 2).

In determinate circostanze, gli azionisti possono pretendere giudizialmente la restituzione alla società a spese di quest'ultima (cfr. art. 697j seg.).

### **1.3.6.8 Diritto di promuovere azioni di prestazione alla società a spese di quest'ultima**

#### **Necessità di riforma per le azioni sociali**

Nell'ottica del miglioramento del governo d'impresa, è auspicabile che la promozione di azioni di prestazione alla società (azioni sociali) venga facilitata e che gli ostacoli che si frappongono al loro esercizio vengano ridimensionati. Le azioni di responsabilità del diritto societario (art. 752 segg. CO) possono essere promosse dalla società o da qualsiasi azionista che tenda a far ottenere una prestazione alla società (art. 756 cpv. 1 CO). L'azione di responsabilità mira principalmente a ottenere il risarcimento del danno subito dalla società, nonché dai suoi azionisti e creditori, a causa di una violazione delle disposizioni legali e statutarie. L'azione esplica però anche una funzione preventiva: il rischio di dover rispondere in caso di violazione dei loro obblighi stimola gli organi a comportarsi correttamente. Gli obiettivi dell'azione di responsabilità possono essere raggiunti solamente se le relative pretese possono essere effettivamente rivendicate dinanzi al giudice. Nella prassi si constata che, a parte in caso di fallimento, l'azione di responsabilità viene promossa nei confronti degli organi soltanto eccezionalmente, persino nei casi di grave viola-

zione degli obblighi di diligenza<sup>158</sup>. Queste constatazioni valgono anche per l'azione di restituzione (cfr. cap. 1.3.6.7).

### **Scarso interesse a promuovere l'azione**

Il consiglio d'amministrazione è generalmente restio a procedere nei confronti dei suoi attuali o ex membri, dei membri della direzione o dei revisori, poiché corre il rischio che emergano irregolarità nella sua organizzazione o violazioni dei suoi obblighi di gestione e di vigilanza.

Anche gli azionisti rinunciano spesso a promuovere azione, poiché il loro interesse economico individuale è troppo modesto. Devono agire per chiedere l'adempimento di una prestazione in favore della società e quindi possono trarre dall'azione soltanto un'utilità indiretta, proporzionale alla loro partecipazione. Nelle società quotate in borsa, caratterizzate da una grande frammentazione dell'azionariato, il vantaggio per l'azionista attore è generalmente molto esiguo, mentre egli deve invece accollarsi il rischio di dover sostenere le spese processuali, le quali dipendono dall'entità del danno e quindi, considerato il valore litigioso, sono solitamente elevate. Gli azionisti che non partecipano al processo ottengono gli stessi vantaggi senza dover sopportare i rischi. Se l'azionariato è frammentato, i rischi legati a un processo superano in genere i vantaggi individuali.

Dal punto di vista della società e dell'insieme degli azionisti, vale la pena di promuovere azione se i costi che ne derivano sono inferiori all'insieme dei vantaggi ottenuti. Tuttavia, il conflitto di interessi che si verifica in seno al consiglio d'amministrazione e lo scarso interesse economico del singolo azionista fanno sì che le azioni intentate per ottenere il risarcimento dei danni subiti dalla società o la restituzione di prestazioni indebitamente versate rimangano una rarità.<sup>159</sup> Perciò, le violazioni degli obblighi da parte degli organi vengono troppo spesso commesse impunemente. Per risolvere il problema, la dottrina ha proposto diversi incentivi che incoraggerebbero gli azionisti ad agire nel comune interesse. Questi tentano di accrescere l'interesse economico dell'azionista riducendo le spese o aumentando i vantaggi individuali in caso di esito vittorioso.<sup>160</sup>

### **Diritto di promuovere un'azione di prestazione alla società a spese della società medesima - procedura di autorizzazione**

La soluzione adottata nell'avamprogetto per facilitare le azioni sociali accorda a una minoranza qualificata di azionisti il diritto di ambire alla promozione di un'azione di prestazione alla società a spese della società medesima. Il nuovo istituto giuridico, disciplinato agli articoli 697j e 697k, consente a un singolo azionista o a un gruppo

<sup>158</sup> PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/IAN ANDRI TÖNDURY, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht*, Zurigo 2005, pag. 105; ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Ginevra 2012, pag. 41; HANS-UELI VOGT, *Aktionärsdemokratie*, Zurigo 2012, pag. 145; DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, art. 756 N 4, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, quarta edizione, Basilea 2012.

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> Cfr. ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Ginevra 2012, pag. 460 segg.; Hans Caspar von der Crone, *Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert*, SWZ 70/1998, pag. 164; HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, *Weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei»*, GesKR 2013/1, pag. 46.

di azionisti che intendono promuovere un'azione di responsabilità o di restituzione, di chiedere al giudice di autorizzarli a promuovere l'azione a spese della società. Il giudice autorizza la richiesta se l'azione gli appare fondata. Per scongiurare il rischio di azioni pretestuose, la procedura di autorizzazione è riservata ai soli azionisti o gruppi di azionisti le cui partecipazioni raggiungono le soglie previste per la verifica speciale (cfr. art. 697j cpv. 1 in combinazione con l'art. 697k cpv. 1). Per garantire la sussidiarietà del loro intervento, prima di poter adire il giudice gli azionisti devono inoltre presentare una debita proposta all'assemblea generale (cfr. art. 697j cpv. 1).

### **Norme processuali sulla ripartizione delle spese**

Per quanto riguarda le spese processuali nelle azioni sociali, la situazione<sup>161</sup> instaurata sotto il regime del Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008<sup>162</sup> (Codice di procedura civile, CPC), entrato in vigore il 1° gennaio 2011, è già oggi considerata insufficiente. Il 16 marzo 2012, nell'ambito del controprogetto indiretto all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», il Parlamento aveva adottato un nuovo articolo 107 capoverso 1<sup>bis</sup> CPC<sup>163</sup>. Secondo tale disposizione, il giudice che respingeva un'azione del diritto societario tendente a far ottenere una prestazione alla società poteva ripartire le spese processuali secondo equità tra la società e l'attore. In seguito all'accettazione dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» nella votazione del 3 marzo 2013, la disposizione in questione non è entrata in vigore. Ora il presente avamprogetto la riesuma.

La nuova disposizione contemplata dall'avamprogetto porta un utile complemento alla procedura di autorizzazione prevista agli articoli 697j e 697k. Essa consente al giudice di addossare le spese processuali alla società anche se gli azionisti hanno promosso l'azione sociale di tasca loro, sia che non avessero chiesto l'autorizzazione al giudice, o che la loro richiesta fosse stata respinta.

Di per sé solo, l'articolo 107 capoverso 1<sup>bis</sup> AP CPC non offrirebbe una soluzione soddisfacente ai problemi che si pongono, vista l'entità delle spese che possono essere addossate agli azionisti. Secondo le vigenti norme di ripartizione delle spese applicabili in procedura civile, gli azionisti sono ancora tenuti, in quanto attori, a prestare in particolare anticipi la cui entità dipende dall'ammontare totale del danno invocato e non dalle possibilità individuali di vincere la causa. Inoltre, in caso di vittoria sopporterebbero il rischio di insolvenza dei soccombenti.

<sup>161</sup> Cfr. art. 756 cpv. 2 vCO, secondo cui il giudice ripartisce le spese secondo equità tra l'attore e la società, sempreché non debbano essere addossate al soccombente, se alla luce dello stato di fatto e di diritto l'azionista aveva legittimi motivi per piatire. Questa disposizione è stata abrogata con l'entrata in vigore del CPC.

<sup>162</sup> RS 272

<sup>163</sup> Boll. Uff. 2012 S 269; BU 2012 N 554.

## **Rinuncia all'introduzione di un privilegio**

Il diritto dell'attore a una parte dell'importo recuperato con la vincita del processo viene talvolta vantato come soluzione dei problemi legati alle azioni sociali<sup>164</sup>. Un simile privilegio, che equivarrebbe a una distribuzione di dividendi da parte della società a un ristretto numero di azionisti, risulta problematica sia alla luce del principio della parità di trattamento tra azionisti, sia in relazione alle disposizioni sulla tutela del capitale. Oltretutto, una simile distribuzione comporterebbe un doppio risarcimento dell'attore, contraria ai principi applicabili in materia di responsabilità civile. In caso di esito vittorioso, l'azionista sarebbe risarcito due volte: la prima volta direttamente con il pagamento effettuato nell'ambito del privilegio riconosciuto e una seconda volta indirettamente con il pagamento della somma recuperata alla società e con il conseguente aumento di valore delle sue azioni.

La nuova procedura di autorizzazione prevista agli articoli 697j e 697k consente a un azionista o a un gruppo di azionisti di promuovere azione in favore della società sollevando al tempo stesso l'attore dal rischio di dover assumere le spese processuali. Pertanto, non è necessario accordare ulteriormente all'azionista un privilegio su una parte della somma recuperata per indurlo a piangere. Per queste ragioni, l'avamprogetto non prevede un privilegio in tal senso.

## **Mantenimento del diritto individuale a promuovere azione**

Va infine sottolineato che l'avamprogetto non limita il diritto individuale che spetta a ogni azionista di promuovere autonomamente un'azione sociale di adempimento in favore della società. Gli azionisti le cui partecipazioni non raggiungono le soglie necessarie, che hanno rinunciato a chiedere l'autorizzazione ad agire in giudizio a spese della società o la cui richiesta è stata respinta possono comunque intentare un'azione sociale.

### **1.3.6.9 Estensione e sospensione del termine di perenzione**

Il vigente articolo 758 capoverso 2 CO fissa un termine di sei mesi agli azionisti che non hanno approvato la deliberazione di discarico per promuovere l'azione sociale fuori del fallimento. Il discarico deliberato vale solo per i fatti noti (art. 758 cpv. 1 CO), vale a dire per i fatti sui quali l'assemblea generale è stata informata in modo chiaro o che costituivano fatti notori. Esso riguarda del resto soltanto l'azione di risarcimento di cui dispone la società nei confronti dei propri organi fuori del fallimento ed è sprovvisto di effetto se l'azione di responsabilità viene promossa dopo la dichiarazione di fallimento dall'amministrazione del fallimento, da un creditore o da un'azionista (art. 757 CO).

In linea di massima, i fatti che possono fondare un'azione di responsabilità nei confronti degli organi non sono coperti dal discarico, poiché gli azionisti non ne

<sup>164</sup> Cfr. parere del Consiglio federale del 13 ott. 2010 sul rapporto delle Commissioni della gestione del Consiglio nazionale e del Consiglio degli Stati del 30 maggio 2010, FF 2011 3169, 3210 seg. nonché il rapporto del Consiglio federale del 3 lug. 2013 sulla tutela collettiva dei diritti in Svizzera (Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013 zum Kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, non tradotto in italiano), pag. 50; HANS-UELI VOGT, Aktionärsdemokratie, Zurigo 2012, pag. 147 seg.

erano a conoscenza al momento della deliberazione. Tuttavia, può succedere che simili fatti fossero noti agli azionisti e che ciò nonostante una maggioranza di loro abbia votato il discarico. In un caso del genere, gli azionisti di minoranza devono poter promuovere un'azione di responsabilità. Nella prassi, però, il termine di sei mesi fissato all'articolo 758 capoverso 2 CO si è dimostrato troppo breve per consentire agli azionisti che si sono opposti al discarico e si sono astenuti dal voto di promuovere l'azione sociale. In particolare, questo termine non consente loro di proporre una verifica speciale (art. 697c segg. CO) per fondare un'azione di responsabilità; esso è pertanto contrario allo scopo di tale istituto giuridico<sup>165</sup>. Spesso, allo spirare del termine di sei mesi dopo la deliberazione del discarico da parte dell'assemblea generale, il perito incaricato di eseguire la verifica speciale non ha neppure cominciato a svolgere il suo mandato<sup>166</sup>. Per garantire adeguatamente l'esercizio dei diritti degli azionisti, l'avamprogetto estende il termine dell'articolo 758 capoverso 2 CO a dodici mesi e stabilisce che esso rimane sospeso durante la procedura per istituire una verifica speciale, durante l'esecuzione della verifica speciale o durante una procedura sull'ammissibilità di un'azione a spese della società. Per ragioni analoghe, l'avamprogetto prevede anche la sospensione del termine di prescrizione dell'azione di risarcimento (cfr. art. 678a cpv. 1 secondo per.).

### **1.3.7 Disposizioni sul risanamento nel Codice delle obbligazioni**

#### **1.3.7.1 Contesto ed elementi chiave della revisione**

Il 1° gennaio 2014 sono entrate in vigore le nuove disposizioni della legge federale dell'11 aprile 1889<sup>167</sup> sulla esecuzione e sul fallimento (LEF) in materia di risanamento<sup>168</sup>. Nell'ambito della trattazione del progetto di riforma, il Parlamento ha adottato due mozioni di identico tenore,<sup>169</sup> depositate dalla CAG-N e dalla CAG-S, che incaricano il Consiglio federale di presentare, a complemento del suo messaggio sulla modifica della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento<sup>170</sup>, un rapporto e una proposta tesa a prevedere, nel Codice delle obbligazioni una procedura di risanamento completa, che permetta o faciliti i risanamenti di imprese prima dell'intro-

<sup>165</sup> Messaggio del 23 feb. 1983 sulla revisione del diritto della società anonima, FF **1983** II 713, 803.

<sup>166</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, quarta edizione 2009, § 16 N 97; ISABELLE CHABLOZ, *Actionnaires dans les sociétés cotées: actions légales et gouvernance*, Ginevra 2012, pag. 362.

<sup>167</sup> RS **281.1**

<sup>168</sup> RU **2013** 4111

<sup>169</sup> Mozioni delle Commissioni degli affari giuridici del Consiglio nazionale e del Consiglio degli Stati del 21 mag. e del 28 giu. 2012 (12.3403/12.3654 Procedura di risanamento prima della moratoria concordataria e della dichiarazione del fallimento).

<sup>170</sup> Messaggio dell'8 set. 2010 sulla modifica della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (procedura di risanamento) (FF **2010** 5667).

duzione di una procedura concordataria pubblica formale. Per esaudire questa richiesta, è stata nominata una commissione consultiva di esperti.<sup>171</sup>

Il fulcro delle nuove disposizioni del CO sulla procedura di risanamento elaborate dalla commissione di esperti è rappresentato dagli articoli 725 a 725c. Conformemente a quanto richiesto dalle mozioni, lo scopo primario di queste disposizioni consiste nell'attribuire alle imprese e ai loro consigli d'amministrazione obblighi d'intervento più precisi, e in parte nuovi, affinché adottino il più prontamente possibile le opportune misure di risanamento. La soluzione principale consiste nella ridefinizione dei meccanismi di allerta («Frühwarnsysteme»), nei quali gioca un ruolo fondamentale il criterio prospettico del rischio d'insolvenza. Tale rischio fa ora scattare nuovi obblighi d'intervento per il consiglio d'amministrazione, con il parziale concorso dell'ufficio di revisione o dell'assemblea generale. I nuovi obblighi d'intervento non servono solo a far presente al consiglio d'amministrazione la gravità della situazione, ma lo costringono anche a tenere sotto stretta osservazione l'evoluzione della situazione finanziaria dell'impresa e soprattutto, con o senza avvio di una procedura concordataria, ad adottare le necessarie misure di risanamento e a sorvegliarne costantemente l'efficacia.

Benché per l'impresa un'eccedenza dei debiti nel bilancio non escluda necessariamente la continuità di esercizio, non vi è comunque ragione di introdurre delle restrizioni all'obbligo di darne avviso al giudice, prescritto senza eccezione dal diritto vigente. Determinante per l'avviso al giudice rimane dunque il criterio dell'eccedenza dei debiti. Tuttavia, se sono adempiute alcune rigide condizioni, un termine di tolleranza di 90 giorni al massimo consentirà al debitore, se vi sono fondate prospettive di risanamento, di rimandare l'avviso al giudice.

In combinazione con le nuove disposizioni della LEF sul risanamento, i nuovi articoli 725 a 725c introducono per le società in difficoltà finanziarie un sistema flessibile con coinvolgimento progressivo di altri attori (ufficio di revisione, assemblea generale, giudice del concordato). Lo scopo delle nuove disposizioni sulla società anonima non consiste però nel ritardare, rispetto ad oggi, l'avvio della procedura concordataria o l'avviso di eccedenza dei debiti previsti dalla LEF. Al contrario, gli sforzi tesi al risanamento iniziano globalmente più presto e il consiglio d'amministrazione è tenuto a utilizzare prontamente tutti gli strumenti messi a disposizione dal diritto societario e, se del caso, dal diritto sulla procedura concordataria. E in questa luce sarà giudicato anche l'adempimento degli obblighi di diligenza cui soggiace.

Le nuove disposizioni del CO in materia di risanamento proposte dal Consiglio federale sono integrate nel presente avamprogetto e rispetto al diritto vigente pongono maggiormente l'accento su alcuni aspetti nello scongiurare e risolvere le crisi finanziarie aziendali, ossia sulla salvaguardia della liquidità (cfr. art. 725), su una tutela più precoce e più estesa del capitale (cfr. art. 725a) e sul salvataggio dell'impresa nel rispetto degli interessi dei creditori (cfr. art. 725b). Vengono

<sup>171</sup> La commissione di esperti, presieduta da MONIQUE JAMETTI (Ufficio federale di giustizia) era così composta: THOMAS BAUER (Basilea), ANDREAS BINDER (Baden/San Gallo), UELI HUBER (Zurigo), VINCENT JEANNERET (Ginevra) e RODRIGO RODRIGUEZ (Ufficio federale di giustizia). Essa si è inoltre avvalsa della consulenza di FLORIAN ZIHLER (Ufficio federale di giustizia).

adeguate di conseguenza anche le disposizioni applicabili in altri ambiti del diritto che fanno riferimento al diritto della società anonima.

Alla luce di questo contesto, nel presente avamprogetto vengono mantenute le disposizioni già previste nel disegno 2007 sia sulla liberazione mediante compensazione di un credito non più coperto dagli attivi in caso di risanamento (cfr. art. 634*b* cpv. 2 D 2007, ora art. 634*a*) sia sulle agevolazioni in caso di riduzione e aumento simultanei del capitale azionario (cfr. art. 653*p* segg. D 2007, ora art. 653*p* segg.).

### **1.3.7.2 Mutui nell'ambito del risanamento**

Gli esperti si sono dichiarati contrari a prevedere un arretramento in graduatoria o un'integrazione nel capitale proprio dei mutui concessi dagli azionisti o da persone loro vicine per compensare la perdita di capitale proprio. Da un lato, i criteri per distinguere i crediti di questo tipo dagli altri non possono essere definiti in modo chiaro, e dall'altro una simile distinzione non avrebbe conseguenze giuridiche utili. Inoltre, in caso di crisi le persone vicine sono spesso l'unica possibile fonte di finanziamento per l'impresa. Considerato il già elevato rischio di perdita, un ulteriore deterioramento dello statuto giuridico di queste persone a livello di prestiti ostacolerebbe chiaramente il risanamento. In effetti, anche il Tribunale federale ha avuto modo di esporre che il prestito in sostituzione del capitale proprio è un istituto «estraneo al vigente diritto svizzero»,<sup>172</sup> che anche i crediti degli azionisti nei confronti della propria SA vanno trattati come capitale di terzi e, salvo abuso di diritto, devono essere corrispondentemente onorati dalla SA.<sup>173</sup> L'avamprogetto evita dunque di cambiare questi principi.

Quanto al prestito di risanamento, l'approccio adottato dalle rivedute disposizioni della LEF sulla procedura di risanamento viene attuato con ancor più coerenza. Sinora, soltanto il giudice del concordato o la delegazione dei creditori potevano rendere irrevocabili determinati atti giuridici. L'avamprogetto estende ora l'irrevocabilità anche ad altri impegni contratti durante la moratoria con il consenso del commissario (cfr. art. 285 cpv. 4 AP LEF). Grazie a questo adeguamento, gli atti necessari al risanamento, e segnatamente quelli che riguardano l'assunzione di nuovi prestiti, potranno essere compiuti in modo rapido e senza rischio di contestazioni. L'adeguamento agevola notevolmente anche gli sforzi compiuti per il risanamento nell'ambito della moratoria concordataria. Quanto agli atti giuridici compiuti prima della moratoria, l'avamprogetto non comporta cambiamenti e pertanto essi saranno ancora trattati come previsto dall'attuale giurisprudenza.<sup>174</sup>

<sup>172</sup> Sentenza 5C.226/2005 del 2 mar. 2005, consid. 3.

<sup>173</sup> Sentenza 4A\_496/2010 del 14 feb. 2011, consid. 2.4. Cfr. sull'argomento nel suo insieme, cfr. JÜRIG ROTH, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Vorrang – Gleichrang, Basilea 2009.

<sup>174</sup> Cfr. fra i tanti SUSAN EMMENEGGER, Das Sanierungsdarlehen, in: Susan Emmenegger (a cura di), Kreditrecht, Basilea 2010, pag. 153 segg., in special modo pag. 169 segg., e OLIVIER HARI, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage?, GesKR 2008/4, pag. 372 segg.

### 1.3.7.3

#### **Integrazione del differimento del fallimento nelle rivedute disposizioni della LEF sulla moratoria concordataria**

L'incorporazione del differimento del fallimento (art. 725a CO) nelle rivedute disposizioni sulla moratoria concordataria era già prevista dal progetto di riforma delle disposizioni della LEF sul risanamento. Tuttavia, il Parlamento ha rinunciato all'espunzione del differimento del fallimento riferendosi ai vantaggi che esso comporta rispetto alla moratoria concordataria. Il differimento del fallimento consente infatti al consiglio d'amministrazione di adempiere il proprio obbligo di avviso e al tempo stesso di dare una sterzata al timone prima che venga formalmente avviata una procedura fallimentare. D'altro canto, il differimento consente, contrariamente alla procedura di moratoria, un «risanamento tacito» (senza pubblicazione) senza scadenze costrittive, quantunque ciò non sia priva di problemi per i creditori. L'avamprogetto integra questi vantaggi del differimento del fallimento nella procedura concordataria e prevede pertanto anche un adeguamento puntuale delle disposizioni della LEF sulla moratoria. Dispone ad esempio che in casi motivati la moratoria provvisoria (anche tacita) potrà ora essere prorogata al massimo di 4 mesi (cfr. art. 293a cpv. 2 AP LEF). Di conseguenza, la moratoria provvisoria potrà ora durare anche otto mesi. Considerata la già illustrata procedura di risanamento specifica prevista nel CO (cfr. art. 725 segg.), questo allentamento delle scadenze consentirebbe di trasferire il differimento del fallimento nelle disposizioni sulla moratoria e di stralciarle dal CO. In definitiva, le imprese avrebbero a disposizione una procedura che in caso di bisogno darebbe loro diversi mesi di tempo per tentare il risanamento in virtù del diritto societario o concordatario, senza dover procedere a pubblicazioni potenzialmente compromettenti ma garantendo comunque la tutela dei creditori.

L'articolo 293c capoverso 2 LEF consente di rinunciare alla pubblicazione della moratoria provvisoria soltanto in casi motivati. Tuttavia, questa disposizione, formulata in modo diverso rispetto al vigente articolo 725a capoverso 3 CO, non significa che la rinuncia alla pubblicazione debba essere ammessa soltanto in via eccezionale, ma soltanto che alla luce della situazione tale rinuncia deve essere giustificata nell'interesse del risanamento della società. La prassi che dovrà essere sviluppata su questo punto dovrà dunque logicamente evitare di inasprire le esigenze per la rinuncia alla pubblicazione rispetto all'attuale prassi sul differimento tacito del fallimento. Nella ponderazione degli interessi occorre anche considerare che la rinuncia alla pubblicazione implica obbligatoriamente la nomina di un commissario che tuteli adeguatamente gli interessi dei creditori.

### 1.3.7.4

#### **Possibilità di risanamento in altre leggi**

La commissione di esperti ha considerato una serie di nuove proposte volte a favorire il risanamento anche al di fuori del CO (in particolare: attenuazione del principio del pegno manuale e revisione delle disposizioni sulla tutela dei creditori in caso di scissione e di trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus<sup>175</sup>). L'esame di proposte di riforma in queste materie esulerebbero però dal contesto materiale e temporale

<sup>175</sup> Legge federale del 3 ott. 2003 sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (Legge sulla fusione, LFus; RS 221.301)

del presente avamprogetto. Per prudenza, conviene inoltre attendere dapprima di conoscere l'impatto sul piano pratico delle nuove disposizioni in materia di risanamento già introdotte nella LEF<sup>176</sup> e di quelle che saranno introdotte nel CO dal presente avamprogetto.

### 1.3.8 Soppressione dell'obbligo di consolidamento al valore contabile

In parole molto semplici, il consolidamento al valore contabile consiste nel riprendere le cifre figuranti nella contabilità delle imprese controllate riprendendole con poche modifiche nel conto di gruppo. Tuttavia, non esiste una definizione unica di questo concetto. Nella dottrina e nella prassi esistono dunque opinioni diverse sulla sua utilità. Se si applicano regole di consolidamento rigorose e coerenti, in particolare quelle definite dal Manuale svizzero della revisione contabile,<sup>177</sup> si ottiene perlomeno un'immagine delle condizioni economiche di un gruppo che può essere considerata attendibile da terzi<sup>178</sup>. Vi sono però anche autori che considerano insufficiente questo tipo di consolidamento<sup>179</sup>. Tutti sono comunque unanimi nel ritenere che il consolidamento al valore contabile è problematico. Comunque sia, per soddisfare le odierne esigenze, i conti di gruppo devono essere stabiliti secondo una norma contabile riconosciuta<sup>180</sup>.

Nel rapporto del Consiglio federale del 13 dicembre 2013 sui costi della regolamentazione si legge che l'utilità dei consolidamenti al valore contabile è controversa e che questa forma di consolidamento genera costi quantificabili in milioni di franchi. L'avamprogetto opta quindi per un innalzamento dei valori soglia determinanti per l'obbligo di allestimento del conto di gruppo (cfr. art. 963a). Al tempo stesso, soppriime la possibilità di effettuare il consolidamento al valore contabile stabilendo che tutti i conti di gruppo devono essere allestiti secondo una norma contabile riconosciuta (cfr. art. 963b). Questa è anche la via indicata dal Consiglio federale nel menzionato rapporto, il quale stima il potenziale di riduzione dei costi in circa 20 milioni di franchi<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> RU 2013 4111

<sup>177</sup> Cfr. Handbuch der Wirtschaftsprüfung (Manuale svizzero della revisione contabile), volume «Buchführung und Rechnungslegung», pubblicato dalla Camera fiduciaria, Zurigo 2014, pag. 373 seg. Cfr. anche STEPHAN GLANZ, Die Konzernrechnung, Zurigo 2009, pag. 54 seg.

<sup>178</sup> Cfr. RETO EBERLE, Buchwertkonsolidierung – Auslaufmodell oder Normalfall?, ST 2012/11, S. 898 segg.

<sup>179</sup> Cfr. MARKUS R. NEUHAUS/JÖRG BLÄTTLER, art. 663g N 11, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (a cura di), Basler Kommentar Obligationenrecht II, quarta edizione, Basilea 2012.; MARKUS ZENHÄUSERN/PETER BERTSCHINGER, Konzernrechnungslegung, seconda edizione, Zurigo 1995, pag. 150 seg.; STEPHAN GLANZ, Die Konzernrechnung, Zurigo 2009, pag. 24.

<sup>180</sup> Ordinanza del 21 nov. 2012 sulle norme contabili riconosciute (ONCR; RS 221.432).

<sup>181</sup> Rapporto, pag. 30 (cfr. <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=it&msg-id=51395>).

### **1.3.9 Rapporto delle imprese operanti nel settore delle materie prime sui pagamenti a favore degli enti statali**

#### **1.3.9.1 In generale**

Il 25 giugno 2014 il Consiglio federale ha adottato il rapporto del 16 maggio 2014 in adempimento della raccomandazione 8 del rapporto di base sulle materie prime e del postulato della Commissione della politica estera del Consiglio nazionale (CPE-N) del 29 aprile 2013 (13.3365 Maggiore trasparenza nel settore delle materie prime)<sup>182</sup>. In tale rapporto il Consiglio federale raccomanda di introdurre in Svizzera norme di trasparenza ispirate alla normativa dell'UE. Il 26 giugno 2013 l'UE ha adottato la riveduta Direttiva 2013/34/UE (Direttiva contabile). La nuova direttiva è entrata in vigore il 19 luglio 2013 e dovrà essere attuata dagli Stati membri nella legislazione nazionale entro il 19 luglio 2015. Con la nuova Direttiva 2013/50/UE sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza, adottata il 22 ottobre 2013, sono intervenute anche modifiche della Direttiva sulla trasparenza (Direttiva 2004/109/CE). Tali modifiche sono entrate in vigore il 26 novembre 2013 e dovranno essere attuate dagli Stati membri nelle rispettive legislazioni nazionali entro il 26 novembre 2015. In particolare, le nuove direttive contemplano entrambe disposizioni sulla trasparenza e sulla pubblicazione dei pagamenti effettuati da imprese operanti nel settore delle industrie estrattive a favore degli enti statali.

Anche negli Stati Uniti sono previste disposizioni analoghe nella sezione 1504 del «Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act», adottato il 21 luglio 2010. Tuttavia, la normativa non è ancora stata attuata, poiché il 2 luglio 2013 il tribunale distrettuale del Distretto di Columbia ha accolto un'azione promossa dall'American Petroleum Institute e dalla Camera di commercio degli Stati Uniti contro le disposizioni d'esecuzione della sezione 1504 e invitato la Commissione per i titoli e gli scambi degli Stati Uniti (U.S. Securities and Exchange Commission SEC) a elaborare nuove disposizioni d'esecuzione.

#### **1.3.9.2 Profilo della regolamentazione**

Le nuove disposizioni introdotte agli articoli 964a e seguenti rispecchiano la regolamentazione prevista nelle menzionate direttive dell'UE (cfr. cap. 1.3.9.1). Dal punto di vista della sistematica, l'avamprogetto le colloca nel Titolo trentesimosecondo del CO relativo alla contabilità commerciale e alla presentazione dei conti. È inoltre prevista una disposizione penale all'articolo 325<sup>bis</sup> AP CP. Le norme sulla trasparenza nelle imprese del settore delle materie vengono integrate nel CO, poiché dal punto di vista tematico sono strettamente connesse alle disposizioni sulla presentazione dei conti e possono essere attribuite a tale materia. I pagamenti a favore degli enti statali devono essere contabilizzati correttamente e con incidenza sul conto economico e soggiacciono pertanto alle disposizioni sulla contabilità commerciale e la presentazione dei conti. Se in futuro si vorranno disciplinare altre questioni (e in particolare aspetti di diritto pubblico) concernenti le imprese del settore delle materie prime (prevedendo p. es. un obbligo di autorizzazione), si dovrà però adottare una nuova legge speciale.

<sup>182</sup> Il rapporto è disponibile (in tedesco) all'indirizzo seguente:  
<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2014/2014-06-25.html>.

Il disciplinamento previsto dall'avamprogetto si applica esclusivamente alle imprese che per legge sono tenute a sottoporre il loro conto annuale a revisione ordinaria e che operano nel settore delle industrie estrattive (produzione di minerali, petrolio e gas naturale, produzione o abbattimento di legname nelle aree forestali primarie). Esso riguarda dunque esclusivamente imprese quotate in borsa e grandi imprese. Per queste imprese, l'avamprogetto istituisce l'obbligo di pubblicare annualmente una relazione scritta sui pagamenti che l'impresa ha effettuato a favore degli enti statali per importi di almeno 120 000 franchi per esercizio annuale. La relazione deve essere pubblicata dall'impresa per via elettronica. L'avamprogetto introduce inoltre l'obbligo di conservare e documentare i rapporti e altri documenti essenziali per almeno dieci anni. Infine, prevede una norma di delega che autorizza il Consiglio federale a estendere l'applicazione degli obblighi di cui agli articoli 964a e seguenti anche alle imprese che commerciano materie prime (cfr. art. 964f). La disposizione penale prevista all'articolo 325<sup>bis</sup> AP CP punisce le violazioni delle prescrizioni concernenti le relazioni sui pagamenti a favore degli enti statali.

### 1.3.9.3 Obiettivi della regolamentazione

Nel mondo industrializzato e globalizzato, il fabbisogno di materie prime è molto elevato. Le risorse naturali del pianeta forniscono la base materiale dell'economia. Gran parte delle attività estrattive avviene nei Paesi in via di sviluppo. Spesso nei Paesi di produzione le strutture statali sono carenti e pertanto sussiste un grave rischio che, a causa del malgoverno, della corruzione e quant'altro, i pagamenti effettuati ai governi di questi Paesi in rapporto con l'estrazione e il commercio di materie prime vengano dirottati per scopi abusivi. Nel settore delle materie prime è possibile operare una distinzione tra produzione o estrazione di materie prime da un lato e commercio fisico dall'altro. Generalmente, nel cosiddetto «commercio di transito» praticato ad esempio dalle imprese che hanno sede in Svizzera, le materie prime *non* attraversano fisicamente il confine svizzero. Nel corso degli ultimi decenni il nostro Paese si è gradualmente imposto come importante centro di scambio internazionale del settore e quindi la responsabilità che porta è altrettanto grande.

Obbligando le imprese con sede in Svizzera operanti nel settore delle materie prime a pubblicare una relazione sui pagamenti effettuati a favore di enti governativi (governi e imprese statali), si fornisce un importante contributo al miglioramento della trasparenza. Gli investitori e le banche che trattano con le imprese del settore delle materie prime possono inoltre essere meglio informati sugli apporti economici e finanziari che queste imprese forniscono ai Paesi di produzione. Sul piano internazionale si evidenzia la tendenza a una maggiore trasparenza sui pagamenti effettuati in favore dei governi dalle imprese operanti nel settore delle industrie estrattive. L'adozione delle disposizioni sulla trasparenza in questo settore consentirà di ridurre le pressioni internazionali esercitate sulla Svizzera e i rischi di reputazione incorsi dal nostro Paese.

I pagamenti che devono figurare nella relazione sui pagamenti a favore dei governi sono gli stessi che devono essere dichiarati nell'ambito dell'Iniziativa per la trasparenza delle industrie estrattive (*Extractive Industries Transparency Initiative, EITI*).

In un primo tempo, le disposizioni sulla trasparenza si applicheranno solo alle imprese che estraggono materie prime. Tuttavia, una norma di delega autorizza il Consiglio federale, nell'ambito di un approccio coordinato a livello internazionale, a estendere per via di ordinanza il campo di applicazione degli obblighi istituiti dagli

articoli 964a e seguenti AP CO anche alle imprese che commerciano in materie prime.

### **1.3.10 Coerenza con le disposizioni applicabili in altri ambiti del diritto**

Il diritto societario copre vari ambiti del diritto, puntati su esigenze giuridiche ed economiche diverse. Nella misura in cui queste differenze sostanziali non impongono una regolamentazione differenziata, gli aspetti comuni ai vari ambiti del diritto devono di principio essere disciplinati allo stesso modo, o quanto meno in modo simile. Non vi è altro modo per evitare discrepanze ingiustificate e per favorire la coerenza e l'intrinseca armonia del diritto societario.

Pertanto, l'avamprogetto si preoccupa sotto certi aspetti anche di armonizzare le disposizioni sulla società a garanzia limitata e la società cooperativa, sull'associazione e sulla fondazione con le disposizioni sulla società anonima, in particolare nei seguenti ambiti:

- capitale sociale in moneta estera;
- valore nominale minimo delle azioni e delle quote superiore a zero;
- ridisciplinamento delle riduzioni di capitale;
- riduzione delle disposizioni statutarie obbligatorie per legge al minimo necessario;
- soppressione della (prevista) assunzione di beni come fattispecie qualificata della costituzione o dell'aumento di capitale;
- restituzione di prestazioni;
- disposizioni sui dividendi e gli acconti sui dividendi;
- impiego di mezzi di comunicazione elettronici nell'ambito della preparazione e dello svolgimento dell'assemblea generale;
- obblighi di avviso e risanamento.

Dato l'auspicato parallelismo nel disciplinamento di determinate materie in vari ambiti del diritto, i rimandi trasversali alle disposizioni di un altro ambito, caratteristici del diritto societario, vanno intesi come rimandi dinamici. Se una norma alla quale altrove si rimanda viene modificata, i relativi rimandi si riferiscono al nuovo diritto entrato in vigore, salvo espressa regolamentazione contraria da parte del legislatore<sup>183</sup>.

<sup>183</sup> Cfr. HEINRICH KOLLER/HANSPETER KLÄY, Das Mittel der gesetzlichen Verweisung im Gesellschaftsrecht (zur «Breitenwirkung» des revidierten Aktienrechts), in: Roland von Büren (ed.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz – Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Berna 1997, pag. 193 segg.

## **1.4 Rapporti con il diritto europeo**

### **1.4.1 Nessun obbligo diretto**

Dal punto di vista del diritto internazionale, nessun accordo impone alla Svizzera di recepire il diritto societario derivato dell'UE.

Ciò non toglie che un'evoluzione totalmente avulsa del diritto societario svizzero farebbe sorgere non pochi problemi.<sup>184</sup>

L'avamprogetto coincide ampiamente con il pertinente diritto dell'UE. Si è tuttavia rinunciato a integrare le pertinenti disposizioni del diritto europeo materialmente non convincenti, dal contenuto diverso rispetto alle norme imperative dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.<sup>185</sup> o non conformi a un istituto giuridico impostosi nella prassi svizzera.

L'avamprogetto non fa alcun riferimento alla nazionalità delle persone fisiche. Per quanto sia dato di cogliere, non presenta sotto questo aspetto alcun pericolo immediato di discriminazione illecita a livello di legge, in particolare rispetto agli accordi bilaterali tra la Svizzera e l'UE.

Nelle pagine che seguono si procederà a un confronto tra alcuni importanti atti normativi dell'UE e l'avamprogetto.

### **1.4.2 Direttiva 2007/36/CE relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate**

Occorre esaminare in quale misura l'avamprogetto corrisponde alla Direttiva sull'esercizio transfrontaliero di alcuni diritti degli azionisti.<sup>186</sup> La direttiva punta primariamente ad agevolare la partecipazione degli azionisti non residenti alle assemblee generali delle società quotate. L'avamprogetto diverge dalla direttiva sui punti seguenti, relativamente irrilevanti:

- la convocazione dell'assemblea generale deve essere emessa al più tardi 30 giorni prima dell'assemblea; per le assemblee straordinarie, il termine è di 20 giorni (cfr. art. 700 cpv. 1). L'articolo 5 della direttiva prevede un preavviso di 21 giorni; a determinate condizioni, il termine può essere ridotto a 14 giorni. Un preavviso di 21 giorni sarebbe insufficiente in particolare per consentire agli azionisti di avvalersi pienamente del forum elettronico (cfr. art. 701g) per una formazione efficace delle opinioni;
- la direttiva introduce disposizioni dettagliate sulla forma e il contenuto della convocazione e sulla pubblicazione delle corrispondenti informazioni sul sito Internet dell'impresa (art. 5 direttiva). L'avamprogetto rinuncia invece a un disciplinamento tanto approfondito (cfr. art. 700 cpv. 2-5);
- contrariamente alla direttiva (art. 12 direttiva), il voto per corrispondenza non è espressamente previsto nell'avamprogetto, il quale prevede invece

<sup>184</sup> Cfr. Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» del 24 set. 1993, pag. 8 (non disponibile in italiano).

<sup>185</sup> RS 101

<sup>186</sup> Direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 lug. 2007, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate (GU L 184/17 del 14 lug. 2007).

l'obbligo del rappresentante indipendente (cfr. art. 689c) e la possibilità di convocare un'assemblea generale virtuale (cfr. art. 701d);

- la direttiva esige che il risultato della votazione dell'assemblea generale sia pubblicato entro 15 giorni sul sito Internet della società (art. 14 direttiva). L'avamprogetto prescrive invece alla società di rendere accessibile il processo verbale in forma elettronica agli azionisti entro 20 giorni dall'assemblea generale o di inviare una copia gratuita all'azionista che ne faccia domanda (cfr. art. 702 cpv. 3). Nelle società le cui azioni sono quotate in borsa, le deliberazioni e i risultati dei voti con indicazione della ripartizione esatta dei voti devono essere resi disponibili per via elettronica al più tardi due giorni dopo l'assemblea generale (cfr. art. 702 cpv. 4).

### **1.4.3 Modifica proposta dalla Commissione europea per la Direttiva 2007/36/CE**

Il 9 aprile 2014, la Commissione europea ha pubblicato una proposta di modifica della Direttiva 2007/36/CE (cfr. cap. 1.4.2) riguardante l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti.<sup>187</sup> La commissione chiede che gli Stati membri adottino in particolare disposizioni per le circa 10 000 società quotate negli ambiti seguenti:

- gli Stati membri assicurano che gli intermediari offrano alle società, a richiesta di quest'ultima, la possibilità di conoscere senza indugio le identità e i recapiti dei propri azionisti. Il compito di trasmettere le informazioni sugli azionisti alla società spetta all'intermediario. Gli intermediari possono applicare un prezzo o una commissione adeguata<sup>188</sup>. Questi obblighi devono valere anche per gli intermediari di Paesi terzi che hanno stabilito una succursale nell'UE<sup>189</sup>;
- la proposta prevede disposizioni più severe in materia di trasparenza per gli investitori istituzionali (assicuratori vita, istituti di previdenza aziendali) e per i loro gestori di attivi quanto al coinvolgimento degli azionisti (politica d'impegno) e alla strategia d'investimento, in particolare nell'ottica degli obiettivi a lungo termine e per evitare conflitti d'interesse<sup>190</sup>;
- i consulenti in materia di voto devono garantire maggiore trasparenza. Sono tenuti in particolare a pubblicare le caratteristiche essenziali delle metodologie e dei modelli applicati per l'elaborazione delle loro raccomandazioni di voto, le loro principali fonti di informazione e il modo in cui affrontano i conflitti d'interesse. Devono pubblicare anche il numero

<sup>187</sup> La proposta della Commissione europea (COM (2014) 213 final) è pubblicata in Internet al seguente indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=COM:2014:213:FIN&from=IT> e la restante documentazione all'indirizzo (disponibile in lingua tedesca, francese o inglese): [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_de.htm#corporategovernancepackage](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_de.htm#corporategovernancepackage)

<sup>188</sup> Art. 3bis–quinquies.

<sup>189</sup> Art. 3sexies.

<sup>190</sup> Art. 3 septies–nonies.

complessivo di raccomandazioni di voto fornite nel corso dell'ultimo anno<sup>191</sup>;

- le remunerazioni versate agli amministratori devono essere pubblicate in una relazione sulle retribuzioni. Ogni anno deve essere votata la relazione sulle retribuzioni dell'ultimo esercizio. In caso di mancata approvazione della relazione sulle retribuzioni da parte degli azionisti, la società spiega nella relazione successiva se e come ha tenuto conto del voto degli azionisti. Agli azionisti deve inoltre essere riconosciuto il diritto di approvare la politica retributiva della società almeno ogni tre anni. La politica retributiva illustra il modo in cui contribuisce agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società. Deve inoltre spiegare come è stato tenuto conto delle retribuzioni e delle condizioni di lavoro dei dipendenti della società nella determinazione della politica stessa o della remunerazione degli amministratori, illustrando il rapporto tra la remunerazione media degli amministratori e la retribuzione media dei dipendenti. La proposta non prevede il plafonamento delle remunerazioni versate ai dirigenti, ma le imprese hanno la possibilità di introdurre un plafonamento nella loro politica retributiva interna. Anche le operazioni con parti correlate devono essere pubblicate e se del caso verificate e sottoposte al voto degli azionisti in assemblea<sup>192</sup>.

La Commissione europea ha chiesto agli Stati membri di fornirle i documenti esplicativi sulla futura attuazione del previsto adeguamento della direttiva, onde chiarire il rapporto con le disposizioni della direttiva e quindi valutarne la conformità con essa<sup>193</sup>.

Nel mese di maggio 2014, Parlamento europeo e Consiglio hanno approvato la direttiva 2014/59/UE<sup>194</sup> che al suo articolo 121 introduce adeguamenti puntuali della direttiva 2007/36/CE (tra cui un preavviso più breve per la convocazione dell'assemblea generale in caso di aumento di capitale per evitare che si verifichino le condizioni della risoluzione o del risanamento). I summenzionati aspetti non sono però stati trattati.

#### **1.4.4 Seconda direttiva sul diritto delle società (2012/30/UE, «direttiva sul capitale»)**

La versione rimaneggiata della seconda direttiva dell'UE sul diritto delle società è anch'essa rilevante in rapporto con varie disposizioni dell'avamprogetto,<sup>195</sup> il quale

<sup>191</sup> Art. 3decies.

<sup>192</sup> Art. 9bis-quater.

<sup>193</sup> Proposta, del 9 apr. 2014, di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2007/36/CE, pag. 11 seg.

<sup>194</sup> Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 mag. 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento (GU L 173/190 del 12 giu. 2014).

<sup>195</sup> Direttiva 2012/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ott. 2012, sul coordinamento delle garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'art. 54, 2° par., del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa (GU L 315/74 del 14 nov. 2012).

è comunque ampiamente in linea con la direttiva. Le differenze riguardano soltanto pochi ambiti:

- l'avamprogetto non prevede l'obbligo di pubblicare le spese di costituzione (art. 3 lett. j direttiva);
- l'avamprogetto sopprime (cfr. art. 632) la liberazione parziale del capitale nominale (art. 9 e 30 direttiva);
- le prescrizioni dell'avamprogetto sui conferimenti in natura (cfr. art. 634) seguono la stessa rotta della direttiva (cfr. art. 10 direttiva). Tuttavia, contrariamente a quest'ultima (art. 10 cpv. 4, art. 11 seg. direttiva), l'avamprogetto non prevede la possibilità di rinunciare alle prescrizioni sulla costituzione mediante conferimento in natura. Contrariamente al diritto vigente, l'avamprogetto intende comunque sopprimere il concetto della (prevista) assunzione di beni (cfr. cap. 1.3.1.3);
- contrariamente alla direttiva (art. 20 direttiva), l'avamprogetto rinuncia ancora a vietare alla società di sottoscrivere azioni proprie (cfr. art. 659 seg.);<sup>196</sup>
- quanto alle condizioni e alla pubblicazione dell'acquisto di azioni proprie, l'avamprogetto (cfr. art. 659 seg.; art. 959c cpv. 2 n. 4 e 5 CO) prevede un disciplinamento analogo a quello della direttiva (art. 21 ff. direttiva) ma meno dettagliato. La direttiva enumera ad esempio esaustivamente i casi in cui la società può acquistare azioni proprie oltre la soglia del 10 per cento del capitale sottoscritto (art. 22 direttiva). Secondo la direttiva, la quota di azioni proprie acquisite che supera la soglia del 10 per cento del capitale azionario deve essere trasferita entro un termine massimo di tre anni. L'avamprogetto prevede invece, come il diritto vigente (art. 659 cpv. 2 CO), un termine di due anni. Il mantenimento di questo termine severo è giustificato, poiché l'acquisto di azioni proprie equivale a una spartizione dei beni della società realizzata senza seguire la procedura regolare prevista per la riduzione del capitale o in caso di liquidazione;
- sussistono lievi differenze, come con il diritto in vigore (art. 652b CO), anche riguardo al diritto d'opzione (cfr. art. 652b). Il nuovo disciplinamento previsto dall'avamprogetto per la salvaguardia del diritto d'opzione in caso di assunzione a fermo (cfr. art. 652b cpv. 1<sup>bis</sup>) corrisponde a quanto previsto dalla direttiva (art. 33 cpv. 7 direttiva);
- il nuovo disciplinamento della riduzione ordinaria del capitale (cfr. art. 653j segg.) corrisponde essenzialmente alle disposizioni della direttiva. A differenza di quest'ultima (art. 44 direttiva), tuttavia, né il diritto vigente (art. 703 seg. CO) né l'avamprogetto esigono un quorum qualificato per la deliberazione della riduzione da parte dell'assemblea generale (cfr. art. 703 seg.). Inoltre, contrariamente alla direttiva (art. 35 direttiva; cfr. anche art. 29 cpv. 3 direttiva), per la soppressione di azioni con diritto di voto privilegiato non è necessaria un'assemblea speciale degli azionisti (disposizione che peraltro nella prassi è parzialmente controversa<sup>197</sup>). A differenza della direttiva (art. 34 direttiva), secondo l'avamprogetto lo scopo

<sup>196</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 4 N 32 segg.

<sup>197</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 12 N 375.

della riduzione del capitale non deve essere espressamente menzionato nella relativa deliberazione (cfr. art. 653<sup>n</sup> cpv. 1).

#### **1.4.5 Raccomandazioni della Commissione europea sulla politica retributiva delle società quotate**

Negli ultimi anni, la Commissione europea ha indirizzato agli Stati membri diverse raccomandazioni sulla politica retributiva:

- Raccomandazione della Commissione del 14 dicembre 2004 relativa alla promozione di un regime adeguato per quanto riguarda la remunerazione degli amministratori delle società quotate<sup>198</sup>.
- Raccomandazione della Commissione del 15 febbraio 2005 sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui comitati del consiglio d'amministrazione o di sorveglianza<sup>199</sup>.
- Raccomandazione della Commissione, del 30 aprile 2009, che integra le raccomandazioni 2004/913/CE e 2005/162/CE per quanto riguarda il regime concernente la remunerazione degli amministratori delle società quotate<sup>200</sup>.

Con queste raccomandazioni la Commissione intendeva garantire che le norme societarie sulla remunerazione degli amministratori fossero trasparenti, che grazie alla pubblicazione, all'introduzione di un voto vincolante o consultivo sulle remunerazioni e all'approvazione da parte degli azionisti dei piani retributivi basati sulle azioni, l'azionariato potesse esercitare un controllo sulla politica retributiva e sulle singole remunerazioni, che esistesse una sorveglianza efficace e indipendente assicurata da amministratori/membri del consiglio di vigilanza senza incarichi esecutivi e che il comitato di retribuzione svolgesse se non altro una funzione consultiva riguardo alla politica retributiva.

#### **1.4.6 Direttiva 2013/34/UE («direttiva contabile») e direttiva 2013/50/UE (modifica della «direttiva sulla trasparenza»)**

Le disposizioni previste nell'avamprogetto concernenti la relazione sui pagamenti in favore degli enti statali riprendono nel contenuto la direttiva 2013/34/UE («direttiva contabile»)<sup>201</sup> e la direttiva 2013/50/UE (modifica della «direttiva sulla trasparen-

<sup>198</sup> Raccomandazione 2004/913/CE, GU L 385/55 del 29 dic. 2004.

<sup>199</sup> Raccomandazione 2005/162/CE, GU L 52/51 del 15 feb. 2005.

<sup>200</sup> Raccomandazione 2009/385/CE, GU L 120/28 del 15 mag. 2009.

<sup>201</sup> Direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giu. 2013, del 26 giu. 2013 relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio (GU L 182/19 del 29 giugno 2013).

za»<sup>202</sup>). La direttiva 2013/34/UE è entrata in vigore il 19 luglio 2013 e dovrà essere attuata dagli Stati membri dell'UE nelle rispettive legislazioni nazionali entro il 19 luglio 2013. La direttiva 2013/50/UE è entrata in vigore il 26 novembre 2013 e dovrà essere attuata dagli Stati membri nelle rispettive legislazioni nazionali entro il 26 novembre 2015. Nell'Unione europea e nelle legislazioni nazionali dei suoi Stati membri vi sono pertanto numerose questioni interpretative ancora insolite (p. es. in materia di sanzioni).

Sotto alcuni aspetti, l'avamprogetto si discosta volutamente dal disciplinamento previsto nelle direttive dell'UE: le disposizioni sulla trasparenza si applicano alle imprese che per legge sono tenute a sottoporre il proprio conto annuale a revisione ordinaria. Tali disposizioni rimandano al disciplinamento previsto all'articolo 727 capoverso 1 CO<sup>203</sup> e ai valori soglia fissati al numero 2 dello stesso articolo. Detti valori soglia sono denominati in franchi svizzeri. L'indicazione dei valori soglia nelle direttive dell'UE è invece denominata in euro. L'avamprogetto rinuncia a prevedere una conversione e un aumento di tali valori, poiché il numero di imprese assoggettate al disciplinamento in questione non può essere influenzato in modo rilevante né dalla conversione né dalla modifica dei valori soglia, e poiché il tasso di cambio varia continuamente. La conversione e l'adeguamento dei valori soglia comporterebbero la necessità di una ridefinizione delle piccole e medie imprese soltanto ai fini delle disposizioni sulla trasparenza dei pagamenti. Una simile operazione non è né utile né necessaria. Il Parlamento ha sempre attribuito grande importanza all'uniformità dei valori soglia previsti nelle definizioni applicabili alle piccole e medie imprese nel diritto commerciale (cfr. la concordanza dei valori previsti all'art. 727 cpv. 1 n. 2 lett. a e b CO sull'obbligo di revisione ordinaria, all'art. 963a cpv. 1 n. 1 CO sull'esonero dall'obbligo di allestire il conto di gruppo e all'art. 2 lett. e LFus<sup>204</sup>, riguardante la definizione di piccola e media impresa in caso di ristrutturazione aziendale). L'uniformità delle soglie si è del resto dimostrata valida anche nella prassi, ragion per cui non vi è ragione di di scostarsene nelle disposizioni sulla trasparenza dei pagamenti.

L'importo minimo previsto per l'obbligo di pubblicazione dei pagamenti si basa sulle direttive dell'UE, che fissano il limite a 100 000 euro; nell'avamprogetto questo importo è stato però ricalcolato e corrisponde a 120 000 franchi, ossia il corrispettivo del limite europeo espresso in franchi svizzeri al corso attuale.

Infine, l'avamprogetto rende obbligatoria anche la pubblicazione dei pagamenti effettuati a persone vicine a organismi statali. Il concetto di persone vicine è già utilizzato all'articolo 663<sup>bis</sup> capoverso 1 numero 5 CO, rispettivamente all'articolo 16 OReSA<sup>205</sup> sulla pubblicazione delle retribuzioni nelle società quotate in borsa. Non vi è modo di sapere, tuttavia, se tale formulazione travalichi il campo

<sup>202</sup> Direttiva 2013/50/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ott. 2013, recante modifica della direttiva 2004/109/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, la direttiva 2003/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari, e la direttiva 2007/14/CE della Commissione, che stabilisce le modalità di applicazione di talune disposizioni della direttiva 2004/109/CE.

<sup>203</sup> RS 220

<sup>204</sup> RS 221.301

<sup>205</sup> RS 221.331

d'applicazione delle direttive dell'UE, poiché esse non sono ancora state attuate negli Stati membri.

La disposizione penale garantisce l'attuazione dei nuovi obblighi e completa la normativa<sup>206</sup>.

Le direttive dell'UE definiscono una serie di criteri per il riconoscimento dell'equivalenza degli obblighi previsti dalle legislazioni di Paesi terzi (art. 46 RL 2013/34/UE e art. 23 RL 2004/109/CE, nella versione modificata dalla direttiva 2013/50/UE). Nell'avamprogetto si è invece rinunciato a prevedere un meccanismo corrispondente, poiché il controllo o la verifica dell'equivalenza delle norme di Paesi terzi sarebbe un compito complesso e irto di difficoltà.

## **1.5 Attuazione**

L'attuazione delle nuove disposizioni spetta prevalentemente alle imprese, in particolare alle società anonime e ai loro uffici di revisione. Per quanto riguarda i fatti da pubblicare nel registro di commercio (p. es. le modifiche del capitale nominale) e le modifiche statutarie, è richiesta anche la collaborazione degli uffici dei registri. In caso di violazione delle disposizioni penali interverranno anche le autorità di perseguimento penale cantonali. Per quanto riguarda invece l'attuazione del diritto della società anonima, delle disposizioni in materia di previdenza professionale e del diritto penale, l'avamprogetto non comporta sostanzialmente alcuna modifica.

Per il resto si rimanda alle considerazioni sulla delega legislativa (cfr. cap. 5.4).

## **1.6 Stralcio di interventi parlamentari**

### **1.6.1 Interventi parlamentari da togliere dal ruolo**

I seguenti interventi parlamentari chiedono miglioramenti nel diritto della società anonima:

- postulato della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati dell'11 settembre 2000, Azione senza valore nominale e postulato della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio nazionale del 30 ottobre 2000 Introduzione dell'azione senza valore nominale<sup>207</sup> (trasmessi);
- mozione Leutenegger Oberholzer del 22 marzo 2001, «Transparenz der Kaderlöhne und Verwaltungsratsentschädigungen» (trasmessa in forma di postulato)<sup>208</sup>;

<sup>206</sup> Secondo l'Executive Summary del messaggio del Department for Business Innovation & Skills britannico del mese di ago. 2014 riguardante l'attuazione della direttiva 2013/34/UE, pag. 5, nel diritto nazionale occorre prevedere sanzioni che comminino multe di importo illimitato (cfr. [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/343599/bis-14-1006-eu-accounting-directive-implementation-extractive-industries-reporting-response.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/343599/bis-14-1006-eu-accounting-directive-implementation-extractive-industries-reporting-response.pdf)).

<sup>207</sup> 00.3423/00.3598

<sup>208</sup> 01.3153

- ;- mozione Leutenegger Oberholzer del 9 maggio 2001, Rafforzamento della posizione degli azionisti minoritari (trasmessa in parte in forma di postulato)<sup>209</sup>;
- mozione Walker del 20 giugno 2001, Società per azioni. Principi della «corporate governance» (trasmessa in forma di postulato)<sup>210</sup>;
- postulato WICKI del 12 marzo 2002, Analisi giuridica conseguente al «disastro Swissair» (trasmesso)<sup>211</sup>;
- postulato WALKER del 20 marzo 2002, Corporate Governance / Protezione degli investitori (trasmesso)<sup>212</sup>;
- mozione della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 21 maggio 2012 e mozione della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale del 28 giugno 2012, Procedura di risanamento della moratoria concordataria e della dichiarazione di fallimento (trasmesse)<sup>213</sup>.

Le rivendicazioni presentate sono state esaminate e ampiamente considerate nell'avamprogetto. Si rimanda alle considerazioni esposte riguardo ai singoli ambiti tematici.

Altri tre interventi parlamentari sono già stati attuati sul piano materiale nell'ambito di precedenti revisioni di leggi o ordinanze:

- mozione della Commissione della gestione del Consiglio degli Stati del 19 settembre 2002, Inasprimento delle disposizioni legali sul rendiconto e sul controllo delle imprese<sup>214</sup>. La mozione è stata attuata nell'ambito dell'adozione della Legge sulla fusione<sup>215</sup>, del nuovo diritto sulla sorveglianza dei revisori (soprattutto gli art. 727 segg. CO<sup>216</sup> e la nuova LSR<sup>217</sup>), di adeguamenti puntuali della legge federale del 24 marzo 1995<sup>218</sup> sulle borse e il commercio di valori mobiliari (Legge sulle borse, LBVM) e del nuovo diritto contabile del 23 dicembre 2001 (soprattutto gli art. 957 segg. CO);
- mozione Leutenegger Oberholzer del 25 settembre 2002, Rendiconto e revisione contabile<sup>219</sup>. Anche questa mozione è stata attuata con l'adozione delle disposizioni in materia di sorveglianza dei revisori e del nuovo diritto contabile;
- postulato Imfeld dell'8 marzo 2006, Libero accesso via Internet a dati dei registri di commercio<sup>220</sup>. Il postulato è stato attuato con l'adozione

209 01.3261

210 01.3329

211 02.3045

212 02.3086

213 12.3403/12.3654

214 02.3470

215 **RS 221.301**

216 **RS 220**

217 Legge federale del 16 dic. 2005 sull'abilitazione e la sorveglianza dei revisori (Legge sui revisori, LSR; **RS 221.302**); ordinanza del 22 ago. 2007 sull'abilitazione e la sorveglianza dei revisori (Ordinanza sui revisori, OSRev; **RS 221.302.3**).

218 **RS 954.1**, modifica del 28 set. 2012 (RU **2013** 1103 segg.).

219 02.3489

220 06.3026

dell'articolo 12 dell'ordinanza del 17 ottobre 2007 sul registro di commercio (ORC)<sup>221</sup>.

Quanto alle disposizioni concernenti la relazione sui pagamenti in favore dei governi (cfr. cap. 1.3.9), occorre accennare al postulato della Commissione della politica estera del Consiglio nazionale del 29 aprile 2013, Maggiore trasparenza nel settore delle materie prime<sup>222</sup>. Il postulato fa riferimento al rapporto di base sulle materie prime,<sup>223</sup> il quale nella sua raccomandazione 8 invita a chiarire l'impatto sul settore svizzero delle materie prime di un'eventuale introduzione di prescrizioni in materia di trasparenza – analogamente a quelle adottate dagli Stati Uniti e dall'UE – e valutare l'opportunità di elaborare un progetto da porre in consultazione. Il postulato incarica inoltre il Consiglio federale di esaminare se tali disposizioni potrebbero essere applicate a tutto il settore delle materie prime, vale a dire sia alle imprese quotate in borsa che a quelle non quotate e sia alle attività di estrazione che alle attività commerciali sul mercato fisico. Il Consiglio federale è inoltre invitato a indicare come intende adoperarsi in favore di norme globali in materia di trasparenza. Il rapporto del 16 maggio 2014 in adempimento della raccomandazione 8 del rapporto di base sulle materie prime e del postulato è stato adottato dal Consiglio federale il 25 giugno 2014.

Le mozioni e i postulati sopraelencati possono dunque essere tolti di ruolo.

## **1.6.2 Interventi non ancora trattati dal Parlamento**

Alcuni altri interventi parlamentari riguardanti il diritto della società anonima non sono ancora stati trattati dal Parlamento (stato: fine agosto 2014):

- mozione Schwaab del 6 marzo 2013, Per retribuzioni variabili sostenibili e conformi alla situazione economica dell'impresa<sup>224</sup>;
- mozione Leutenegger Oberholzer del 20 marzo 2014, Conseguenze fiscali delle eccessive indennità e bonus in caso di riporti di perdite<sup>225</sup>.

221 RS **221.411**

222 13.3365

223 Cfr. Rapporto di base sulle materie prime del 27 mar. 2013, pag. 44 (consultabile al seguente indirizzo:  
<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30135.pdf>).

224 13.3044

225 14.3186

## **2** **Commento ai singoli articoli**

### **2.1** **Società anonima**

#### **2.1.1** **Organizzazione della società anonima**

##### *Art. 620* **Nozione**

La definizione legale di società anonima di cui all'articolo 620 CO è insoddisfacente, in quanto comprende aspetti irrilevanti (p. es. la menzione della ditta) e non indica esplicitamente elementi strutturali importanti.

Il capoverso 1 descrive la struttura fondamentale della società. La nuova disposizione precisa che, oltre alle persone fisiche e giuridiche e alle società commerciali (società in nome collettivo e in accomandita), anche le comunioni giuridiche, in particolare una comunità ereditaria e una società semplice, possono fondare una società anonima. Finora la formulazione della disposizione escludeva questa possibilità. Le comunioni giuridiche potevano tuttavia acquistare azioni della società un secondo logico dopo la costituzione. Non vi sono quindi motivi validi per escludere le comunioni giuridiche già dal primo passo, ovvero dalla costituzione<sup>226</sup>.

La struttura di base della società anonima è quella di una società di capitali<sup>227</sup> il cui capitale azionario è stabilito nello statuto. Se la società dispone di un capitale condizionale o di un margine di variazione del capitale, non sarà sempre possibile evincere dallo statuto l'ammontare del capitale azionario emesso, ma l'importo massimo vi è comunque definito. Dei debiti dell'impresa risponde esclusivamente il patrimonio sociale.

Il capoverso 2 contiene una descrizione generale dello statuto giuridico degli azionisti. Essi sono tenuti unicamente a versare il prezzo d'emissione delle loro azioni. La società non può peraltro imporre loro alcun obbligo che non sia previsto dalla legge (art. 680 cpv. 1 CO).

Come per le altre forme giuridiche, risulta superfluo specificare che la società anonima può proporsi anche un fine non economico. Il vigente capoverso 3 va pertanto abrogato. Non ne risulta tuttavia una modifica materiale.

##### *Art. 621* **Capitale azionario**

Il capoverso 1 corrisponde al vigente articolo 621 CO e prevede che il capitale azionario non può essere inferiore a 100 000 franchi.

Il capoverso 2 stabilisce che il capitale azionario non deve più essere costituito esclusivamente in franchi svizzeri, ma che può essere impiegata anche la moneta estera più importante per l'attività dell'impresa (p. es. il dollaro statunitense, l'euro o la sterlina inglese). Il nuovo diritto contabile prevede già questa moneta funzionale (art. 957a cpv. 4, 958d cpv. 3 CO). Tenuto conto del legame con il diritto contabile, la scelta di denominare il capitale azionario in una moneta estera deve essere motivata da fattori oggettivi e tale moneta deve essere liberamente convertibile in franchi

<sup>226</sup> Cfr. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berna 2009, pag. 213 seg. con ulteriori rinvii.

<sup>227</sup> Cfr. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11<sup>a</sup> ed., Berna 2012, § 3 N 8 segg. e § 16 N 29 seg.

svizzeri. Anche altri Stati denominano il capitale azionario o il capitale sociale della Sagl, in moneta estera, ad esempio il Principato del Lichtenstein (in euro e in dollari statunitensi)<sup>228</sup>. Il nuovo capoverso 2 consente alle società di servirsi della moneta estera scelta per tutti gli aspetti incentrati sul capitale – p. es. la costituzione di riserve (cfr. art. 671 segg.), la distribuzione di dividendi (art. 698 cpv. 2 n. 4 CO) e la stima del rischio d'insolvenza (cfr. art. 725b). La disposizione apporta inoltre una necessaria coerenza tra il diritto della società anonima e il nuovo diritto contabile (art. 958d cpv. 3 CO) che finora non è stato possibile raggiungere pienamente (cfr. cap. 1.3.1.1). Le imposte indirette e dirette continuano a essere riscosse in franchi svizzeri: la conversione può essere effettuata con la regola del tre semplice (cfr. art. 80 cpv. 1<sup>bis</sup> AP LIFD<sup>229</sup> o 31 cpv. 3<sup>bis</sup> e 5 AP LAID<sup>230</sup>).

Affinché la società possa approfittare dei vantaggi appena citati, la moneta estera in cui è costituito il capitale azionario deve essere la più importante per l'attività dell'impresa (art. 958d cpv. 3per. 1 CO). Soltanto in questo modo è possibile garantire la conversione semplice, segnatamente anche a fini fiscali e per fornire le informazioni richieste dal diritto contabile (art. 958d cpv. 3 per. 2 CO). Altrimenti non sarebbe possibile eliminare le difficoltà e gli oneri aggiuntivi menzionati. Se, il capitale azionario è costituito in una moneta estera conformemente al capoverso 2, la contabilità e la presentazione dei conti devono essere redatte nella medesima moneta (cpv. 2, per. 3). Secondo l'articolo 958d capoverso 3 CO, non è quindi ammesso costituire il capitale azionario ad esempio in euro e tenere la contabilità e presentare i conti in dollari statunitensi o franchi svizzeri.

Secondo il capoverso 3 primo periodo, il consiglio d'amministrazione può proporre all'assemblea generale di cambiare la moneta in cui è costituito il capitale azionario. Gli azionisti non possono operare questo cambio su iniziativa propria, poiché l'organizzazione della contabilità e della pianificazione finanziaria è un compito intrasmissibile e inalienabile del consiglio d'amministrazione il quale, dal canto suo, non può cambiare moneta senza l'approvazione degli azionisti, visto che ciò implica una modifica dello statuto (art. 626 n. 3 e 4 e art. 698 cpv. 2 n. 1 CO). Per tutelare gli azionisti, l'assemblea generale delibera il cambio della moneta del capitale azionario a maggioranza qualificata (cfr. art. 704 cpv. 1 n. 9).

Il capoverso 3 secondo periodo, contiene alcune prescrizioni obbligatorie sul cambio della moneta in cui è costituito il capitale azionario. È ammesso, oltre che il cambio dalla moneta svizzera in una moneta estera secondo il capoverso 2 e viceversa, anche quello tra due monete estere secondo il capoverso 2 (p. es. dall'euro alla corona danese). Il capoverso 3 vuole in particolare assicurare il rispetto delle disposizioni sul capitale minimo (n. 1 e 2, art. 621 cpv. 1 e 2) e di quelle sulla continuità della presentazione dei conti (n. 4 e 5, art. 958c cpv. 1 n. 6 CO) e precisa che il cambio della moneta deve aver luogo all'inizio dell'esercizio annuale (n. 3). Per motivi legati alla trasparenza e alla certezza del diritto, il cambio della moneta del capitale azionario ha luogo all'inizio e non nel corso dell'esercizio annuale. Il verbale dell'assemblea generale deve precisare in quale esercizio annuale futuro s'intende cambiare la moneta del capitale azionario. In caso di cambio, l'iscrizione della società nel registro di commercio deve essere adeguata. Per motivi d'ordine pratico,

<sup>228</sup> Art. 122 cpv. 1a del Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) del 20 gen. 1926, consultabile in tedesco al seguente indirizzo: <https://www.gesetze.li/Seite1.jsp?LGBIm=1926004>.

<sup>229</sup> RS 642.11

<sup>230</sup> RS 642.14

non occorre che l'iscrizione sia modificata esattamente il giorno dell'inizio dell'esercizio annuale. La contabilità e la presentazione dei conti, per contro, devono essere effettuate nella moneta nuova dal primo giorno dell'esercizio annuale determinante.

Anche le società costituite e iscritte nel registro di commercio prima dell'entrata in vigore del nuovo articolo 621 possono cambiare la moneta del capitale azionario conformemente al capoverso 3.

Stando alla prassi usuale degli uffici del registro di commercio, se il capitale azionario è costituito in franchi svizzeri, gli azionisti possono effettuare i loro conferimenti in una moneta estera liberamente convertibile in franchi svizzeri<sup>231</sup>. Per evitare un'emissione sotto la pari è previsto un margine di sicurezza per compensare le conseguenze delle oscillazioni dei corsi valutari che si possono verificare dopo la notificazione per l'iscrizione all'ufficio del registro di commercio e prima dell'iscrizione nel registro giornaliero. In linea con la prassi usuale degli uffici del registro di commercio, una simile prestazione dei conferimenti costituisce un conferimento in denaro e non un conferimento in natura o un'assunzione di beni secondo l'articolo 628 CO<sup>232</sup>. Il nuovo articolo 621 non modifica questa prassi consolidata, codificata e precisata all'articolo 633 capoverso 3.

*Art. 622 cpv. 3 — 5*                      Azioni; specie

Secondo l'articolo 622 capoverso 3 CO, le diverse specie di azioni possono essere convertite l'una nell'altra, *purché lo statuto preveda una disposizione corrispondente*. Secondo la dottrina e la giurisprudenza, il diritto vigente ammette già che la convertibilità sia introdotta da una modifica dello statuto successiva alla costituzione della società. Il tenore dell'articolo 622 capoverso 3 CO non si oppone a questa pratica, visto che dallo stesso non si evince che la convertibilità doveva già essere prevista dallo statuto primitivo<sup>233</sup>. Nella prassi, la convertibilità è spesso iscritta nello statuto al momento stesso della conversione. Visto che la conversione delle azioni richiede in ogni caso la modifica dello statuto, è inutile che lo statuto ne preveda espressamente la possibilità, tanto più che, secondo il diritto vigente, per introdurre nello statuto la possibilità di convertire le azioni non occorre alcuna maggioranza particolare. Il nuovo articolo 622 capoverso 3 rinuncia pertanto all'esigenza della base statutaria. Prima di presentare all'assemblea generale una richiesta di conversione di azioni al portatore in azioni nominative vincolate, il consiglio d'amministrazione deve ponderare accuratamente gli interessi in gioco, visto che questa operazione tange il diritto relativamente acquisito degli azionisti di alienare le loro azioni. L'azionista deve accettare la conversione di azioni al portatore in azioni nominative vincolate soltanto se gli interessi della società sono manifestamente preponderanti.

<sup>231</sup> Cfr. RINO SIFFERT/ADRIAN TAGMANN, SHK- HRegV, Art. 43 N 20, in: Rino Siffert/Nicholas Turin, *Stämpflis Handkommentar (HRegV)*, Berna 2013.

<sup>232</sup> Cfr. PAUL THALMANN, *Bares ist Wahres*, REPRAX 4/2003, pag. 40.

<sup>233</sup> Cfr. CARL BAUDENBACHER, Art. 622 N 17, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

L'articolo 622 capoverso 4 prevede che il valore nominale di un'azione potrà essere inferiore a un centesimo, in quanto dovrà essere semplicemente superiore a zero<sup>234</sup>. Le società potranno quindi frazionare a piacere le azioni la cui negoziabilità è ostacolata dall'elevato valore di borsa, rendendole così accessibili ai piccoli investitori. Alle imprese viene così garantita la stessa flessibilità di cui godrebbero con l'introduzione delle azioni senza valore nominale propriamente dette, senza che ciò comporti tuttavia un radicale cambiamento di sistema nell'ambito del diritto svizzero della società (cfr. cap. 1.3.1.2). La formulazione dell'articolo 622 capoverso 4, neutrale dal punto di vista della moneta, è in linea con l'articolo 621 capoverso 2 secondo cui il capitale azionario può essere costituito anche in moneta estera.

L'articolo 622 capoverso 5 è adeguato alle esigenze della prassi. Il nuovo tenore puntualizza che le società non sono tenute a emettere titoli azionari. Per contro, l'azionista può continuare a chiedere che gli sia fornito un semplice documento giustificativo. Come prevede anche il diritto vigente, i titoli azionari devono recare la firma autografa (o una sua riproduzione meccanica) di un membro del consiglio d'amministrazione (art. 14 CO).

#### *Art. 623 cpv. 2* Divisione e riunione

Secondo il diritto vigente la riunione di azioni necessita del consenso dell'azionista. Per le società quotate in borsa che hanno un azionariato assai composito, ciò comporta spesso problemi insolubili, ad esempio in caso di risanamento. Il nuovo articolo 623 capoverso 2 prevede pertanto che soltanto la riunione di azioni non quotate in borsa necessita del consenso di tutti gli azionisti interessati. Per la riunione di azioni quotate in borsa basta la maggioranza qualificata secondo l'articolo 704 capoverso 1 numero 2.

La riunione di azioni non quotate in borsa richiede il consenso di tutti gli azionisti interessati, perché il diritto acquisito di mantenere la propria partecipazione ha carattere assoluto<sup>235</sup>. Se anche in questo caso bastasse la maggioranza qualificata, la riunione delle azioni potrebbe di fatto essere utilizzata per costringere gli azionisti di minoranza a uscire dalla società. Se si fissasse un valore nominale elevato delle azioni, gli interessati dovrebbero infatti decidere se investire considerevolmente nella società o vendere le proprie partecipazioni. Alienare le azioni al loro valore reale sarebbe nondimeno impresa ardua, dato che non hanno mercato. Nel caso delle società non quotate in borsa è quindi necessario il consenso di tutti gli azionisti interessati.

#### *Art. 625* Abrogato

L'avamprogetto ha incorporato nell'articolo 620 capoverso 1 l'attuale articolo 625 CO che è quindi abrogato.

<sup>234</sup> L'ultima riduzione è stata da dieci franchi a un centesimo (cfr. iniziativa parlamentare «Riduzione del valore nominale minimo delle azioni» (CET-S), Rapporto e proposta della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati dell'11 set. 2000, FF 2000 4798 seg. (oggetto 00.435).

<sup>235</sup> Cfr. CARL BAUDENBACHER, Art. 623 N 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4ª ed., Basilea 2012.

*Art. 626* Statuto; disposizioni richieste dalla legge

L'articolo 626 numero 3 CO viene adeguato alle nuove disposizioni sulla liberazione (liberazione totale obbligatoria, cfr. art. 632).

Il contenuto minimo legale dello statuto va limitato allo stretto necessario. Nella prassi, per le normative richieste dai numeri 5 e 6 dell'articolo 626 lo statuto riprende, nella maggior parte dei casi, il tenore del diritto dispositivo. I due numeri sono pertanto abrogati per motivi di semplificazione. Se lo statuto non dispone altrimenti, si applicano le disposizioni esaustive del diritto vigente o futuro (in partic. art. 692 segg. CO per il diritto di voto, art. 699 segg. CO per la convocazione dell'assemblea generale, art. 707 segg. CO per il consiglio d'amministrazione e art. 727 segg. CO per l'ufficio di revisione).

Secondo l'articolo 626 numero 7 CO, il contenuto minimo dello statuto deve comprendere per legge anche disposizioni sulla forma nella quale devono essere fatte le comunicazioni della società agli azionisti sociali. Per comunicazioni s'intendono sia le quelle agli azionisti che quelle a terzi (p. es. ai creditori della società). L'articolo 931 capoverso 2 CO prevede che tutte le pubblicazioni prescritte dalla legge siano fatte nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC). Tra le pubblicazioni prescritte dalla legge si annoverano tutte le comunicazioni non iscritte nel registro di commercio, quali, ad esempio, la diffida ai creditori nell'ambito della riduzione ordinaria del capitale (cfr. art. 653k). Visto che queste comunicazioni devono comunque essere pubblicate nel FUSC, è superfluo menzionare esplicitamente nello statuto che deve fungere da organo di pubblicazione per le comunicazioni nei confronti di terzi. Secondo il nuovo articolo 626 capoverso 1 numero 7, soltanto la forma delle comunicazioni della società agli azionisti deve essere imperativamente prevista nello statuto. Al contempo è definita la forma della convocazione dell'assemblea generale (cfr. art. 700 cpv. 5).

L'articolo 626 è completato con un nuovo capoverso 2 applicabile soltanto alle società quotate in borsa. Secondo l'articolo 12 capoverso 1 OReSA<sup>236</sup>, lo statuto deve contenere disposizioni sul numero delle attività che i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo possono esercitare in funzioni analoghe in imprese con fine economico. Si parla di fine economico quando una società persegue il conseguimento di un vantaggio economico (pecuniario) a favore dei suoi soci<sup>237</sup>. Secondo il capoverso 3 non fanno parte delle attività secondo il capoverso 2 numero 1 quelle svolte presso imprese controllate dalla società o che la società controlla.

Lo statuto deve inoltre contenere disposizioni sulla durata dei contratti che prevedono le retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo e sul termine di disdetta dei contratti a tempo indeterminato (n. 2). Per quanto riguarda la durata massima e il termine di disdetta, si veda l'articolo 735b.

Lo statuto deve anche indicare il rapporto tra retribuzione fissa e retribuzione complessiva per ciascun membro del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (n. 3). Questo rapporto può anche essere stabilito in maniera più dettagliata, in particolare a seconda della funzione, ad esempio per il direttore

<sup>236</sup> RS 221.331

<sup>237</sup> Cfr. ARTHUR MEIER-HAYOZ, PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11<sup>a</sup> ed., Berna 2012, § 4 N 5 segg.

(«CEO») o per il presidente del consiglio d'amministrazione oppure si possono escludere le retribuzioni variabili ad esempio per il consiglio d'amministrazione.

Lo statuto deve prevedere anche i principi relativi alle attribuzioni e alle competenze del comitato di retribuzione (n. 4) e le modalità del voto dell'assemblea generale sulle retribuzioni del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (n. 5).

#### *Art. 627* Abrogato

L'articolo 627 CO elenca le disposizioni che, per essere vincolanti, devono figurare nello statuto. Il disciplinamento attuale è tuttavia lacunoso e insoddisfacente. Vi sono varie disposizioni di legge che per essere vincolanti devono figurare nello statuto, ma che non sono elencate all'articolo 627<sup>238</sup>. Si pensi ad esempio alle disposizioni sulla costituzione qualificata, alla nomina di un rappresentante di una categoria di azioni nel consiglio d'amministrazione, alle disposizioni sull'aumento autorizzato del capitale o sull'aumento del capitale con capitale condizionale, alle disposizioni sulle riserve e al quorum costitutivo dell'assemblea generale; tutte disposizioni che per essere valide richiedono altresì l'iscrizione nello statuto e che non figurano nell'articolo 627 CO.

Il disegno 2007 intendeva completare l'articolo 627<sup>239</sup>. Nonostante il considerevole aumento a 25 numeri<sup>240</sup>, l'articolo del disegno 2007 non teneva conto di numerosi altri oggetti che le società avrebbero potuto disciplinare soltanto nello statuto, nonostante la mancata menzione nell'articolo 627.

Per essere veramente completo, l'articolo 627 dovrebbe contare circa cinquanta numeri concernenti normative che per la loro validità richiedono l'iscrizione nello statuto. Oltre a essere poco chiaro e pesante e quindi di scarsa utilità, un elenco simile andrebbe aggiornato in occasione di ogni singola revisione della legge. È quindi decisivo che dalle disposizioni materiali sia possibile desumere quali disposizioni devono figurare nello statuto per essere vincolanti (p.es. dall'art. 634 cpv. 4 per il conferimento in natura). L'articolo 627 non ha un significato proprio e va pertanto abrogato. L'abrogazione non comporta modifiche materiali.

## **2.1.2 Liberazione e assunzione di beni**

#### *Art. 628* Abrogato

Tale disposizione è sostituita dalle nuove norme sulle fattispecie qualificate degli articoli 634 e seguenti e va pertanto abrogata. Le fattispecie qualificate vanno disciplinate in modo più trasparente e uniforme e le loro lacune devono essere eliminate

<sup>238</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 1 N 488.

<sup>239</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1367 seg.

<sup>240</sup> Codice delle obbligazioni. (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali) (Disegno), FF **2008** 1477, 1478 seg.

nella maniera più completa possibile (cfr. art. 634 per il conferimento in natura, art. 634a per il conferimento mediante compensazione e art. 636 per i vantaggi speciali).

Soltanto la (prevista) assunzione di beni finora disciplinata dall'articolo 628 capoverso 2 CO, non si trova più negli articoli 634 e seguenti, poiché, di fatto, non costituisce più una fattispecie qualificata nell'ambito di una costituzione o di un aumento di capitale e quindi non occorre più iscriverla nel registro di commercio né farla figurare nello statuto né è più sottoposta a requisiti di sicurezza più severi (relazione sulla costituzione o sull'aumento di capitale, relazione di revisione). Per quanto riguarda i motivi di questa modifica si veda il capitolo 1.3.1.3.

*Art. 629 titolo marginale, cpv. 2 n. 2 e 2<sup>bis</sup>*      Costituzione; contenuto dell'atto costitutivo

L'abrogazione dell'articolo 625 implica un adeguamento formale del titolo marginale.

Visto che anche il nuovo diritto della società anonima prescrive imperativamente la liberazione intera (cfr. art. 632), il capoverso 2 numero 2 è stato adeguato. I promotori devono accertare che i conferimenti – e non come finora i conferimenti *promessi* – corrispondono al prezzo d'emissione totale. La formulazione è identica a quella del vigente diritto della società a garanzia limitata che prescrive già oggi la liberazione totale (art. 777 CO).

Nel capoverso 2 è inoltre introdotto un nuovo numero 2<sup>bis</sup> secondo cui i promotori di società il cui capitale azionario è costituito in moneta estera accertano nell'atto costitutivo che detto capitale corrisponde a un controvalore di almeno 100 000 franchi (cfr. art. 621). Per poter effettuare tale accertamento la moneta estera deve essere liberamente convertibile in franchi svizzeri. È determinante il corso di cambio al momento dell'atto costitutivo. Eventuali oscillazioni dei corsi valutari tra l'atto costitutivo e l'iscrizione nel registro di commercio, più precisamente tra il momento della notificazione al registro di commercio per l'iscrizione e l'effettiva iscrizione, non devono penalizzare la società (cfr. art. 633 cpv. 3 che per la liberazione in moneta estera rimanda altresì al momento della decisione di accertamento).

*Art. 631 cpv. 2 n. 6*      Abrogato

L'articolo 631 capoverso 2 elenca i documenti giustificativi da accludere all'atto costitutivo. Visto che le assunzioni di beni non sono più considerate fattispecie qualificate di costituzione o di aumento di capitale e quindi non devono più essere iscritte nel registro di commercio né figurare nello statuto (cfr. cap. 1.3.1.3), il numero 6 può essere abrogato; i contratti esistenti di assunzione di beni non costituiscono più allegati dell'atto costitutivo.

*Art. 632*      Conferimenti; in genere

Secondo la nuova disposizione, tutte le azioni devono essere liberate interamente. La grande maggioranza delle società ha già effettuato la liberazione intera all'atto della costituzione. Chi non è in grado di procacciarsi un capitale azionario minimo pari a 100 000 franchi, ha pur sempre la possibilità di costituire una società a garanzia limitata con un capitale sociale interamente liberato pari a soli 20 000 franchi (art. 773 seg. CO). Nel contempo è messa la parola fine a una prassi diffusa e contra-

ria al testo di legge che ammette la liberazione parziale per le azioni al portatore. L'articolo 632 prevede quindi che tutte le azioni devono esser liberate almeno fino al valore nominale. Di conseguenza il vigente articolo 634a CO (conferimenti ulteriori) è abrogato. L'obbligo di liberazione integrale delle azioni è stato accolto favorevolmente da numerosi partecipanti alla recente procedura di consultazione sulla modernizzazione del registro di commercio<sup>241</sup>.

La formulazione dell'articolo 632 si ispira a quella del vigente diritto della società a garanzia limitata, che prescrive già l'obbligo della liberazione intera (art. 777c CO).

Le società anonime esistenti beneficiano della garanzia dei diritti acquisiti nella misura in cui non modificano il loro capitale (cfr. art. 3 cpv. 2 disp. trans.).

#### *Art. 633 cpv. 3* Prestazione dei conferimenti; versamenti

L'articolo 633 capoverso 3 precisa che, se il capitale azionario è in franchi svizzeri, la liberazione effettuata in una moneta liberamente convertibile costituisce un conferimento in denaro e non un conferimento in natura. Tale disposizione è in linea con la prassi seguita dall'Ufficio federale del registro di commercio (UFRC) dal 1999<sup>242</sup>.

Il secondo periodo precisa che al momento della decisione di accertamento, i conferimenti in moneta estera devono corrispondere quantomeno al capitale da liberare. Nel quadro del relativo accertamento, i promotori devono quindi accertare esplicitamente che i conferimenti corrispondano almeno all'importo del capitale azionario in franchi svizzeri secondo il tasso di cambio in vigore (cfr. art. 629). In questo modo si evitano i problemi derivanti dalla prassi attuale che si riferisce al momento dell'iscrizione nel registro di commercio (problemi relativi p. es. alle oscillazioni dei corsi di conversione e all'eventuale margine di sicurezza chiesto dagli uffici del registro di commercio).

Va precisato che, secondo l'avamprogetto, il capitale azionario può anche essere costituito in moneta estera (cfr. art. 621).

#### *Art. 634* Conferimenti in natura

Il capoverso 1 codifica la prassi secondo cui un bene patrimoniale può costituire un conferimento in natura a una società, se può, cumulativamente, essere iscritto a bilancio negli attivi, confluire nel patrimonio della società e se la società può liberamente disporne e realizzarlo<sup>243</sup>. Per poter essere iscritto a bilancio l'attivo deve avere un valore che può essere stimato in modo attendibile (art. 959 cpv. 2 CO). Il conferimento in natura deve poter essere valutato, vale a dire che deve essere possibile stabilirne il valore pecuniario. Il bene in questione deve inoltre poter confluire nel patrimonio della società senza che a ciò si oppongano ostacoli contrattuali o giuridici. Il bene deve anche essere liberamente disponibile: dal momento dell'iscrizione nel registro di commercio la società deve godere del diritto immedia-

<sup>241</sup> Cfr. Ufficio federale di giustizia, Sintesi dei risultati della consultazione, ago. 2013, pag. 16 consultabile al seguente indirizzo:  
<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister/ve-ber-i.pdf>

<sup>242</sup> Cfr. PAUL TAHLMANN, Bares ist Wahres, REPRAX 4/2003, pag. 19 segg.

<sup>243</sup> Cfr. comunicazione dell'Ufficio federale del registro di commercio, del 15 ago. 2001, concernente i conferimenti in natura e le assunzioni di beni, REPRAX 2/01, pag. 59 segg., 60 seg.

to, libero e incondizionato di disporre dell'oggetto di un conferimento in natura o, nel caso si tratti di un fondo, del diritto incondizionato di chiederne l'iscrizione nel registro fondiario. La società deve quindi avere piena facoltà giuridica ed economica di disporre del bene. Infine il bene deve essere realizzabile a soddisfacimento dei creditori, ovvero la società deve poterlo trasferire a terzi e convertirlo in denaro, il che presuppone l'esistenza di un mercato più o meno attivo per il bene in questione. Il conferimento in natura deve servire da garanzia nei confronti dei creditori in caso di un eventuale fallimento della società. In base a questi criteri, il lavoro, le capacità personali e i diritti futuri non possono essere oggetto di un conferimento in natura.

Il capoverso 2 riprende il contenuto del vigente articolo 634 numero 1 CO.

I documenti sulla costituzione richiedono un atto pubblico la cui stesura non è, in linea di principio, vincolata a una competenza territoriale imperativa. Secondo l'opinione dominante, tuttavia, se l'oggetto dell'atto pubblico è un fondo, si applica la *lex rei sitae*, che prevede la stesura dell'atto pubblico nel luogo in cui si trova la cosa<sup>244</sup>. Ispirandosi all'articolo 70 capoverso 2 della Legge sulla fusione<sup>245</sup>, il capoverso 3 prevede che è sufficiente un solo atto pubblico anche quando più fondi situati in più Cantoni sono oggetto di un solo conferimento. L'atto è steso dal pubblico ufficiale del luogo di sede della società. Per motivi di carattere materiale, appare opportuno adottare un disciplinamento identico a quello previsto dalla Legge sulla fusione per il trasferimento di patrimonio<sup>246</sup>. Con la nuova norma non s'intende introdurre una competenza unica per la stesura dell'atto pubblico sui conferimenti in natura. Alle società va tuttavia offerta la possibilità di far stendere un solo atto pubblico. Il disciplinamento non è volto a favorire il «turismo dell'atto pubblico» e nemmeno a privare i Cantoni della loro competenza primaria in questo settore (art. 55 cpv. I tit. fin. CC). Per quanto riguarda le competenze, occorre distinguere tre situazioni: 1. Il conferimento in natura deve essere steso con atto pubblico nel Cantone X dove si trovano i fondi che ne sono oggetto. L'articolo 634 capoverso 3 non si applica a questa situazione per il semplice fatto che già il diritto vigente prevede un solo atto pubblico per questo caso. 2. Il conferimento in natura deve essere steso con atto pubblico nel Cantone X, ma i fondi che ne sono oggetto sono situati nel Cantone Y. L'articolo 634 capoverso 3 non si applica nemmeno a questa situazione, perché i fondi non sono situati in più Cantoni. Basta quindi far stendere un solo atto pubblico nel Cantone Y, ovvero nel luogo in cui si trova la cosa e, di conseguenza, non è necessario che l'articolo 634 capoverso 3 comprenda questa fattispecie. 3. Il conferimento in natura deve essere steso con atto pubblico nel Cantone X e i fondi si trovano nel Cantone X e nel Cantone Y o nel Cantone Y e nel Cantone Z. L'articolo 634 capoverso 2 si applica a questa situazione speciale (competenza intercantonale variabile per il trasferimento dei fondi) e consente la stesura di un solo atto pubblico da parte del pubblico ufficiale nel luogo della sede della società. Se i fondi oggetto del conferimento sono situati sì nello stesso Cantone (e quindi non sussiste una competenza *intercantonale variabile*), ma le competenze *infracantonali* variabili richiedono la stesura di più atti pubblici, appare opportuno applicare l'articolo 634 capoverso 3 per analogia (una sola stesura con atto pubblico presso la sede della società da parte del pubblico ufficiale che, secondo le norme del Cantone di sede, è responsabile per le pratiche legate ai fondi nel Comune in cui ha

<sup>244</sup> Cfr. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993, § 106 N 2985.

<sup>245</sup> RS 221.301

<sup>246</sup> In merito alla normativa prevista nella LFus cfr. Boll. Uff. 2003 N 242 seg.

sede la società). Se nel Comune di sede vi sono più circondari notarili (p.es. nella Città di Zurigo), appare opportuno riferirsi al luogo di sede della società. Di conseguenza, per pubblico ufficiale nel luogo di sede della società, s'intende sostanzialmente un pubblico ufficiale del *Cantone* di sede (p. es. notaio del Cantone di Berna). Se il Cantone di sede ha più circondari preposti alla stesura con atto pubblico, si parte dal presupposto che il pubblico ufficiale competente sia quello del *Comune* di sede; se il Comune di sede ha più circondari preposti alla stesura con atto pubblico, si parte dal presupposto che il pubblico ufficiale competente sia quello della sede della società. Nei rari casi in cui una società ha più sedi (p. es. Zurigo e Basilea per UBS SA) il pubblico ufficiale competente può essere quello dell'una o dell'altra sede.

Il capoverso 4 dispone che lo statuto debba fornire informazioni sui conferimenti in natura. Tali disposizioni statutarie possono essere abrogate dopo dieci anni. Il capoverso 5 menziona i fatti da iscriverne nel registro di commercio. Solitamente, qualora un azionista conferisca una quota in natura il cui valore computabile supera il prezzo di emissione delle azioni sottoscritte e per la quale la società, oltre alle azioni emesse, concede una controprestazione, si parla di un conferimento in natura combinato con un'assunzione di beni. Secondo l'articolo 45 capoverso 3 ORC, occorre iscrivere nel registro di commercio l'assunzione di beni pari all'importo della controprestazione e quindi anche questa controprestazione supplementare deve essere iscritta nel registro di commercio. Questa assunzione di beni deve pure essere iscritta nello statuto. Sostanzialmente, le nuove disposizioni sui conferimenti in natura e sulle assunzioni di beni non modificano l'istituto del conferimento in natura combinato con un'assunzione di beni. Un conferimento in natura con controprestazione supplementare continuerà a essere ammesso e sarà completamente retto dalle norme sui conferimenti in natura. Ciò significa che occorrerà iscrivere nello statuto e nel registro di commercio anche un'eventuale controprestazione supplementare, come si può desumere dal tenore dei capoversi 4 e 5 («eventuali altre controprestazioni»).

#### *Art. 634a*                      Compensazione di un credito

Con la soppressione della liberazione parziale (art. 632) il contenuto dell'attuale articolo 634a CO diventa obsoleto, visto che in futuro occorre liberare interamente tutte le azioni e i buoni di partecipazione.

L'articolo 634a codifica pertanto la liberazione mediante compensazione che nel diritto vigente è disciplinata in modo estremamente lacunoso. A livello di contenuto, l'articolo 634a si orienta alla prassi in vigore facendo nel contempo chiarezza su determinate questioni controverse.

Il capoverso 1 ammette la liberazione mediante compensazione. È chiaro che anche alla compensazione si applicano, senza restrizioni, gli obblighi di diligenza che valgono per le persone che partecipano alla costituzione o all'aumento del capitale come pure le responsabilità che ne derivano (art. 752 segg. CO).

Il capoverso 2 disciplina una questione controversa nella dottrina e nella giurisprudenza, ovvero l'ammissibilità della liberazione per compensazione nell'ambito di un aumento di capitale, in particolare a scopo di risanamento della società. Il credito destinato a compensare l'obbligo di liberazione nei confronti della società non deve per forza essere interamente coperto dagli attivi dell'impresa. È quindi possibile compensare crediti con un valore sminuito. La compensazione comporta nondimeno un ridimensionamento dei debiti finanziari della società. Benché non confluiscono

nuovi fondi nelle casse della società, vi è tuttavia una riduzione del capitale di terzi. Poiché la conversione di capitale di terzi in capitale proprio migliora la situazione finanziaria della società, la compensazione non è in contrasto con l'obiettivo del legislatore di tutelare i diritti e gli interessi degli altri azionisti. Sotto il profilo economico, appare pertanto legittimo consentire la liberazione per compensazione anche in questi casi. Sono comunque fatte salve le disposizioni sulla perdita di capitale e l'eccedenza di debiti; non ne consegue segnatamente una limitazione dei compiti del consiglio d'amministrazione secondo gli articoli 725 e seguenti.

La compensazione è retta dalle disposizioni generali applicabili a tale istituto giuridico (art. 7 CC<sup>247</sup> in combinazione con l'art. 120 segg. CO). È prevista un'eccezione per i crediti contestati. Benché di norma possano essere compensati anche i crediti contestati, tale possibilità è esclusa se il credito in questione è destinato a compensare l'obbligo di liberazione esistente nei confronti della società. Ciò risulta dagli articoli 635 numero 2 e 652e numero 2 CO, i quali prescrivono che i promotori o il consiglio d'amministrazione sono tenuti a presentare una relazione scritta che dia ragguagli sull'esistenza e la compensabilità del debito.

Secondo il diritto vigente, la liberazione per compensazione, a differenza di quella mediante conferimento in natura, non deve essere menzionata né nello statuto né nel registro di commercio. Tale incongruenza non ha tuttavia motivo d'essere. Benché terzi possano venire a conoscenza di una liberazione per compensazione prendendo visione della relazione sulla costituzione o della relazione sull'aumento di capitale depositate presso il registro di commercio, non vi è tuttavia motivo alcuno di prevedere una regola diversa rispetto a quella applicabile ai conferimenti in natura. L'iscrizione della compensazione nello statuto e nel registro di commercio accoglie una vecchia richiesta della dottrina. I capoversi 3 e 4 accrescono la trasparenza a beneficio dei creditori e degli investitori. L'iscrizione nello statuto e nel registro di commercio non comporta inoltre alcun onere supplementare significativo per la società, che è comunque tenuta a trasmettere al registro di commercio i documenti giustificativi necessari in caso di costituzione o di aumento del capitale. Se non è conforme ai nuovi capoversi 3 e 4, la liberazione è da ritenersi irregolare.

Come per l'aumento di capitale mediante capitale proprio o conferimenti in natura, la liberazione per compensazione presuppone una deliberazione a maggioranza qualificata secondo l'articolo 704 capoverso 1 numero 3.

#### *Art. 635* Verifica dei conferimenti; relazione sulla costituzione

L'articolo 635 disciplina la relazione sulla costituzione nel quadro delle costituzioni qualificate. In considerazione della modifica in relazione all'assunzione di beni (art. 628), il rinvio al conferimento in natura di cui al numero 1 è soppresso. Per il resto, a livello materiale, la forma e il contenuto della relazione sulla costituzione e le competenze per la stesura della stessa restano immutati.

La relazione deve provare che il conferimento in natura è stato stimato in modo appropriato per evitare un'emissione delle azioni *sotto la pari*. In caso di conferimento in natura con controprestazione supplementare, è ovvio che anche questa prestazione deve essere coperta dal valore appropriato del conferimento in natura.

### **2.1.3 Vantaggi speciali**

*Art. 636* Vantaggi speciali

Il vigente articolo 628 capoverso 3 CO sui vantaggi speciali è riproposto nell'articolo 636. Lo statuto deve menzionare esplicitamente i beneficiari. Non occorre, per contro, che il nome dei beneficiari sia iscritto nel registro di commercio. Il contenuto e il valore dei vantaggi speciali devono essere indicati nello statuto e iscritti nel registro di commercio. A livello materiale, la norma corrisponde al disciplinamento attuale.

### **2.1.4 Iscrizione nel registro di commercio**

*Art. 640* Titolo marginale

Considerata l'abrogazione dell'articolo 625 CO è stato necessario adeguare formalmente il titolo marginale.

*Art. 642* Abrogato

L'articolo 642 CO precisa gli elementi delle fattispecie qualificate da iscrivere nel registro di commercio. Le prescrizioni corrispondenti per i conferimenti in natura si trovano ora all'articolo 634 capoverso 5, quelle per la compensazione all'articolo 634a capoverso 4 e quelle per i vantaggi speciali all'articolo 636 capoverso 2. L'articolo 642 CO può pertanto essere abrogato.

*Art. 643* Titolo marginale

Considerata l'abrogazione dell'articolo 625 CO è stato necessario adeguare formalmente il titolo marginale.

*Art. 647* Titolo marginale

Considerata l'abrogazione dell'articolo 625 CO è stato necessario adeguare formalmente il titolo marginale.

### **2.1.5 Aumento ordinario**

*Art. 650* Aumento ordinario; deliberazione dell'assemblea generale

L'attuale procedura ordinaria di aumento del capitale resta in linea di massima invariata, fatti salvi gli adeguamenti di minore entità resisi necessari a causa delle modifiche apportate in altri settori. Sono inoltre eliminati i punti deboli della normativa vigente.

In questo modo l'avamprogetto completa l'elenco relativo al contenuto della deliberazione dell'assemblea generale sull'aumento del capitale, segnatamente in relazione alla liberazione mediante compensazione (cpv. 2 n. 5). A causa della modifica concernente il conferimento in natura, l'attuale numero 5 è abrogato. La specie del

conferimento (attuale n. 4, prima parte del per.) non deve più essere menzionata esplicitamente, visto che è chiaramente desumibile dalle altre indicazioni imperative.

Il diritto vigente concede al consiglio d'amministrazione tre mesi per attuare l'aumento ordinario del capitale (art. 650 cpv. 1 CO). All'atto pratico tale termine si è spesso rivelato troppo breve. Il capoverso 3 prevede pertanto un termine di sei mesi, il quale può essere abbreviato (ma non prolungato) dall'assemblea generale nell'ambito della deliberazione di aumento. L'articolo precisa inoltre che il termine decorre dalla deliberazione dell'assemblea generale. Diversamente da quanto stabilisce l'attuale capoverso 3, il termine è ritenuto osservato se il consiglio d'amministrazione notifica per iscrizione l'aumento di capitale all'ufficio del registro di commercio nella debita forma. Una notificazione effettuata entro il termine stabilito è da ritenersi regolare se è conforme alla legge e all'ordinanza sul registro di commercio ed è corredata dei necessari documenti giustificativi. Ai fini del rispetto del termine è per contro irrilevante il momento in cui l'aumento di capitale viene iscritto nel registro di commercio, dato che detto momento è stabilito dall'ufficio del registro di commercio. Se il termine previsto per la notifica al registro di commercio non è rispettato, la deliberazione di aumento decade *ex tunc*.

#### *Art. 651 e 651a* Abrogato

L'introduzione di un margine di variazione del capitale permette di sopprimere l'istituto dell'aumento autorizzato del capitale (cfr. cap. 1.3.1.4).

#### *Art. 652 titolo marginale e cpv. 3* Sottoscrizione di azioni

Il termine di tre mesi previsto per la scheda di sottoscrizione (art. 652 cpv. 3 CO) viene uniformato a quello dell'articolo 650 capoverso 3 e portato quindi a sei mesi. Anche in questo caso, ai fini del rispetto del termine è determinante il momento della regolare notifica presso l'ufficio del registro di commercio.

#### *Art. 652a titolo marginale, cpv. 1 n. 1-3, 5 e 5<sup>bis</sup>* Prospetto d'emissione e cpv. 4

Le modifiche dei numeri 1-3 sono di natura prettamente redazionale e non ne conseguono modifiche d'ordine materiale. Il numero 5 precisa a quali condizioni occorre stilare un bilancio intermedio per il prospetto d'emissione. Il numero 5<sup>bis</sup> chiarisce che il prospetto deve fornire raggugli anche sull'eventuale relazione sulle retribuzioni e sulla relativa relazione di revisione.

Secondo il capoverso 4 il prospetto d'emissione non è necessario se le azioni sono offerte in sottoscrizione esclusivamente a investitori qualificati ai sensi della legge federale del 23 giugno 2006<sup>248</sup> sugli investimenti collettivi di capitale (Legge sugli investimenti collettivi, LICol)<sup>249</sup>.

<sup>248</sup> RS 951.31

<sup>249</sup> Cfr. anche la procedura di consultazione concernente la legge federale sui servizi finanziari (Legge sui servizi finanziari, LSF), che prevede l'abrogazione dell'art. 652a CO.

*Art. 652b cpv. 1<sup>bis</sup> e cpv. 4* Diritto d'opzione

Il capoverso 1<sup>bis</sup> disciplina il diritto d'opzione nell'ambito dell'assunzione definitiva di titoli, in cui l'assuntore definitivo (di norma una banca) si impegna per contratto a sottoscrivere tutte le azioni emesse nel contesto di un aumento di capitale, per offrirne quindi l'acquisto agli azionisti. L'avamprogetto stabilisce che in caso di assunzione definitiva il diritto d'opzione è ritenuto salvaguardato se l'assuntore è un istituto sottostante alla legge federale dell'8 novembre 1934<sup>250</sup> sulle banche e le casse di risparmio (Legge sulle banche, LBCR) o un commerciante di valori mobiliari soggetto a vigilanza (cfr. art. 10 LBVM<sup>251</sup> e art. 17 OBVM<sup>252</sup>) e le azioni vengono offerte agli azionisti in ragione della loro partecipazione anteriore. È inoltre necessario che, prima dell'assunzione definitiva, la banca o il commerciante di valori mobiliari abbia ottenuto l'autorizzazione necessaria all'esercizio dell'attività. Di conseguenza, è anche ipotizzabile che l'assuntore definitivo sia una succursale svizzera di una banca estera. La norma in questione non contempla la sottoscrizione delle proprie azioni da parte della società, in quanto ciò permetterebbe di eludere le disposizioni relative al diritto d'opzione.

Se l'assuntore non è una banca o un commerciante di valori mobiliari, occorre osservare le norme sulla soppressione del diritto d'opzione (segnatamente la maggioranza qualificata prevista dall'art. 704 cpv. 1 n. 4). È per contro irrilevante il fatto che l'assuntore stesso si faccia carico dello smercio delle azioni o affidi tale compito a un'altra banca o a un altro commerciante di valori mobiliari.

Il contratto tra la società e l'assuntore concernente l'offerta delle azioni agli azionisti in ragione della loro partecipazione anteriore costituisce un *contratto a favore di terzi propriamente detto* (cfr. art. 112 CO). Se l'assuntore viene meno ai suoi obblighi, l'azionista può proporre azione contro la banca o il commerciante di valori mobiliari. Il rispetto dei diritti d'opzione è inoltre garantito dagli strumenti offerti dalle norme in materia di vigilanza. Se un azionista rinuncia però a esercitare il suo diritto d'opzione, l'assuntore può alienare lecitamente a terzi le azioni spettanti all'azionista in questione.

Contrariamente al disegno 2007<sup>253</sup> non viene più menzionato esplicitamente che l'esercizio del diritto d'opzione non può essere ostacolato in modo incongruo. Questa protezione è già assicurata dal diritto vigente con l'azione di contestazione di cui all'articolo 706 capoverso 2 numeri 2 e 3 CO e con l'obbligo di diligenza secondo l'articolo 717 capoverso 1 CO.

Giusta il capoverso 4, il prezzo d'emissione delle nuove azioni può essere notevolmente inferiore al loro valore reale<sup>254</sup> soltanto se il diritto d'opzione è negoziabile o se tutti gli azionisti rappresentati nell'assemblea generale hanno approvato il prezzo d'emissione. Tale regola esclude, a tutela della proprietà degli azionisti, che un aumento di capitale possa intaccare il valore delle azioni detenute dagli azionisti che non possono o non vogliono partecipare all'aumento. La negoziabilità prevista da questa disposizione presuppone l'esistenza di un mercato che permetta di negoziare le azioni a un prezzo corrispondente al loro valore reale. Non è quindi sufficiente

<sup>250</sup> RS **952.0**

<sup>251</sup> RS **954.1**

<sup>252</sup> RS **954.11**

<sup>253</sup> Art. 652b cpv. 4 D 2007 (FF **2008** 1321, 1375 e 1483).

<sup>254</sup> La nozione di «valore reale» è una nozione indeterminata utilizzata p. es. dal CO e dalla LFus (cfr. p. es. art. 670 cpv. 1 CO/art. 725c, art. 685b cpv. 4 CO e art. 7 cpv. 2 LFus).

che talune persone offrano di acquistare il diritto d'opzione a un prezzo basso; potrebbe invece bastare, ad esempio, lo svolgimento di un'asta. Prevedendo la possibilità di ottenere il consenso di tutti gli azionisti presenti all'assemblea generale, si tiene conto in particolare delle esigenze delle piccole e medie imprese.

Se l'assemblea generale stabilisce in modo abusivo le modalità di esercizio del diritto d'opzione o il prezzo d'emissione, la deliberazione in questione può essere impugnata (art. 706 CO). L'avamprogetto non riconosce agli azionisti il diritto di impugnare le decisioni relative al diritto d'opzione o al prezzo d'emissione prese dal consiglio d'amministrazione nel contesto di un margine di variazione del capitale (cfr. art. 653*u*). L'introduzione di tale diritto comporterebbe infatti un cambiamento di paradigma nel diritto della società anonima. Sono comunque fatte salve le pretese risarcitorie degli azionisti.

#### *Art. 652c titolo marginale* Prestazione dei conferimenti

Nuova numerazione del titolo marginale risultante dalle modifiche nella sistematica.

#### *Art. 652d titolo marginale, cpv. 2* Aumento mediante capitale proprio

Nel testo tedesco dell'articolo 652*d* capoverso 2, il termine *Zwischenabschluss* è sostituito con *Zwischenbilanz*. Si tratta di un adeguamento alla terminologia generalmente usata nel Codice delle obbligazioni e nella Legge sulla fusione che non comporta alcuna modifica materiale. L'allestimento di un bilancio intermedio presuppone in ogni caso la presentazione, in forma quantomeno sommaria, di un conto economico. Un allegato è necessario nella misura in cui le informazioni contenutevi possono avere ripercussioni significative sulla valutazione del bilancio (cfr. art. 675*a*, art. 960*f*).

Una rigorosa interpretazione grammaticale del vigente tenore della disposizione permetterebbe di concludere che potrebbe bastare anche una verifica del bilancio intermedio da parte di una persona non abilitata dall'autorità federale di sorveglianza dei revisori. Per fare completa chiarezza su questo punto, il testo è stato completato di conseguenza (con un bilancio intermedio verificato *da un revisore abilitato*<sup>255</sup>).

#### *Art. 652e* Relazione sull'aumento del capitale

In sintonia con le altre disposizioni restanti, il numero 1 è adeguato in modo tale che l'assunzione di beni non figura più tra le fattispecie qualificate sulle quale il consiglio d'amministrazione deve dare ragguagli. Per il resto si veda il commento all'articolo 635 (relazione sulla costituzione nel quadro di una costituzione qualificata).

#### *Art. 652f titolo marginale* Attestazione di verifica

Nuova numerazione del titolo marginale risultante dalle modifiche nella sistematica legale.

<sup>255</sup> Va precisato che le persone fisiche possono fornire servizi di revisione, se sono iscritte nel registro di commercio come ditte individuali e se loro stesse e la loro ditta dispongono della necessaria abilitazione (art. 8 cpv. 1 ordinanza sui revisori, OSRev; RS 221.302.3).

*Art. 652g titolo marginale, Modificazione dello statuto e accertamenti del consiglio d'amministrazione*  
*cpv. 2 e 3*

Secondo l'articolo 652g capoverso 2 CO il pubblico ufficiale menziona i singoli documenti su cui si fonda l'aumento del capitale e attesta che sono stati esibiti al consiglio d'amministrazione. In linea con le disposizioni relative alla costituzione (art. 631 cpv. 1 CO), il pubblico ufficiale deve tuttavia confermare che tali documenti sono stati esibiti *a lui stesso* e al consiglio d'amministrazione (cfr. anche art. 47 cpv. 2 lett. d ORC<sup>256</sup>). Il pubblico ufficiale deve verificare se i documenti sono conformi sotto il profilo formale, se contengono le indicazioni richieste dalla legge e se il loro contenuto corrisponde all'accertamento del consiglio d'amministrazione per il quale deve stendere un atto pubblico.

*Art. 652h titolo marginale, cpv. 1 e 2* Iscrizione nel registro di commercio

Nell'articolo 652h capoverso 1 il termine «registro di commercio» è sostituito con «ufficio del registro di commercio».

Il capoverso 2 è abrogato. I documenti giustificativi da presentare all'ufficio del registro di commercio saranno indicati unicamente nell'ORC (cfr. art. 46 ORC).

## **2.1.6 Aumento con capitale condizionale**

*Art. 653, 653b cpv. 1 n. 4* Aumento con capitale condizionale; deliberazione dell'assemblea generale

L'attuale disciplinamento dell'aumento del capitale con capitale condizionale resta sostanzialmente immutato. Le modifiche previste concernono aspetti specifici.

L'articolo 653 capoverso 1 inserisce anche gli azionisti e i membri del consiglio d'amministrazione nel novero delle persone cui può essere accordato il diritto di acquistare nuove azioni nell'ambito di un aumento di capitale con capitale condizionale. La prassi odierna già consente di concedere opzioni gratuite o di azionisti nell'ambito di un aumento condizionale del capitale<sup>257</sup>. È frequente anche l'attribuzione di opzioni ai membri del consiglio d'amministrazione<sup>258</sup>, a titolo di retribuzione parziale dell'attività svolta. Anche in questo caso il diritto preferenziale di sottoscrizione o il diritto d'opzione riconosciuto agli azionisti della società che esegue l'aumento di capitale può essere limitato o soppresso soltanto alle condizioni di cui all'articolo 653c. Anche le persone interessate di una società holding possono entrare in linea di conto come beneficiari di un aumento condizionale del capitale.

Il capoverso 2 pone al consiglio d'amministrazione – come nel caso dell'aumento ordinario del capitale – un termine di 30 giorni per notificare l'aumento con capitale

<sup>256</sup> RS **221.411**

<sup>257</sup> Cfr. GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, Art. 653 N 17 f., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedin Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

<sup>258</sup> Cfr. GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, Art. 653 N 16, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedin Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

condizionale all'ufficio del registro di commercio. La deliberazione di un aumento condizionale del capitale può infatti rivestire importanza per i potenziali investitori.

L'articolo 653*b* capoverso 1 numero 4 precisa che l'eventuale soppressione o limitazione del diritto d'opzione deve figurare nello statuto. La modifica del numero 1 è di carattere redazionale.

#### *Art. 653c e 653d cpv. 1* Tutela degli azionisti

Secondo l'articolo 653*c* capoverso 1, se in occasione di un aumento condizionale vengono accordati diritti d'opzione agli azionisti, si applicano le disposizioni sul diritto d'opzione in caso di aumento ordinario del capitale (cfr. art. 652*b*).

Il rimando si applica anche all'esercizio del diritto d'opzione e alla determinazione del prezzo d'emissione. L'attuale capoverso 1 diventa il nuovo capoverso 2.

Secondo il capoverso 3, le società quotate in borsa potranno sopprimere o limitare il diritto preferenziale di sottoscrizione anche in assenza di gravi motivi (n. 1), se gli azionisti hanno la possibilità di acquistare in borsa, a condizioni eque, i titoli emessi (n. 2). Gli azionisti possono così tutelare i propri interessi acquistando le azioni sul mercato.

L'attuale capoverso 3 diventa il nuovo capoverso 4. Le modifiche sono di natura redazionale.

A seguito della modifica apportata all'articolo 653 capoverso 1, anche nell'articolo 653*d* capoverso 1 vengono introdotte le nozioni di «azionista» e «membro del consiglio d'amministrazione».

#### *Art. 653f, 653g, 653i* Attestazione di verifica; modificazione dello statuto e accertamenti del consiglio d'amministrazione; abrogazione

Le modifiche degli articoli 653*f* e 653*g* sono di natura prevalentemente formale e si propongono di rendere più comprensibile l'articolo e di unificare la terminologia. L'articolo 653*g* capoverso 2 puntualizza che la modifica dello statuto richiede l'atto pubblico. La norma coincide con quella dell'articolo 652*g* capoverso 2 CO.

L'articolo 653*i* prevede un'innovazione sostanziale: all'atto pratico è emerso che talvolta le società deliberano un aumento condizionale del capitale, ma rinunciano poi a eseguirlo o desiderano interromperlo anticipatamente. L'articolo precisa come occorra procedere in un simile caso.

Il consiglio d'amministrazione è in linea di principio tenuto a eseguire le deliberazioni dell'assemblea generale (art. 716*a* cpv. 1 n. 6 CO). Se omette di farlo, può essere chiamato a rispondere dei danni che ne derivano conformemente all'articolo 754 CO. Ciò vale anche nel caso in cui il consiglio d'amministrazione rinunci a eseguire un aumento condizionale del capitale deliberato dall'assemblea generale. Le nuove regole previste dall'articolo 653*i* non modificano questo stato di cose.

L'articolo 653*i* disciplina il caso in cui sono già stati accordati diritti di conversione o d'opzione. La disposizione statutaria relativa all'aumento condizionale del capitale può quindi essere abrogata soltanto se un perito revisore abilitato certifica in un'attestazione di verifica che tutti gli aventi diritto hanno rinunciato per scritto

all'esercizio dei loro diritti. La disposizione statutaria non può dunque essere abrogata (ma può essere modificata) se soltanto una parte dei titolari hanno rinunciato a esercitare i loro diritti di conversione o d'opzione.

La rinuncia all'esercizio dei diritti di conversione o d'opzione può eventualmente essere indennizzata in denaro o in altro modo (p. es. con azioni). Per motivi di trasparenza, è opportuno che l'importo dell'indennizzo venga pubblicato (art. 959a cpv. 3 CO).

## **2.1.7                    Riduzione ordinaria del capitale**

*Art. 653j*            Riduzione ordinaria; principi

La riduzione del capitale è ora disciplinata assieme alle varie forme di aumento nel capo sulle procedure di modifica del capitale. L'attuale disciplinamento della riduzione del capitale presenta svariate imprecisioni e lacune che l'avamprogetto intende eliminare (cfr. cap. 1.3.1.4).

L'articolo 653j disciplina i principi della riduzione ordinaria del capitale. Il capoverso 1 attribuisce all'assemblea generale la competenza di deliberare l'entità della riduzione del capitale. Come prevede anche il diritto vigente, la preparazione e l'esecuzione della riduzione di capitale competono al consiglio d'amministrazione.

Il capoverso 2 precisa che la riduzione può essere attuata mediante riduzione del valore nominale o soppressione di azioni. La deliberazione con cui l'assemblea generale decide la riduzione deve specificarne la modalità (art. 653n cpv. 1 n. 2).

Come prevede anche il diritto vigente, secondo il capoverso 3 il capitale azionario può essere ridotto a una somma inferiore all'importo minimo previsto dalla legge (art. 621) soltanto se è simultaneamente aumentato almeno sino a concorrenza di questo importo (cfr. art. 653p).

*Art. 653k*            Tutela dei creditori

L'articolo 653k disciplina la diffida ai creditori. La società può operare la diffida prima o dopo la deliberazione di riduzione dell'assemblea generale. Tale facoltà garantisce al consiglio d'amministrazione un margine di manovra più ampio sotto il profilo organizzativo. In linea di principio, la procedura risulta più trasparente per gli azionisti quando la diffida e la verifica del perito revisore abilitato hanno luogo prima dell'assemblea generale, che può così essere informata dell'esito della diffida e della verifica prima di deliberare un'eventuale riduzione del capitale. Questo non è però oggettivamente necessario in ogni situazione, in quanto, di norma, le questioni importanti non necessitano di altri chiarimenti. È quindi opportuno permettere alla società di svolgere l'assemblea generale prima della diffida ai creditori (o durante la stessa). Tale soluzione ha il pregio di accelerare la procedura. Può inoltre essere opportuno chiarire se l'assemblea generale intende approvare la riduzione del capitale, prima di pubblicare la relativa diffida. Il rispetto delle norme legali a tutela dei creditori è in ogni caso garantito dall'iscrizione nel registro di commercio (cfr. art. 653o cpv. 4 e 5).

L'avamprogetto riduce inoltre da due a un mese il termine entro il quale i creditori devono produrre i crediti (cpv. 2). La durata della procedura di riduzione del capitale

ne risulta in tal modo abbreviata, il che giova agli interessi della società. Nonostante il termine sia stato accorciato, i creditori dispongono comunque di tempo a sufficienza per produrre i loro crediti.

I capoversi 3 e 4 coincidono ampiamente con le disposizioni relative alla diffida ai creditori previste dall'articolo 25 della Legge sulla fusione<sup>259</sup>. La società può liberarsi dall'obbligo di garantire i crediti prodotti, se prova che la riduzione del capitale azionario non ne compromette il soddisfacimento (cpv. 3). Di norma sarà sufficiente a tal fine l'attestazione con cui il perito revisore abilitato accerta che il capitale di terzi è integralmente coperto nonostante la riduzione del capitale. In casi particolari, l'attestazione non sarà tuttavia sufficiente: si pensi ad esempio ai crediti che diverranno esigibili soltanto molto tempo dopo la riduzione del capitale.

I creditori che chiedono la garanzia dei crediti non devono tuttavia beneficiare di un trattamento migliore di quello riservato loro in assenza di una riduzione di capitale. In luogo della costituzione di garanzie, in virtù del capoverso 4 la società può anche soddisfare i crediti, purché ciò non penalizzi altri creditori (principio della parità di trattamento previsto dalla legislazione in materia di esecuzione). È inoltre necessario che il credito possa essere adempiuto giusta l'articolo 81 CO.

#### *Art. 653l* Bilancio intermedio

In linea con la prassi attuale, il nuovo articolo 653l prevede che la società debba stilare un bilancio intermedio qualora l'ultimo bilancio sia più vecchio di sei mesi<sup>260</sup>. I requisiti previsti dalla legge quanto al contenuto del bilancio intermedio sono disciplinati in maniera uniforme all'articolo 960f (per maggiori informazioni cfr. i relativi commenti). Il contenuto della norma corrisponde a quello dell'articolo 11 della Legge sulla fusione. Visto che le esigenze di tutela alla base dell'obbligo di allestire un bilancio intermedio in caso di riduzione del capitale sono le stesse che in caso di ristrutturazione di un'impresa, è materialmente giustificato mutare le disposizioni previste a questo riguardo dalla Legge sulla fusione.

#### *Art. 653m* Attestazione di verifica

L'articolo 653m disciplina l'attestazione di verifica di un perito revisore abilitato. Secondo il capoverso 1 il perito revisore abilitato deve attestare per scritto, fondandosi sul bilancio, che la riduzione del capitale azionario non compromette il soddisfacimento dei crediti né suscita un fondato timore che la società divenga insolvente nei prossimi dodici mesi. La verifica verte ora esplicitamente anche sulle conseguenze della riduzione del capitale sulla liquidità della società, aspetto questo su cui l'avamprogetto si è focalizzato notevolmente (cfr. art. 671 cpv. 3 e art. 725). La prassi attuale prevede già una verifica analoga<sup>261</sup>.

Secondo il capoverso 2 l'attestazione tiene conto anche dell'esito della diffida ai creditori (cfr. art. 653k). L'attendibilità dell'attestazione ne risulta rafforzata.

Nelle società che non dispongono di un ufficio di revisione e nel caso in cui il perito revisore abilitato non sia l'ufficio di revisione della società, la persona incaricata

<sup>259</sup> RS 221.301

<sup>260</sup> Cfr. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 2 N 356; cfr. anche Karl Rebsamen, Das Handelsregister, 2<sup>a</sup> ed., Zurigo 1999, N 585; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berna 1996, § 53 N 95.

<sup>261</sup> Cfr. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 2 N 357 seg.



dell'articolo 653*p* capoverso 1, secondo cui non si applicano le disposizioni sulla tutela dei creditori nella riduzione ordinaria del capitale, sul bilancio intermedio, sull'attestazione di verifica e sugli accertamenti del consiglio d'amministrazione. L'esclusione generale delle disposizioni sulla riduzione ordinaria del capitale, come previsto dal disegno 2007<sup>263</sup>, non è per contro sufficientemente precisa, poiché finora, i principi (cfr. art. 653*f*) e le disposizioni sulla deliberazione dell'assemblea generale (cfr. art. 653*n*) sono stati applicati anche nell'ambito della procedura a fisarmonica.

Secondo il capoverso 2, le disposizioni sull'aumento ordinario del capitale si applicano per analogia (cfr. art. 650 segg.).

I capoversi 3 e 4 contengono disposizioni speciali rispettivamente sull'adeguamento dello statuto (nessun adeguamento dello statuto se il capitale azionario e il valore nominale delle azioni restano immutati) e sull'iscrizione nel registro di commercio (notifica per l'iscrizione entro sei mesi).

#### *Art. 653q* Soppressione delle azioni

La disposizione prevede che se, ai fini del risanamento, il capitale azionario è ridotto a zero e poi nuovamente aumentato, le azioni emesse devono essere soppresse. In contropartita, agli azionisti è accordato un diritto d'opzione di cui non possono essere privati. L'attuale articolo 732*a* CO<sup>264</sup> ha lo stesso tenore. Un risanamento è dato se è accertata almeno un'eccedenza passiva (cfr. riguardo alla nozione di «eccedenza passiva» l'art. 653*r*).

#### *Art. 653r* Riduzione del capitale in caso di bilancio in disavanzo

Il diritto vigente ammette agevolazioni nel quadro della procedura di riduzione del capitale che servono a eliminare l'eccedenza passiva accertata nel bilancio (art. 735 CO)<sup>265</sup>. Questo caso speciale di riduzione del capitale, anche chiamato riduzione del capitale dichiarativa o nominale, è ora disciplinato dall'articolo 653*r*. A livello di contenuto, la norma corrisponde al disciplinamento attuale, ma è formulata in modo più chiaro e preciso: elenca ad esempio esplicitamente il contenuto della relazione di revisione che finora era indicato nell'articolo 735 CO. Secondo il capoverso 1, il perito revisore abilitato deve attestare che l'ammontare della riduzione del capitale non supera l'eccedenza passiva accertata nel bilancio e risultante da perdite. Il perito revisore abilitato dovrà accertare che il bilancio sia effettivamente in disavanzo. Se la perdita nel bilancio può ancora essere compensata con riserve da capitale e da utili (cfr. art. 674), il bilancio non è effettivamente in disavanzo e quindi non è possibile operare una riduzione del capitale conformemente all'articolo 653*r*. La severità della norma non può tuttavia spingersi al punto da permettere che l'esistenza di riserve latenti bastino per negare l'esistenza di un bilancio in disavanzo. Si tratta di una rettifica del bilancio conforme ai principi della tenuta regolare dei conti, non di un conteggio globale relativo ai valori venali dei beni economici esistenti. Le riserve latenti possono essere sciolte soltanto se sono state volontariamente costituite al fine di ridurre l'utile conseguito durante l'esercizio, ovvero attraverso ammortamenti e accantonamenti volutamente esagerati, e se esistono ancora. Va rispettato il princi-

<sup>263</sup> Art. 653*p* cpv. 2 D 2007 (FF 2008 1321, 1488).

<sup>264</sup> RS 220

<sup>265</sup> Cfr. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, vol. 3, Zurich 2009, pag. 61.

pio secondo cui l'utile conseguito durante l'esercizio deve essere provato correttamente<sup>266</sup>.

Nel caso di una riduzione del capitale per eliminare un'eccedenza passiva accertata nel bilancio, non si applicano le disposizioni sulla tutela dei creditori nella riduzione ordinaria del capitale (cfr. art. 653*k*) e sugli accertamenti del consiglio d'amministrazione (cfr. art. 653*o*).

Secondo il capoverso 2, l'assemblea generale delibera la riduzione dichiarativa del capitale in base alla relazione di revisione. Oltre alle indicazioni necessarie a un riduzione ordinaria del capitale (cfr. art. 653*n*), la deliberazione dell'assemblea generale contiene anche l'accertamento dell'esito della relazione di revisione e la modifica dello statuto.

## 2.1.9 Margine di variazione del capitale

*Art. 653s*

Autorizzazione

L'avamprogetto prevede l'introduzione di un margine di variazione del capitale, un nuovo istituto giuridico che rende più flessibili le procedure di aumento e di riduzione del capitale (cfr. cap. 1.3.1.4). Il margine di variazione del capitale sostituisce l'aumento autorizzato (art. 651 segg. CO).

Secondo il capoverso 1, soltanto le società che hanno sottoposto il loro conto annuale a una revisione ordinaria o limitata possono deliberare e applicare un margine di variazione del capitale (cfr. art. 727*a*).

L'assemblea generale può autorizzare il consiglio d'amministrazione a ridurre e ad aumentare liberamente il capitale azionario entro un margine determinato. Come per l'attuale aumento autorizzato, la deliberazione richiede la maggioranza qualificata (art. 704 cpv. 1 n. 5) e, secondo il capoverso 5, richiede l'atto pubblico. La deliberazione dell'assemblea generale stabilisce un capitale massimo, il quale costituisce il margine superiore dell'aumento che il consiglio d'amministrazione è abilitato a disporre. Il margine inferiore indica invece dal capitale minimo. Il terzo parametro da prendere in considerazione è il capitale azionario iscritto nel registro di commercio. Secondo il capoverso 2 il capitale massimo non può eccedere di oltre la metà il capitale azionario iscritto nel registro di commercio e il capitale minimo non può essere inferiore alla metà del capitale azionario iscritto. In ogni caso va rispettato il capitale minimo previsto dalla legge (cfr. art. 621 CO).

Il capitale azionario emesso può essere aumentato e ridotto entro i limiti del capitale massimo e del capitale minimo. Giusta il capoverso 1, l'autorizzazione è valida cinque anni al massimo. In base ai risultati della consultazione, il disegno 2007 prevedeva un termine di tre anni<sup>267</sup>. Il Consiglio degli Stati aveva comunque propo-

<sup>266</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 2 N 400. A.M. MANFRED KÜNG, Art. 735 N 6, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

<sup>267</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1382 seg.

sto un termine di cinque anni<sup>268</sup>. L'avamprogetto segue la decisione del Consiglio degli Stati.

Secondo il capoverso 7 il termine decorre dalla deliberazione dell'assemblea generale. Dopo la scadenza del termine il consiglio d'amministrazione sopprime le disposizioni statutarie sul margine di variazione del capitale, a meno che l'assemblea generale non proroghi l'autorizzazione del consiglio d'amministrazione (art. 653t cpv. 2). La deliberazione del consiglio d'amministrazione richiede l'atto pubblico.

Secondo il capoverso 3, l'assemblea generale può limitare il margine di manovra del consiglio d'amministrazione stabilendo oneri e condizioni (653t cpv. 1 n. 3). Può in particolare prevedere che il consiglio d'amministrazione possa unicamente aumentare o ridurre il capitale azionario. Nel primo caso, il margine di variazione del capitale coincide in pratica con l'attuale aumento autorizzato del capitale, il quale diviene pertanto superfluo e può essere abrogato. Nel secondo caso, il margine di variazione del capitale si tradurrebbe invece in una riduzione autorizzata del capitale, istituto che il diritto vigente non prevede.

Il capoverso 4 puntualizza che il capitale azionario può essere aumentato, nei limiti fissati dal margine di variazione del capitale, anche mediante un aumento condizionale. In tal caso sono applicabili sia le disposizioni sul margine di variazione del capitale, sia quelle sull'aumento condizionale; occorrerà dunque attenersi alla norma più severa. In assenza di una base statutaria il consiglio d'amministrazione non può tuttavia prevedere, entro un margine di variazione del capitale, né un aumento condizionale del capitale né un capitale di partecipazione (cfr. art. 653t cpv. 1 n. 9 e 10); la deliberazione spetta all'assemblea generale.

La deliberazione dell'assemblea generale sull'introduzione del margine di variazione del capitale deve essere notificata all'ufficio del registro di commercio entro trenta giorni (art. 653s cpv. 5).

#### *Art. 653t*                      Basi statutarie

L'articolo 653t concerne le basi statutarie del margine di variazione del capitale.

Benché sia libera di delegare talune decisioni al consiglio d'amministrazione (n. 7), l'assemblea generale è tenuta a deliberare<sup>269</sup> su determinate questioni, quali ad esempio il capitale massimo e il capitale minimo, la durata dell'autorizzazione, il numero e il valore nominale delle azioni (n. 1, 2, 4 e 5). Altri aspetti (p. es. le eventuali restrizioni alla trasmissibilità delle azioni) per essere validi devono figurare nello statuto (n. 6). L'assemblea generale deve inoltre definire le condizioni d'esercizio dei diritti d'opzione acquistati contrattualmente (n. 8); si tratta in questo caso di un complemento alla restrizione dell'acquisto originario di azioni.

<sup>268</sup> Boll. Uff. 2009 S 646.

<sup>269</sup> Poteri decisionali inalienabili e irrevocabili dell'assemblea sono già oggi previsti per l'aumento autorizzato di capitale (art. 651 CO).

Nei limiti stabiliti dall'autorizzazione, il consiglio d'amministrazione può, secondo l'articolo 653u capoverso 1, aumentare e ridurre il capitale azionario. Se sono ad esempio previsti un capitale massimo e un capitale minimo rispettivamente di 600 000 e 200 000 franchi e, al momento dell'introduzione del margine di variazione del capitale, il capitale azionario iscritto nel registro di commercio è pari a 400 000 franchi, il consiglio d'amministrazione è dunque libero di portare il capitale a 500 000 franchi, per poi ridurlo a 200 000 e riportarlo nuovamente a 600 000 franchi.

Ogniquale volta aumenta o riduce il capitale, il consiglio d'amministrazione è tenuto a compiere i necessari accertamenti e a modificare di conseguenza lo statuto. Secondo il capoverso 2, deve inoltre emanare le disposizioni necessarie, in quanto non siano contemplate dalla deliberazione di autorizzazione dell'assemblea generale. Entro trenta giorni dalla modifica del capitale azionario, deve inoltre notificare per iscrizione all'ufficio del registro di commercio, nella forma prescritta, l'avvenuta modifica del capitale (cpv. 3). Si tratta di una prescrizione d'ordine.

Sempre che la legge non disponga altrimenti, secondo il capoverso 4 le norme sull'aumento ordinario e condizionale del capitale e quelle sulla riduzione ordinaria si applicano per analogia. La decisione del consiglio d'amministrazione relativa all'aumento del capitale deve ad esempio indicare la specie dei conferimenti (conferimento in natura, liberazione con capitale proprio), a meno che l'assemblea generale non si sia riservata la facoltà di decidere al riguardo.

Per tutta la durata di validità del margine di variazione del capitale, l'assemblea generale può modificare il capitale azionario emesso mediante un aumento ordinario o una riduzione ordinaria. In tal caso, secondo l'articolo 653v la deliberazione relativa al margine di variazione del capitale decade e lo statuto va modificato di conseguenza. Dopo aver deliberato una riduzione o un aumento ordinario, l'assemblea generale è nondimeno libera di introdurre nuovamente un margine di variazione del capitale.

#### *Art. 653w* Tutela dei creditori

Nell'ambito del margine di variazione del capitale, la tutela dei creditori viene anticipata, in quanto i creditori vengono diffidati prima che l'assemblea generale deliberi l'introduzione del margine di variazione del capitale (cpv. 1). Lo stesso vale per la stesura dell'attestazione di verifica da parte di un perito revisore abilitato. In questo caso, l'attestazione si limita ad accertare che il capitale di terzi è ancora coperto dopo la riduzione al capitale minimo. Sono escluse le dichiarazioni riguardo a eventuali riduzioni di capitale operate successivamente entro i limiti del margine di variazione del capitale. Grazie all'iscrizione del margine di variazione del capitale nel registro di commercio, i creditori possono nondimeno venire a sapere che il

capitale azionario può essere ridotto sino all'importo del capitale minimo iscritto nel registro.

La diffida ai creditori e l'attestazione di verifica non sono indispensabili se il margine di variazione del capitale è stato introdotto all'atto della costituzione della società o se il capitale minimo non è inferiore a quello iscritto nel registro di commercio.

Dal capoverso 2 risulta che la diffida ai creditori non è più necessaria per ogni singola deliberazione del consiglio d'amministrazione sulla riduzione del capitale.

Secondo il capoverso 3, tuttavia, ogni riduzione del capitale azionario nell'ambito di un margine di variazione del capitale è subordinata alla condizione che ciò non comprometta il soddisfacimento dei crediti. Il consiglio d'amministrazione risponde di un'eventuale copertura insufficiente in base alle norme sulla responsabilità previste dal diritto della società anonima (art. 754 CO). Per limitare i rischi insiti nella riduzione, può, se del caso, operare spontaneamente una diffida ai creditori e chiedere un'attestazione di verifica.

Una delle caratteristiche fondamentali del margine di variazione del capitale consiste nel fatto che il capitale minimo iscritto nel registro di commercio assolve la stessa funzione ricoperta nel diritto vigente dal capitale azionario iscritto. Per i creditori è dunque il capitale minimo a rivestire primaria importanza. Il capitale minimo può tuttavia essere ridotto unicamente mediante una procedura ordinaria di riduzione del capitale, il che garantisce una tutela adeguata dei creditori (cfr. inoltre art. 653x e art. 727a).

*Art. 653x*

Indicazioni nell'allegato del conto annuale

Contrariamente al disegno 2007<sup>270</sup>, l'avamprogetto non obbliga più il consiglio d'amministrazione a chiedere un'attestazione di verifica di un perito revisore abilitato alla fine dell'esercizio annuale quando il capitale azionario è stato ridotto entro il margine di variazione del capitale. Non prevede nemmeno più la consegna di questa attestazione al registro di commercio, ma obbliga, per contro, le società che deliberano e applicano un margine di variazione del capitale a sottoporre il loro conto annuale a una revisione ordinaria o limitata (cfr. art. 653s e 727a cpv. 2). Queste società non possono quindi più rinunciare alla revisione limitata del conto annuale (*opting-out*). La disposizione garantisce così una tutela dei creditori efficace ed efficiente e spesso, inoltre, non occasiona alcuna spesa supplementare, visto che le società sottopongono già il loro conto annuale almeno alla revisione ordinaria. La verifica del conto annuale da parte di un organo indipendente ed entro limiti appropriati è volta ad assicurare che la società non sia eccessivamente indebitata e che i crediti di terzi continuano a essere coperti. La disposizione offre quindi un compromesso bilanciato tra la flessibilità del margine di variazione del capitale e la necessità di tutelare i creditori.

Secondo l'articolo 653x l'allegato del conto annuale deve fornire indicazioni su ogni aumento e riduzione del capitale azionario attuati dal consiglio d'amministrazione servendosi del margine di variazione del capitale.

<sup>270</sup> Art. 653x D 2007 (FF 2008 1321, 1385 seg. e 1765).

## 2.1.10 Buoni di partecipazione

*Art. 656a cpv. 1 e 4* Buoni di partecipazione; definizione

Poiché, secondo l'articolo 621 capoverso 2, il capitale azionario può essere costituito anche nella moneta estera più importante per l'attività dell'impresa, il capoverso 1 precisa che il capitale di partecipazione deve obbligatoriamente essere costituito nella stessa moneta del capitale azionario. Lo scopo è evitare che le svariati parti del capitale proprio siano costituite in monete diverse, e quindi che insorgano difficoltà in particolare nell'ambito del calcolo dell'ammontare ammesso del capitale di partecipazione (cfr. art. 656b cpv. 1) e nel caso in cui il capitale di partecipazione fosse addizionato al capitale azionario (cfr. art. 656b cpv.3).

Contrariamente al capitale azionario, le società hanno il diritto, ma non l'obbligo di costituire un capitale di partecipazione. Secondo il capoverso 4, questo capitale non deve essere disponibile già all'atto della costituzione della società, ma può essere costituito anche in un secondo tempo, il che corrisponde al principio attualmente in vigore (cfr. art. 656b cpv. 5 CO). Come già emerge dal rinvio di carattere generale di cui all'articolo 656a capoverso 2 CO, la creazione successiva di capitale di partecipazione può essere effettuata mediante aumento ordinario o condizionale del capitale oppure nell'ambito del margine di variazione del capitale.

Per quanto riguarda la trasformazione di buoni di partecipazione in azioni, si veda l'articolo 704 capoverso 1 numero 6 (deliberazione a maggioranza qualificata dell'assemblea generale) e riguardo alla trasformazione di azioni in buoni di partecipazione, l'articolo 704a (deliberazione a maggioranza qualificata dell'assemblea generale e consenso di tutti gli azionisti interessati).

*Art. 656b* Capitale di partecipazione e capitale azionario

Se i buoni di partecipazione sono quotati in borsa, l'avamprogetto non limita più il capitale di partecipazione al doppio del capitale azionario. Secondo il capoverso 1, le società interessate possono stabilire l'ammontare del capitale di partecipazione a prescindere da quello del capitale azionario, il che garantisce loro un margine di manovra maggiore nello strutturare il proprio capitale. Tale norma non dovrebbe comportare alcun problema, in quanto i partecipanti che dovessero essere in disaccordo con la direzione dell'impresa o con le deliberazioni dell'assemblea generale hanno la possibilità di alienare liberamente i buoni di partecipazione in borsa. L'assenza di diritti di partecipazione viene in un certo qual modo compensata dalla possibilità di alienare i buoni di partecipazione. A seconda delle circostanze, l'alienazione di buoni di partecipazione non quotati in borsa può risultare spesso difficile se non addirittura impossibile. In questo caso, l'assenza di diritti di partecipazione può dunque rivelarsi problematica sotto il profilo della tutela della proprietà. L'attuale tetto massimo previsto per l'emissione di buoni di partecipazione (art. 656b cpv. 1 CO) è pertanto mantenuto per i titoli non quotati in borsa, onde garantire un certo equilibrio tra capitale di rischio «con diritto di voto» e capitale di rischio «senza diritto di voto».

Il nuovo articolo 656b tiene conto della parziale soppressione del tetto massimo previsto per il capitale di partecipazione. Nell'ambito del calcolo del tetto massimo determinante per l'acquisto di azioni proprie, il capitale di partecipazione non è più addizionato al capitale azionario (art. 656b cpv. 5 in combinazione con art. 659):

capitale azionario e capitale di partecipazione vanno infatti calcolati separatamente. Nel caso dei buoni di partecipazione quotati in borsa, potrebbe altrimenti accadere che una società acquisti tutte le proprie azioni tranne una, dato che il capitale di partecipazione può essere un multiplo del capitale azionario. In tal caso la società disporrebbe di un unico azionista che, a seconda del valore nominale dell'azione, potrebbe controllare l'impresa grazie a una partecipazione finanziaria modesta, snaturando in tal modo il concetto di società anonima.

Secondo il capoverso 2, come già prevede il diritto vigente, le disposizioni sul capitale minimo non si applicano (cfr. art. 621 cpv. 1). Il capitale di partecipazione, come il capitale azionario, deve tuttavia essere liberato integralmente.

Il capoverso 3 definisce quando il capitale di partecipazione va addizionato al capitale azionario, ad esempio in vista della costituzione della riserva legale da utili (cfr. art. 672).

Secondo il capoverso 4, la separazione tra azionisti e partecipanti si applica anche al diritto di chiedere l'istituzione di una verifica speciale (art. 697d). Pur comportando lo svantaggio che azionisti e partecipanti non possano più unire le forze per chiedere l'istituzione di una verifica speciale, tale soluzione consente nondimeno agli azionisti di chiedere l'istituzione di una verifica anche quando il capitale azionario è relativamente modesto rispetto al capitale di partecipazione. Il diritto di chiedere l'istituzione di una verifica speciale (art. 656c cpv. 3) e l'azione di scioglimento della società (art. 736) rivestono notevole importanza per i partecipanti in quanto questi ultimi, pur assumendosi gli stessi rischi finanziari degli azionisti, non possono esercitare alcun influsso sul processo decisionale dell'impresa. La legge deve pertanto garantire una protezione minima della loro proprietà.

Giusta il capoverso 6, le soglie previste sono calcolate esclusivamente sulla base del capitale azionario per quanto concerne il diritto di chiedere la convocazione dell'assemblea generale, il diritto di chiedere l'iscrizione di oggetti all'ordine del giorno dell'assemblea generale e il diritto di fare proposte (cfr. art. 699 seg.), poiché, in sostanza, si tratta dei diritti di partecipazione degli azionisti.

*Art. 656c cpv. 3, 656d titolo marginale, cpv. 2*

Statuto giuridico del partecipante;  
comunicazione della convocazione e  
informazione sulle deliberazioni  
dell'assemblea generale

Le modifiche apportate all'articolo 656c capoverso 3 sono prevalentemente di natura formale<sup>271</sup>.

Per migliorare il governo d'impresa, l'articolo 702 capoverso 3 prevede che gli azionisti debbano poter accedere al verbale dell'assemblea generale per via elettronica o riceverne copia per posta. L'articolo 656d capoverso 2 precisa espressamente che i partecipanti beneficiano degli stessi diritti di consultazione riconosciuti agli azionisti. Procurarsi le informazioni necessarie diverrà dunque più semplice soprattutto per le persone domiciliate all'estero.

<sup>271</sup> In merito al diritto del partecipante di chiedere l'istituzione di una verifica speciale si vedano gli art. 697d segg.

*Art. 657* Titolo marginale

A causa dell'abrogazione dell'articolo 625 CO il titolo marginale deve essere adeguato formalmente.

### **2.1.11 Acquisto di azioni proprie**

*Art. 659* Condizioni e limitazioni dell'acquisto

I capoversi 1 e 2 disciplinano l'acquisto di azioni proprie ad opera della società. Come prevede anche il diritto vigente, la società può impiegare soltanto capitale proprio liberamente disponibile per acquistare azioni proprie per un ammontare massimo di 10 per cento del capitale azionario.

Secondo il capoverso 3, il tetto massimo del 20 per cento previsto per l'acquisto di azioni proprie nell'ambito di una restrizione della trasferibilità viene esteso all'azione di scioglimento (art. 736 cpv. 1 n. 4). Tale liberalizzazione si propone di permettere più spesso, nell'ambito di un'azione di scioglimento, l'acquisto delle azioni dell'attore da parte della società, agevolando così il recesso degli azionisti minoritari dalle società non quotate.

Nel caso di un margine di variazione del capitale (cfr. art. 653s segg.), il limite massimo per l'acquisto di capitale proprio è calcolato in base al capitale emesso.

*Art. 659a* Conseguenze dell'acquisto

Secondo il capoverso 1, il diritto di voto delle azioni acquistate dalla società è sospeso. Di conseguenza, il consiglio d'amministrazione non può esercitarlo. Il capoverso 2 precisa che ciò vale anche qualora la società alieni le azioni proprie nell'ambito di un *securities lending*, di un'operazione di riporto o di un'operazione analoga. La disposizione si applica a tutti i negozi giuridici che, sotto il profilo economico, consistono in un prestito di azioni proprie (cfr. art. 14 Ordinanza del 25 ottobre 2008<sup>272</sup> FINMA sulle borse). Per ragioni di ordine pratico e inerenti alla certezza del diritto, i motivi del negozio giuridico in questione sono irrilevanti.

Secondo il capoverso 3, se il diritto di voto è esercitato in violazione dei capoversi 1 e 2, si applica la disposizione sulla partecipazione illecita all'assemblea generale (art. 691 CO), poiché è violata una limitazione del diritto di voto imperativamente prescritta dalla legge.

Secondo il capoverso 4 la società è tenuta a dedurre dal capitale proprio un importo corrispondente al valore d'acquisto delle azioni proprie. In questo modo il capitale proprio disponibile diminuisce come prevede il diritto vigente, ma il bilancio si riduce come nel caso di una riduzione di capitale. L'iscrizione nel bilancio è retta dall'articolo 959a capoverso 2 numero 3 lettera e CO. Rispetto al diritto vigente si tratta di una mera modifica nella presentazione dei conti. Contrariamente al disegno 2007<sup>273</sup>, l'importo delle azioni proprie non può essere dedotto dalle riserve da

<sup>272</sup> RS **954.193**

<sup>273</sup> Messaggio del 21. dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1492.



una distribuzione di dividendi o un rimborso di riserve di capitale decurtati fino al 20 per cento.

In linea con le riflessioni espresse nel quadro del disegno 2007<sup>276</sup>, non è previsto un obbligo legale per le società. Queste ultime sono libere di decidere se e come sfruttare nel singolo caso le possibilità offerte dal capoverso 2. Dallo statuto deve tuttavia emergere chiaramente che i dividendi possono variare a seconda delle circostanze.

In particolare le società quotate in borsa, potranno creare chiari incentivi materiali all'esercizio dei diritti di voto degli azionisti. Se l'incentivo è abbastanza forte, è molto probabile che provochi una riduzione del numero di azioni non iscritte (cfr. riguardo a questo termine il cap. 1.3.3.1). Il diritto di voto e i diritti ad esso connesso possono di fatto essere esercitati soltanto dopo essere stati riconosciuti dal consiglio d'amministrazione, anche per il tramite di un rappresentante ordinario o di un rappresentante indipendente. La creazione di siffatti incentivi può inoltre avere ripercussioni dirette sugli investitori istituzionali, visto che li obbliga a esercitare i loro diritti di voto. Se non lo fanno, rischiano di violare i loro obblighi di diligenza in riferimento alla gestione patrimoniale.

Durante l'elaborazione dell'avamprogetto è stato valutato accuratamente se la decadenza di tutti o di singoli diritti patrimoniali, ad esempio il diritto a un dividendo deciso dall'assemblea generale, possa essere un mezzo adeguato per evitare che il numero di azioni non iscritte sia troppo elevato. È quindi stata riesaminata l'idea formulata dal Consiglio degli Stati nel quadro della revisione del diritto della società anonima del 1991. A quell'epoca, il Consiglio degli Stati aveva tuttavia aderito, dopo vari tentennamenti, all'opinione del Consiglio nazionale, che preferiva la situazione giuridica attuale (cfr. cap. 1.3.3.1)<sup>277</sup>. Nemmeno un termine di perenzione più moderato, come quello preconizzato all'epoca dal Consiglio degli Stati, consentirebbe tuttavia di ovviare in modo duraturo alle difficoltà allora già riconosciute senza peraltro ledere in modo relativamente grave la libertà economica degli azionisti. A ciò si aggiungono gli effetti difficilmente prevedibili sul commercio in borsa, segnatamente durante l'assemblea generale e poco prima della scadenza del termine di perenzione.

Anche la possibilità di farsi registrare nel libro delle azioni per via elettronica potrebbe contribuire a ridurre il numero di azioni non iscritte (cfr. art. 686*b*).

<sup>276</sup> Messaggio del 21. dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1351.

<sup>277</sup> Cfr. HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, Basilea 1997, pag. 119 seg., 546 e 553. Per quanto riguarda il tenore della versione del Consiglio degli Stati di allora: Boll. Uff. **1988** S 498 (art. 685*f*)

### 2.1.13 **Abrogazione delle disposizioni concernenti la presentazione dei conti delle SA**

*Art. 663b<sup>bis</sup>, 663c e 670* Abrogati

La maggior parte delle disposizioni del diritto della società anonima sulla presentazione dei conti sono già state abrogate con l'entrata in vigore del nuovo diritto contabile<sup>278</sup>.

L'articolo 663b<sup>bis</sup> CO è abrogato, poiché le indicazioni concernenti le retribuzioni dei quadri superiori di società quotate in borsa non figurano più nell'allegato al bilancio/conto annuale, bensì in una relazione separata sulle retribuzioni secondo gli articoli 734 e seguenti.

L'articolo 663c CO (rapporti di partecipazione nelle società le cui azioni sono quotate in borsa) è abrogato. In virtù dell'articolo 20 della Legge sulle borse<sup>279</sup> le informazioni di cui al capoverso 2 sono accessibili a chiunque. Il capoverso 3 è già stato integrato nel nuovo diritto contabile (art. 959c cpv. 2 n. 11 CO).

L'articolo 670 CO, contrariamente a quanto previsto dal disegno 2007<sup>280</sup>, è stato mantenuto a livello materiale, ma viene integrato nelle disposizioni ampiamente riviste del diritto della società anonima sul risanamento (cfr. art. 725c). Per questo motivo viene abrogato formalmente in questa sede.

### 2.1.14 **Riserve**

*Art. 671* Riserva legale da capitale

Nell'ambito del nuovo disciplinamento sulla costituzione delle riserve di una società anonima con sede in Svizzera la possibilità di distribuire le riserve e la comunicazione della loro provenienza sono d'importanza centrale. L'avamprogetto si ispira ampiamente alle proposte del disegno 2007<sup>281</sup>. L'obiettivo resta quello di semplificare le attuali disposizioni di legge e di adeguarle alla prassi internazionale. Si opera ora una distinzione tra riserve da capitale e riserve da utili; distinzione questa già contemplata dal nuovo diritto contabile, entrato in vigore il 1° gennaio 2013 (art. 959a cpv. 2 n. 3 lett. b–d CO).

La riserva legale da capitale secondo l'articolo 671 è costituita dai fondi versati dai fornitori di capitale proprio. Giusta il capoverso 1 numero 1, va assegnato a tale riserva il ricavo proveniente dall'emissione di azioni sopra la pari (il cosiddetto aggio), dedotte le spese d'emissione.

<sup>278</sup> RU **2012** 6679

<sup>279</sup> RS **954.1**

<sup>280</sup> Messaggio del 21. dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1388.

<sup>281</sup> Messaggio del 21. dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1389 segg.

Secondo il numero 2 vanno assegnati a questa riserva anche i versamenti non rimborsati su azioni annullate (art. 681 seg. CO), in quanto non vi siano perdite sulle nuove azioni emesse (utile da decadenza di azioni).

Secondo il numero 3 confluiscono nella riserva da capitale anche i conferimenti e i versamenti supplementivi effettuati da titolari di titoli di partecipazione. Tale proposta è correlata alla riforma II dell'imposizione delle imprese e, segnatamente, alla modifica dell'articolo 20 capoverso 3 LIFD<sup>282</sup>. In caso di rimborso agli azionisti, tali prestazioni e gli aggi secondo il numero 1 saranno trattati come un rimborso del capitale azionario, ovvero come un rimborso di capitale al valore nominale (principio degli apporti di capitale). A tal fine, gli aggi, i conferimenti e i versamenti supplementivi vanno comunque iscritti separatamente nel bilancio commerciale così da evitare la doppia imposizione dei fondi versati. Il vantaggio dell'allibramento nella riserva legale da capitale consiste nel fatto che dal bilancio si evince che i fondi in questione non sono frutto dell'attività aziendale.

Conformemente al capoverso 2, la riserva da capitale può essere impiegata per sopperire a perdite (n. 1, cfr. art. 674 cpv. 1 n. 4), per prendere misure che permettano all'impresa di proseguire le sue attività in caso di cattivo andamento degli affari (n. 2) per evitare la disoccupazione dei dipendenti dell'impresa o attenuarne le conseguenze (n. 3) e per rimborsare gli azionisti, nella misura in cui le riserve legali da utili e le riserve legali da capitale eccedano la metà del capitale azionario iscritto nel registro di commercio (n. 4). Rispetto al disegno 2007, l'unica novità è il numero 4, secondo il quale le riserve legali da capitale possono essere rimborsate agli azionisti soltanto nella misura in cui le riserve legali da utili e le riserve legali da capitale eccedano la metà del capitale azionario. Introducendo il numero 4 l'avamprogetto apporta – contrariamente al disegno 2007 – la necessaria coerenza nell'ambito del già citato principio degli apporti di capitale della riforma II dell'imposizione delle imprese ottemperando alla chiara decisione presa dal Consiglio degli Stati in occasione della sessione estiva 2009<sup>283</sup>.

Secondo il capoverso 3 gli azionisti possono essere rimborsati soltanto se un perito revisore abilitato, fondandosi sul bilancio, attesta per scritto che il rimborso secondo il capoverso 2 numero 4 non compromette il soddisfacimento dei crediti né vi è fondato timore che la società divenga insolvente nei prossimi dodici mesi. L'attestazione è, in sostanza, un documento specifico (come l'attestazione di verifica secondo l'art. 653m nell'ambito della riduzione del capitale). Se il rimborso avviene tuttavia già nel quadro dell'assemblea generale ordinaria in cui viene anche approvato il conto annuale, è del tutto ipotizzabile che la relativa attestazione esplicita venga presentata nel quadro della relazione di revisione. Il perito revisore abilitato deve presenziare all'assemblea generale, a meno che quest'ultima non abbia deciso all'unanimità di rinunciare alla sua presenza. L'avamprogetto non vieta il rimborso agli azionisti delle riserve legali da capitale. Prevede tuttavia una relazione di revisione, come per la riduzione di capitale che, in seguito alla riduzione del valore nominale delle azioni, genera un flusso di fondi a favore degli azionisti (cfr. art. 653m). Trattandosi, dal punto di vista economico, della stessa procedura, questo obbligo di verifica trova la sua giustificazione oggettiva nella tutela dei creditori.

Si veda in questo contesto anche l'articolo 677a (rimborso inammissibili).

<sup>282</sup> RS 642.11

<sup>283</sup> Boll. Uff. 2009 S 647 segg.

*Art. 671a, art. 671b* Abrogati

Il vigente articolo 671a CO (riserva per azioni proprie) è abrogato, poiché il modo di presentare le azioni proprie o le azioni proprie detenute dalle società appartenenti al medesimo gruppo è retto dal nuovo diritto contabile (art. 959a cpv. 2 n. 3 lett. e CO; cfr. art. 659 segg. CO).

Il vigente articolo 671b CO sulla riserva di valutazione è abrogato e – come nel caso dell'articolo 670 – integrato nelle disposizioni del CO sul risanamento. A livello materiale la disposizione resta immutata (cfr. art. 725c).

*Art. 672* Riserva legale da utili

Le riserve da utili comprendono tutte le riserve costituite mediante gli utili non distribuiti della società. Tali riserve sono suddivise in riserve legali (art. 672) e riserve facoltative (art. 673).

Giusta il capoverso 1, alla riserva legale da utili va assegnato il cinque per cento dell'utile dell'esercizio (cfr. art. 959b cpv. 2 n. 11 e cpv. 3 n. 8). Prima di assegnare tale importo alla riserva va coperta l'eventuale perdita riportata.

Secondo il capoverso 2, la riserva legale va alimentata sino a che abbia raggiunto, assieme alla riserva legale da capitale, il 50 per cento del capitale azionario iscritto nel registro di commercio. Da un lato, l'importo massimo della riserva legale viene portato dal 20 per cento del capitale liberato al 50 per cento del capitale azionario emesso; dall'altro viene soppressa la seconda assegnazione alla riserva legale (si veda l'art. 671 cpv. 2 n. 3 CO). In sostanza, le nuove norme semplificano la costituzione delle riserve.

Il capitale di partecipazione va addizionato al capitale azionario quando si tratta di costituire la riserva legale da utili (cfr. art. 656b cpv. 3 n. 1). Permarrà nondimeno possibile, mediante una modifica dello statuto o una deliberazione dell'assemblea generale, innalzare la quota dell'utile annuale destinata alla riserva da utili o la soglia del 50 per cento, limitando in tal modo in maggior misura la disponibilità dei fondi ottenuti. L'abbassamento di tale quota non è, per contro, ammesso.

Nelle società il cui scopo consiste prevalentemente nella partecipazione ad altre imprese (*holding*), la riserva legale va alimentata sino a che abbia raggiunto, assieme alla riserva legale da capitale, il 20 per cento del capitale azionario iscritto. Il diritto vigente prevede già agevolazioni per le *holding* (art. 671 cpv. 4 CO).

Secondo il capoverso 3 l'impiego della riserva legale da utili è retta dalle stesse condizioni applicabili alla riserva legale da capitale (cfr. art. 671 cpv. 2 e 3). Si veda in questo contesto anche l'articolo 677a (rimborsi inammissibili).

*Art. 673* Riserve facoltative da utili

Secondo il capoverso 1, l'assemblea generale può prevedere nello statuto o deliberare la costituzione di riserve facoltative supplementari.

Giusta il capoverso 2, le riserve facoltative da utili possono essere costituite soltanto se ciò è giustificato per garantire durevolmente la prosperità dell'impresa, tenendo conto degli interessi di tutti gli azionisti. Considerate le esigenze di tutela degli azionisti minoritari, l'assemblea generale non è quindi libera di costituire tali riserve

quando più lo ritenga opportuno. La costituzione di riserve non è ammessa ad esempio se persegue scopi estranei all'attività dell'impresa, mira a mettere in difficoltà i titolari di partecipazioni minoritarie o si propone di mantenere artificiosamente basso il corso delle azioni mediante il versamento di dividendi modesti.

Non è più menzionata la possibilità prevista dal diritto vigente di costituire riserve per scopi di sostituzione (cfr. art. 674 cpv. 2 n. 1 CO). A fini di sostituzione possono tuttavia essere effettuati ammortamenti e rettifiche di valore supplementari (art. 960a cpv. 4 CO). Le società dispongono inoltre di un margine di manovra sufficiente in vista della costituzione di riserve che permette di garantire durevolmente la prosperità dell'impresa.

Secondo il capoverso 3 l'assemblea generale decide circa l'impiego delle riserve facoltative da utili, fatte salve le disposizioni concernenti la compensazione delle perdite (cfr. art. 674). A prescindere dal fatto che la loro costituzione sia prevista dallo statuto o da una deliberazione, tali riserve possono essere utilizzate conformemente allo scopo previsto soltanto se non vi sono perdite da ripianare.

Sono abrogati i vigenti articoli 673 e 674 capoverso 3 CO sulla costituzione di riserve a scopo di previdenza a favore di lavoratori, in quanto tali prestazioni, in forza dell'articolo 331 capoverso 1 CO, devono essere devolute ad altri soggetti giuridici (p. es. a una fondazione di previdenza a favore del personale). Inoltre le riserve a scopo di previdenza hanno perso notevole importanza<sup>284</sup>.

#### *Art. 674*            **Compensazione delle perdite**

Conformemente al capoverso 1, le perdite vanno compensate con, nell'ordine: l'utile riportato (n. 1), le riserve facoltative da utili (n. 2), la riserva legale da utili (n. 3) e la riserva legale da capitale (n. 4).

Anziché essere compensate con la riserva legale da utili o con la riserva legale da capitale, giusta il capoverso 2 le perdite rimanenti possono essere riportate in tutto o in parte nel nuovo conto annuale.

Si veda in questo contesto anche l'articolo 677a (rimborsi inammissibili).

#### *Art. 675 cpv. 3*      **Dividendi**

L'articolo 675 è integrato nel capoverso 3 secondo cui i dividendi possono essere determinati soltanto dopo che alle riserve legali e volontarie da utili siano state assegnate le somme loro destinate (cfr. art. 672 e 673).

## **2.1.15                    Acconti sui dividendi**

### *Art. 675a e art. 676/677 titolo marginale*

### Acconti sui dividendi

Nella prassi si manifesta una crescente necessità di versare acconti sui dividendi, in particolare per ridistribuire le liquidità all'interno di un gruppo e in società i cui azionisti, in ragione della loro provenienza, sono abituati a ricevere dividendi trime-

<sup>284</sup> Cfr. MARKUS R. NEUHAUS/PATRICK BALKANYI, Art. 674 N 6, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

strali. La questione se il diritto vigente ammetta il versamento di acconti è tuttavia controversa<sup>285</sup>. In questo contesto l'avamprogetto prevede una chiara base legale.

Secondo l'articolo 675a capoverso 1 numero 1, lo statuto deve prevedere esplicitamente la possibilità di versare acconti. Secondo il numero 2 la deliberazione con cui l'assemblea generale decide il versamento di acconti deve inoltre basarsi su un bilancio intermedio che non risalga a più di sei mesi (cfr. anche art. 698 cpv. 2 n. 5).

L'allestimento del bilancio intermedio presuppone inoltre la stesura del conto economico (quantomeno in forma sommaria). Ciò risulta già dal principio della doppia contabilità<sup>286</sup>. Occorre inoltre produrre un allegato abbreviato contenente le informazioni supplementari essenziali per la valutazione del bilancio e del conto economico sommario da parte dell'ufficio di revisione o degli azionisti (art. 959a cpv. 3, 959b cpv. 5 CO).

L'ufficio di revisione deve verificare il bilancio intermedio prima che l'assemblea generale decida sul versamento di acconti sui dividendi agli azionisti. La revisione si ispira al tipo di revisione cui la società è vincolata per il conto annuale<sup>287</sup>. Considerate le specificità del bilancio intermedio, sono tuttavia ipotizzabili agevolazioni della sua verifica (cfr. art. 960f). Contrariamente alla decisione del Consiglio degli Stati sul disegno 2007, non è tuttavia più possibile versare acconti sui dividendi agli azionisti in assenza della verifica del bilancio intermedio, visto che non è più permesso l'*opting out* delle società il cui statuto prevede disposizioni sugli acconti sui dividendi (cfr. art. 727a cpv. 2).

Secondo il capoverso 3 le disposizioni relative ai dividendi si applicano anche al versamento di acconti. Rispetto al disegno 2007, è menzionato esplicitamente anche l'articolo 731 CO. Quindi, l'assenza della relazione di revisione rende nulla la decisione dell'assemblea generale sul versamento di acconti sui dividendi. Gli acconti sui dividendi riscossi in assenza di detta relazione sottostanno all'obbligo di restituzione secondo l'articolo 678 capoverso 1.

La normativa legale concernente gli acconti sui dividendi non esclude tuttavia che gli azionisti possano decidere più versamenti in occasione dell'assemblea generale ordinaria. Non si tratta tuttavia di acconti sui dividendi, ma di versamenti scaglionati dall'utile risultante dal bilancio relativo all'anno contabile precedente.

L'articolo 676 (interessi per il periodo d'avviamento) e l'articolo 677 (tantièmes) restano immutati a livello di contenuto. La nuova normativa sugli acconti sui dividendi, impone tuttavia una nuova numerazione dei titoli marginali.

<sup>285</sup> Cfr. RICO A. CAMPONOVO/HANS MOSER, Interimsdividende soll in der Schweiz möglich werden, ST 2010/1-2, pag. 48.

<sup>286</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 13 N 770; Empfehlung der Treuhand-Kammer zur Prüfung 800-1, Version 2.0, Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), N 63.

<sup>287</sup> Boll. Uff. 2009 S 649 seg.

## 2.1.16 Divieto di rimborsare

*Art. 677a* Rimborsi inammissibili

Secondo l'articolo 677a, il rimborso delle riserve legali da capitale e delle riserve legali da utili (cfr. art. 671 seg.) nonché la riduzione ordinaria del capitale (cfr. art. 653j segg.) sono ammissibili soltanto se l'eventuale perdita di bilancio (perdita annuale più eventuali riporti delle perdite) è stata ripianata. L'articolo 674 illustra in quale ordine occorre compensare le perdite.

L'articolo 677a non vieta alla società di riportare le perdite sul prossimo esercizio. Non prevede quindi un cambiamento di sistema al riguardo, in quanto sancisce un nuovo obbligo generale di appianare le perdite. Vieta tuttavia la riduzione di poste importanti del capitale proprio fintantoché la società presenta una perdita di bilancio e relativi problemi economici. S'intende così evitare la creazione di falsi incentivi economici e ciò a favore della tutela dei creditori e quindi anche della prosperità a lungo termine della società.

Restano ammessi la riduzione e l'aumento simultanei almeno fino all'importo del capitale azionario (procedura a fisarmonica cfr. art. 653p seg.) e la riduzione del capitale in caso di bilancio in disavanzo (cfr. art. 653r), poiché non comportano un deflusso di fondi. In applicazione dell'articolo 677a restano tuttavia vietate le riduzioni del capitale nell'ambito di un margine di variazione del capitale se corrispondono a una riduzione ordinaria del capitale.

Già il diritto vigente prevede che i dividendi possono essere prelevati solo dall'utile risultante dal bilancio e dalle riserve all'uopo costituite (art. 675 cpv. 2 CO). Le riserve devono essere superiori a un'eventuale perdita di bilancio<sup>288</sup>.

## 2.1.17 Restituzione di prestazioni

*Art. 678* Restituzione di prestazioni; in genere

Nell'ottica del miglioramento del governo d'impresa, è capitale che il disciplinamento dell'azione di restituzione di prestazioni indebite applicabile alle società quotate e non quotate in borsa sia reso più incisivo, così da permettere di ovviare a posteriori a un deflusso di mezzi ingiustificato dal patrimonio della società. L'articolo 678 protegge di conseguenza i diritti di proprietà degli azionisti ed è nell'interesse dei creditori della società.

Il capoverso 1 dell'avamprogetto prevede esplicitamente che le persone incaricate della gestione e i membri del consiglio consultivo<sup>289</sup> sottostanno all'obbligo di restituzione di prestazioni indebite. La formulazione della disposizione sottolinea chiaramente che anche gli organi materiali e di fatto sono assoggettati a questo obbligo. Il campo d'applicazione della disposizione comprende anche gli azionisti, i membri del consiglio d'amministrazione, le persone incaricate della gestione e i membri del consiglio consultivo. S'intende così impedire l'elusione dell'obbligo di restituzione. Il capoverso 1 precisa inoltre esplicitamente che detto obbligo riguarda

<sup>288</sup> Cfr. PETER KURER/CHRISTIAN KURER, Art. 675 N 23, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4<sup>a</sup> ed., Basilea, 2012.

<sup>289</sup> Riguardo alla nozione di «consiglio consultivo», cfr. il commento all'art. 734a-c.

anche l'indebito rimborso di riserve legali da capitale e di riserve legali da utili (cfr. art. 671 cpv. 3, 677a) e l'indebito versamento di retribuzioni vietate o vincolate a condizioni particolari (cfr. soprattutto art. 735c seg.).

Il capoverso 2 prescrive espressamente che l'azione di restituzione è data se la società ha assunto beni da azionisti (tra cui si annoverano anche i partecipanti), da membri del consiglio d'amministrazione o del consiglio consultivo, dalle persone incaricate della gestione e dalle persone loro vicine o ha concluso altri negozi giuridici con esse, e se la controprestazione da essa ricevuta è manifestamente sproporzionata rispetto al valore dei beni o della prestazione. Per quanto concerne l'abolizione della (prevista) assunzione di beni (cfr. cap. 1.3.1.3) va sottolineato chiaramente che alle società è vietato fare assunzione di beni delle persone summenzionate a condizioni manifestamente inusuali sul mercato. Il diritto di chiedere la restituzione non riguarda l'intera controprestazione, ma soltanto la parte di essa che è manifestamente sproporzionata rispetto alla prestazione fornita. Per il resto, il negozio giuridico concluso resta valido. Il capoverso 2 precisa inoltre che il diritto di chiedere la restituzione, qualora vi sia una sproporzione manifesta tra prestazione e controprestazione, sussiste non soltanto per l'assunzione di beni a un prezzo eccessivo, ma anche per tutti gli altri negozi giuridici pregiudizievoli alla società – ad esempio la stipula di un contratto di locazione o di leasing tra l'azionista e la società o di un contratto di lavoro tra un membro della direzione e la società.

L'avamprogetto rinuncia al criterio supplementare previsto nel capoverso 2 vigente, secondo cui la prestazione deve essere manifestamente sproporzionata rispetto alla situazione economica della società. Una chiara sproporzione tra prestazione e controprestazione non è giustificata nemmeno se la situazione economica della società è buona. È quindi sufficiente che vi sia una sproporzione manifesta tra prestazione e controprestazione (cpv. 2).

Il diritto vigente subordina l'obbligo di restituzione alla malafede del beneficiario della prestazione (art. 678 cpv. 1 CO). Per evitare che l'azione di restituzione sia votata in partenza al fallimento, l'obbligo di restituzione di una prestazione indebita non deve essere subordinato alla prova della malafede del beneficiario. La malafede è infatti un fatto interiore e soggettivo pressoché indimostrabile. Tenuto conto dell'esigenza di tutelare il patrimonio della società o gli azionisti, non vi è motivo di derogare alle norme generali sull'indebito arricchimento, le quali prevedono che chi si trova arricchito senza causa legittima è in linea di principio tenuto alla restituzione anche se ha ricevuto la prestazione in buona fede (art. 62 cpv. 1 CO). Il nuovo capoverso 3 prevede tuttavia che – anche in applicazione delle norme generali sull'indebito arricchimento (art. 64 CO) – il beneficiario in buona fede sia tenuto alla restituzione soltanto nella misura in cui sia ancora arricchito al momento della richiesta di restituzione della società. In virtù dell'articolo 3 capoverso 1 CC<sup>290</sup> la buona fede si presume ma, tenuto conto dell'articolo 3 capoverso 2 CC, nei casi di cui ai capoversi 1 e 2 (indebita percezione, sproporzione manifesta), il beneficiario non potrà quasi mai invocare la buona fede. L'azione di restituzione è inoltre agevolata nella misura in cui spetta al beneficiario provare di non essere più arricchito.

Il capoverso 4 corrisponde all'attuale capoverso 3.

Il capoverso 5 attribuisce espressamente all'assemblea generale la facoltà di decidere se la società debba proporre l'azione di restituzione. Ciò consente agli azionisti di

avviare un'azione di restituzione a favore della società senza doversi assumere il rischio dei costi processuali. Per evitare possibili conflitti d'interesse, l'assemblea generale può incaricare un rappresentante di piatire al posto del consiglio d'amministrazione. Per l'accertamento dei fatti gli azionisti possono segnatamente far valere il loro diritto di informazione e chiedere l'istituzione di una verifica speciale.

Per quanto riguarda la possibilità di proporre l'azione di restituzione a spese della società si rimanda agli articoli 697*k* e 697*l*.

#### *Art. 678a* Prescrizione

La prescrizione dell'azione di restituzione è ora disciplinata in un articolo separato (678*a*).

Conformemente agli impegni profusi nel quadro della revisione del diritto in materia di prescrizione<sup>291</sup>, l'avamprogetto riprende il sistema del doppio termine di prescrizione che prevede un termine di prescrizione relativo breve e un termine di prescrizione assoluto lungo. Secondo il capoverso 1, l'azione si prescrive in tre anni dal momento in cui la società o l'azionista ne ha preso conoscenza e in ogni caso in dieci anni dalla nascita del diritto. Il termine rimane tuttavia sospeso durante la procedura giudiziaria per istituire una verifica speciale, durante l'esecuzione della verifica speciale (cfr. art. 697*d* segg.) o durante una procedura sull'ammissibilità di un'azione a spese della società (cfr. art. 697*j*).

Il capoverso 2 disciplina il caso speciale in cui il comportamento del beneficiario costituisce un reato. In questo caso l'azione di restituzione non si prescrive prima dell'azione penale. Se la pronuncia di una sentenza penale di primo grado impedisce la prescrizione dell'azione penale, l'azione di restituzione non si prescrive prima di tre anni dalla notificazione della sentenza.

#### *Art. 679* Titolo marginale

Il numero del titolo marginale è adeguato alla nuova sistemática.

<sup>291</sup> Messaggio del 29 nov. 2013 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto in materia di prescrizione), FF 2014 211, 219 (oggetto 13.100).

## 2.1.18 Limitazione della trasferibilità delle azioni nominative quotate in borsa

*Art. 685* Abrogato

La liberazione totale imperativa introdotta dall'avamprogetto (cfr. art. 632) permette di abrogare la presente disposizione secondo cui le azioni nominative non interamente liberate possono essere trasferite solo con l'approvazione della società.

*Art. 685a* Titolo marginale

Il titolo marginale è adeguato alla nuova sistemática.

*Art. 685d cpv. 2* Condizioni del rifiuto

Con l'articolo 685*d* s'intende ridurre il ricorso abusivo al *securities lending* e a negozi analoghi per influenzare le votazioni e le nomine dell'assemblea generale. Il capoverso 2 primo periodo prevede pertanto che la società possa negare l'esercizio del diritto di voto (art. 685*f* cpv. 2 CO) all'acquirente di azioni nominative vincolate quotate in borsa che non ha dichiarato che l'acquisizione non rientra nel contesto di un prestito. Si prevede quindi la stessa regola applicabile a coloro che acquistano azioni a titolo fiduciario. La disposizione è inoltre adeguata al testo dell'articolo 685*d* capoverso 1 CO, dato che l'iscrizione nel libro delle azioni non ha effetto costitutivo.

Si rinuncia tuttavia a introdurre un divieto generale di esercitare il diritto di voto derivante da partecipazioni acquisite nell'ambito di un *securities lending* o di un negozio analogo. Spetta alle società decidere in quale misura intendono vietare l'esercizio dei diritti di voto connessi con azioni acquisite a titolo di prestito. È nondimeno prevista un'eccezione per le azioni proprie della società alienate nell'ambito di un *securities lending*, in quanto il diritto di voto di tali azioni deve essere imperativamente sospeso (cfr. art. 659*a* cpv. 2).

Eccezione fatta per la possibilità, già prevista dal diritto vigente, di cancellare l'iscrizione dal libro delle azioni (art. 686*a* CO), l'avamprogetto non prevede alcuna sanzione nei confronti dell'acquirente che rilascia una falsa dichiarazione. Se l'iscrizione è stata operata sulla base di false informazioni e l'interessato prende parte all'assemblea generale, in linea di principio le deliberazioni di quest'ultima sono comunque valide.

Il nuovo articolo 685*d* capoverso 2 prevede che la società non può rifiutare l'iscrizione come azionista nel libro delle azioni soltanto perché la domanda è stata presentata dalla banca dell'acquirente. L'acquirente può quindi ricorrere a prestazioni della banca senza dover temere di essere rifiutato come azionista.

*Art 686b* Domanda elettronica di riconoscimento

Secondo la presente disposizione, il consiglio d'amministrazione di una società con azioni quotate in borsa garantisce che l'acquirente possa presentare la domanda di riconoscimento come azionista anche per via elettronica. Così anche un acquirente domiciliato all'estero o una banca depositaria estera potrebbe presentare la domanda

di riconoscimento via Internet senza grandi oneri e da ogni parte del mondo. L'articolo 686*b* riduce pertanto gli ostacoli procedurali all'iscrizione nel libro delle azioni. Questa disposizione crea così – assieme al nuovo articolo 661 capoversi 2 e 3 – un ulteriore incentivo a farsi iscrivere come azionista ed eventualmente a partecipare attivamente all'assemblea generale.

*Art. 687* Abrogato

Considerato l'obbligo della liberazione totale introdotto dall'avamprogetto (cfr. art. 632), l'articolo 687 CO può essere abrogato.

*Art. 688* Titolo marginale

Nuova numerazione del titolo marginale a causa della nuova sistematica.

## **2.1.19 Rappresentanza in seno all'assemblea generale**

*Art. 689 cpv. 2* Abrogato

L'articolo 689*b* capoverso 1 illustra in maniera generale ciò che l'articolo 689 capoverso 2 ripete a titolo specifico per la partecipazione all'assemblea generale. L'articolo 689 capoverso 2 risulta superfluo e può essere abrogato.

*Art. 689a cpv. 2–4* Legittimazione nei confronti della società

Il capoverso 2 secondo periodo relativo alla prova della legittimazione nei confronti della società per quanto concerne le azioni al portatore è abrogato. Il suo contenuto è stato integrato nel capoverso 4. Per il resto, il capoverso 2 resta immutato.

Il capoverso 3 corrisponde all'articolo 689*b* capoverso 2 CO. Si rinuncia all'esigenza della «speciale scrittura» in relazione alla procura scritta. Per il resto, il contenuto della norma resta immutato.

Il nuovo capoverso 4 prescrive che il consiglio d'amministrazione – salvo disposizione contraria dello statuto – può prevedere, oltre alla procura scritta (cpv. 1 e 3) e all'esibizione dell'azione al portatore (cpv. 2), altre forme di legittimazione nei confronti della società. È ipotizzabile una procura elettronica (con o senza firma elettronica qualificata secondo l'art. 14 cpv. 2<sup>bis</sup> CO) o il deposito dell'azione per un determinato periodo. In virtù del suo obbligo di diligenza, il consiglio d'amministrazione deve prendere le misure necessarie per evitare che persone non autorizzate partecipino all'assemblea generale. Deve quindi provvedere a che il suo comportamento non renda impugnabili o addirittura nulle le deliberazioni dell'assemblea generale.

*Art. 689b* Rappresentanza dell'azionista in genere

Secondo il capoverso 1, l'azionista può esercitare i suoi diritti di partecipazione, in particolare il diritto di voto, per mezzo di un rappresentante.

In linea con quanto già prevedeva il disegno 2007<sup>292</sup>, il capoverso 2 vieta la rappresentanza da parte di un membro di un organo della società (art. 689c CO) e la rappresentanza da parte di un depositario (art. 689d CO). Per le società con azioni quotate in borsa questo divieto risulta anche dall'articolo 11 ORESA<sup>293</sup> che attua l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.<sup>294</sup>. Gli azionisti restano tuttavia liberi di organizzarsi fra loro e, ad esempio, di designare una rappresentanza ordinaria comune. A tal fine il forum elettronico risulterà loro utile (cfr. art. 701g). Il vigente capoverso 2 è integrato nell'articolo 689a capoverso 3.

Secondo il capoverso 3, il rappresentante indipendente è obbligato a esercitare i diritti di partecipazione secondo le istruzioni (art. 398 cpv. 1 e 2 CO). Se non ha ricevuto istruzioni, si astiene.

Gli articoli 689c e 689d disciplinano altri aspetti legati alla rappresentanza distinguendo fra società con azioni quotate in borsa e società con azioni non quotate in borsa.

*Art. 689c* Rappresentanza nelle società con azioni quotate in borsa

L'articolo 689c corrisponde agli articoli 8 e 9 ORESA<sup>295</sup>, che attuano l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.<sup>296</sup>.

Secondo il capoverso 1, nelle società le cui azioni sono quotate in borsa l'elezione del rappresentante indipendente è una competenza intransmissibile dell'assemblea generale (cfr. art. 698 cpv. 3 n. 3). In linea di principio, il rappresentante è eletto in occasione dell'assemblea generale ordinaria e resta in carica fino alla conclusione dell'assemblea generale ordinaria successiva. Il rappresentante è quindi eletto anche per tutte le assemblee generali straordinarie che si tengono tra l'elezione e la successiva assemblea generale ordinaria. Il rappresentante indipendente è rielegibile.

Il capoverso 2 prescrive che sono eleggibili le persone fisiche o giuridiche oppure le società di persone, che sono indipendenti dalla società quotata in borsa. Secondo il capoverso 3, l'indipendenza è definita in base alle disposizioni dell'articolo 728 capoversi 2–6 CO concernenti l'indipendenza dell'ufficio di revisione nella revisione ordinaria.

La possibilità di revocare il rappresentante indipendente in ogni momento causerebbe importanti problemi pratici, poiché le istruzioni e le procure già conferite dagli azionisti diverrebbero prive d'oggetto e quindi questi ultimi non sarebbero più rappresentati. Il capoverso 4 prevede pertanto che il rappresentante indipendente possa essere revocato soltanto per la fine dell'assemblea generale.

<sup>292</sup> Messaggio del 21. dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1344 seg.

<sup>293</sup> RS **221.331**

<sup>294</sup> RS **101**

<sup>295</sup> RS **221.331**

<sup>296</sup> RS **101**

Se la sua revoca è iscritta all'ordine del giorno, il rappresentante indipendente deve esercitare le procure conferitegli conformemente alle istruzioni in virtù dell'obbligo di diligenza risultante dal rapporto di rappresentanza, anche se la revoca è approvata. L'introduzione di un obbligo di riconsiliazione non sarebbe praticabile ed equivarrebbe a una revoca anticipata.

Secondo il capoverso 5, se la società non ha più un rappresentante indipendente (p.es. perché quest'ultimo si è ritirato all'ultimo momento, non è più indipendente o perché l'assemblea generale non riesce a eleggerne uno), il consiglio d'amministrazione ne nomina a titolo eccezionale uno per la successiva assemblea generale. Lo statuto può prevedere un disciplinamento diverso quale, ad esempio, l'elezione preliminare di un rappresentante da parte dell'assemblea generale.

Secondo il capoverso 6 il consiglio d'amministrazione garantisce che gli azionisti abbiano la possibilità di conferire al rappresentante indipendente istruzioni su ciascuna proposta che figura nella convocazione (oggetti all'ordine del giorno; n. 1). Su proposte non annunciate e su nuovi oggetti secondo l'articolo 703 capoverso 1, gli azionisti devono invece avere la possibilità di conferire istruzioni generali. Devono avere la possibilità di conferire simili istruzioni generali sia sulle proposte del consiglio d'amministrazione sia su quelle di altri azionisti. Il modulo della società deve essere suddiviso di conseguenza. Gli azionisti devono avere la possibilità di rifiutare o approvare nuove proposte e oggetti come pure di astenersi. Soltanto l'opzione «Approvazione della proposta del consiglio d'amministrazione»/«Astensione» per le proposte non annunciate non sarebbe ammessa. Di fatto il principio della libertà di opinione si applica anche alle proposte e agli oggetti all'ordine del giorno non annunciati.

Secondo il capoverso 7 primo periodo, gli azionisti non possono conferire procure e istruzioni permanenti. Questo ordine risulta tra l'altro dalla limitazione a un anno della durata del mandato del rappresentante indipendente e garantisce che una rappresentanza non sia un fatto automatico e sia sempre espressione della chiara volontà dell'azionista.

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.<sup>297</sup>, gli azionisti possono votare elettronicamente a distanza. Il capoverso 7 secondo periodo attua questa disposizione costituzionale sull'*indirect voting* (cfr. riguardo al *direct voting* non imperativamente prescritto dalla legge art. 701c). Gli azionisti possono così conferire al rappresentante procure e istruzioni per via elettronica. Il consiglio d'amministrazione deve mettere a disposizione i sistemi d'identificazione e di comunicazione per l'*indirect voting*. Gli azionisti con capacità tecniche e con un equipaggiamento nella media devono poter impiegare i mezzi di comunicazione elettronici (cfr. art. 701e).

*Art. 689d* Rappresentanza nelle società le cui azioni non sono quotate in borsa

Come già il diritto vigente, il capoverso 1 permette alle società anonime private di prevedere nel loro statuto che l'azionista possa farsi rappresentare unicamente da un altro azionista. Questo disciplinamento concorre a garantire il rispetto delle limitazioni poste dallo statuto alla trasferibilità delle azioni (art. 685b CO). Impedisce di fatto che persone cui non possono essere trasferite le azioni esercitino un influsso sulla società.

Se la società si avvale di tale facoltà, giusta il capoverso 2, primo periodo, il consiglio d'amministrazione deve designare, su domanda di un azionista, un rappresentante indipendente. È così garantito che gli azionisti possono farsi rappresentare da una persona imparziale. Tale regola riveste importanza soprattutto per le società con pochi azionisti, i quali altrimenti potrebbero essere costretti a farsi rappresentare da una persona che non condivide le loro opinioni. Secondo il capoverso 2 secondo periodo, lo statuto indica fino a quale momento gli azionisti possono chiedere la designazione di un rappresentante indipendente (p. es. entro due mesi dalla fine dell'esercizio annuale o entro due settimane dalla comunicazione del consiglio d'amministrazione). Se, nel caso concreto, la richiesta di designare un rappresentante indipendente viene limitata o addirittura impedita, le deliberazioni dell'assemblea generale interessata possono essere perlomeno contestate.

Secondo il capoverso 3, al più tardi dieci giorni prima dell'assemblea generale, il consiglio d'amministrazione deve comunicare a tutti gli azionisti il nome e l'indirizzo del rappresentante indipendente. Se il consiglio d'amministrazione non rispetta tale obbligo, l'azionista può farsi rappresentare nell'assemblea generale da un terzo di sua scelta.

Il capoverso 4 rende applicabili i capoversi 2, 3 e 6 numeri 1–2 dell'articolo 689c sulla rappresentanza nelle società le cui azioni sono quotate in borsa. Non sussiste pertanto l'obbligo dell'*indirect voting* elettronico (cfr. art. 689c cpv. 6 n. 4). Rispetto alle società le cui azioni sono quotate in borsa (cfr. art. 689c cpv. 7) gli azionisti possono conferire al rappresentante indipendente anche procure e istruzioni permanenti, il che dovrebbe permettere alle piccole e medie industrie di contenere l'onere amministrativo.

*Art. 689e cpv. 1 primo periodo, cpv. 2 primo periodo*

Comunicazione

La disposizione concernente le comunicazioni del rappresentante indipendente all'assemblea generale dev'essere adeguata alle nuove norme di cui agli articoli 689c e 689d.

*Art. 691 cpv. 2<sup>bis</sup>*

Partecipazione illecita

Il capoverso 2<sup>bis</sup> esplicita che i membri del consiglio d'amministrazione e della direzione, pur non essendo azionisti, non sono persone prive del diritto di partecipare all'assemblea generale. Se presiedono all'assemblea generale, possono esprimersi su tutti gli oggetti all'ordine del giorno (cfr. art. 702a).

## 2.1.20

### Diritto di voto, azioni con diritto di voto privilegiato

*Art. 692 cpv. 3* Abrogato

In linea di principio, gli azionisti esercitano in seno all'assemblea generale un diritto di voto proporzionale al valore nominale complessivo delle azioni che possiedono, fermo restando che ciascuna azione deve disporre almeno di un voto (art. 692 cpv. 1 e 2 CO). Il diritto vigente prevede un'eccezione in caso di riduzione del valore nominale delle azioni a fini di risanamento. Giusta l'articolo 692 capoverso 3 CO, l'assemblea generale può in tal caso stabilire che il diritto di voto venga conservato

in conformità del valore nominale originario. Di fatto, si tratta di una forma particolare di azioni con diritto di voto privilegiato impropriamente detto (cfr. art. 693 CO).

Il riconoscimento di tale privilegio agli azionisti non è tuttavia esente da problemi. Nelle società di piccole dimensioni, infatti, essi sono spesso coinvolti nella gestione dell'impresa e sono quindi corresponsabili dei suoi problemi economici. D'altro canto, i nuovi fornitori di capitale sono di frequente i creditori della società che, in occasione di un risanamento, si sono visti praticamente costretti ad accettare la commutazione dei loro crediti in capitale azionario.

L'avamprogetto rinuncia quindi al privilegio riconosciuto dall'articolo 692 capoverso 3 CO, in quanto discutibile e in contrasto con la sistematica del diritto azionario. Permane tuttavia la possibilità, in caso di riduzione del valore nominale delle azioni a fini di assestamento, di convertire le azioni esistenti in azioni con diritto di voto privilegiato ai sensi dell'articolo 693 CO. Il valore nominale delle altre azioni non può tuttavia essere più di dieci volte superiore a quello delle azioni con diritto di voto privilegiato (art. 693 cpv. 2 CO). Rispetto alla disposizione attuale, questa soluzione garantisce un migliore equilibrio degli interessi in causa. Lo stralcio dell'articolo 692 capoverso 3 Co risulta inoltre corretto anche se si considera la decadenza dei diritti degli azionisti in caso di azzeramento del capitale azionario giusta l'articolo 653q.

*Art. 693 cpv. 2 e 3 n. 3-5* Azioni con diritto di voto privilegiato

Secondo l'articolo 632 tutte le azioni devono essere liberate integralmente. Per questo motivo il rinvio al capoverso 2 primo periodo secondo cui le azioni nominative devono essere integralmente liberate, è superfluo.

Le modifiche apportate all'articolo 693 capoverso 3 numeri 3 e 4 sono di natura terminologica. Il numero 5 prevede invece un'innovazione materiale: il diritto di voto va determinato in base al valore nominale delle azioni anche quando si tratta di pronunciarsi su un'azione di restituzione di una prestazione (art. 678). Come per l'azione di responsabilità (art. 756 CO) e il diritto di far istituire una verifica speciale (art. 697c CO), è dunque corretto sopprimere il privilegio accordato agli azionisti con diritto di voto privilegiato.

## **2.1.21 Comunicazione della relazione sulla gestione**

*Art. 696 cpv. 3* Comunicazione della relazione sulla gestione

La disposizione precisa che gli azionisti possono chiedere che la società invii loro *gratuitamente* un esemplare della relazione sulla gestione e della relazione di revisione.

## 2.1.22 Diritto di ottenere raggugli e di consultare documenti.

*Art. 697 titolo marginale, cpv. 2-4*

Raggugli

Contrariamente al disegno 2007, l'avamprogetto rinuncia a conferire agli azionisti di società le cui azioni non sono quotate in borsa il diritto di ottenere raggugli in qualsiasi momento, perché ciò comporterebbe, a seconda dell'azionariato, un ingente dispendio amministrativo in particolare per il consiglio d'amministrazione<sup>298</sup>. Secondo il capoverso 2 gli azionisti possono continuare a sottoporre domande scritte al consiglio d'amministrazione, nella misura in cui ciò è necessario all'esercizio dei loro diritti. Il consiglio d'amministrazione risponde alle domande degli azionisti almeno due volte l'anno. Può capitare che una di queste volte coincida con l'assemblea generale ordinaria così che il consiglio d'amministrazione ha la possibilità di adeguare le sue risposte alle domande dal contenuto analogo. Le risposte devono essere rese disponibili per consultazione in occasione dell'assemblea generale successiva o comunicate immediatamente agli azionisti.

Secondo il capoverso 3 il consiglio d'amministrazione può rifiutare la comunicazione, se questa non è necessaria per l'esercizio dei diritti degli azionisti e compromette segreti d'affari o altri interessi preponderanti della società. Il rifiuto di fornire raggugli dev'essere motivato per scritto.

Rispetto al disegno 2007 viene modificato anche l'attuale diritto a ottenere raggugli sulle retribuzioni, i mutui e i crediti concessi ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione. Secondo il capoverso 4, in occasione dell'assemblea generale in cui è approvato il conto annuale, il consiglio d'amministrazione fornisce raggugli agli azionisti sulle retribuzioni, i mutui e i crediti secondo gli articoli 734a-734c. Una maggiore trasparenza sulle retribuzioni percepite riveste grande importanza ai fini della protezione della proprietà degli azionisti, anche nelle società non quotate in borsa. Gli azionisti di minoranza possono così giudicare meglio se la decisione del consiglio d'amministrazione o dell'azionista di maggioranza di rinunciare al versamento di un dividendo è giustificata dal punto di vista economico. Contrariamente alle società quotate in borsa, quelle non quotate non sono obbligate ad allestire una relazione sulle retribuzioni formale e verificata (cfr. art. 734 segg.). Inoltre il consiglio d'amministrazione, contrariamente a quanto prevedeva il disegno 2007, non deve reagire entro 45 giorni.

*Art. 697a* Consultazione

Il vigente diritto di consultazione secondo il capoverso 1 resta sostanzialmente invariato: i libri e gli atti possono essere consultati con l'accordo dell'assemblea generale o del consiglio d'amministrazione. Il termine «atti» è stato introdotto per armonizzare la terminologia con quella del vigente diritto della Sagl (art. 802 cpv. 2 CO). Già oggi i termini «libri» e «corrispondenza» sono interpretati in senso lato<sup>299</sup>.

<sup>298</sup> Cfr. LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz, Peter V./Arter, Oliver/Jörg, Florian S., Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Berna 2009, pag. 238 seg. con ulteriori rinvii.

<sup>299</sup> Cfr. ROLF H. WEBER, Art. 697 N 16 Hinweise auf die Rechtsprechung in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012

L'armonizzazione con il diritto della Sagl introduce il termine più preciso di «atti», senza tuttavia comportare modifiche materiali.

La società può negare la consultazione per gli stessi motivi che le consentono di non fornire raggugli (cfr. art. 697 cpv. 3). Il capoverso 2 prevede espressamente che la consultazione va negata se vi si oppongono interessi preponderanti della società (il diritto vigente si limita a menzionare i segreti d'affari). Tale precisazione non comporta alcuna modifica sostanziale. Anche quando è chiamato a pronunciarsi su una domanda di consultazione, il consiglio d'amministrazione è infatti vincolato dall'obbligo di fedeltà nei confronti della società (art. 717 cpv. 1 CO), in virtù del quale è tenuto a negare la consultazione se la sua concessione comprometterebbe interessi preponderanti della società.

Il consiglio d'amministrazione deve motivare per scritto l'eventuale diniego della consultazione, anche se la consultazione è stata rifiutata dall'assemblea generale.

*Art. 697b* Reiezione della domanda di raggugli o di consultazione

Se la sua domanda di raggugli o di consultazione viene respinta, l'azionista ha comunque il diritto (peraltro già riconosciutogli dall'art. 697 cpv. 4 CO) di adire il giudice. Si tratta di un'azione indipendente, la quale può essere diretta sia contro la deliberazione dell'assemblea generale, sia contro la decisione del consiglio d'amministrazione<sup>300</sup>.

## **2.1.23 Verifica speciale**

*Art. 697c* Diritto all'istituzione di una verifica speciale. Con l'accordo dell'assemblea generale

La numerazione delle vigenti disposizioni sulla verifica speciale cambia, a causa dell'aggiunta di disposizioni, tra cui anche quelle sui diritti d'informazione degli azionisti.

L'avamprogetto prevede una modifica terminologica dei testi tedesco e francese: le nozioni di «Sonderprüfung» e di «contrôle spécial» sono rimpiazzate rispettivamente da quelle di «Sonderuntersuchung» e di «examen spécial», onde meglio esprimere la natura di tale istituto giuridico ed evitare che venga associato all'attività svolta dall'ufficio di revisione.

L'articolo 697c corrisponde all'articolo 697a CO. Le modifiche sono di natura terminologica.

*Art. 697d* In caso di rifiuto da parte dell'assemblea generale

Le attuali condizioni per l'istituzione di una verifica speciale si sono rivelate troppo severe all'atto pratico; l'attuale verifica speciale è infatti rimasta largamente inutiliz-

<sup>300</sup> A differenza della «normale» azione di contestazione delle deliberazioni assembleari (art. 706 CO), la promozione dell'azione non è subordinata al rispetto di alcun termine. L'azionista deve comunque intentare l'azione in tempo utile (onde avere un interesse alla protezione dei propri diritti). Lo stesso vale per l'impugnazione delle decisioni del consiglio d'amministrazione.

zata (cfr. cap. 1.3.8.1). Allo scopo di migliorare il governo d'impresa, l'avamprogetto rivede pertanto tali condizioni<sup>301</sup>: se l'assemblea generale respinge la proposta di istituire una verifica speciale, gli azionisti possono chiedere al giudice di ordinarla se detengono singolarmente o insieme una partecipazione che, secondo il capoverso 1, raggiunge almeno uno dei due valori soglia prescritti dalla legge, ovvero il 3 per cento del capitale azionario o dei voti nelle società quotate in borsa e il 10 per cento del capitale azionario o dei voti nelle società non quotate in borsa.

Nelle società quotate in borsa, l'abbassamento dei valori soglia agevola l'esercizio da parte delle persone che partecipano finanziariamente all'impresa del diritto di chiedere una verifica speciale. Contrariamente al diritto vigente (art. 697b cpv. 1 CO), l'avamprogetto distingue inoltre tra società quotate in borsa e altre società. Il valore soglia del 10 per cento è già in vigore attualmente. Il fatto che si tenga conto della percentuale di voti è rilevante soltanto per le imprese che dispongono di azioni con diritto di voto privilegiato. Queste azioni hanno un valore nominale fino a dieci volte inferiore a quello delle azioni ordinarie (art. 693 CO).

Al capoverso 2 l'avamprogetto precisa che la domanda giudiziale di istituzione di una verifica speciale può concernere tutte le questioni figuranti nella domanda di raggugli o di consultazione, o le questioni sollevate nella discussione dell'assemblea generale sulla proposta di istituire una verifica speciale, purché possano essere oggetto di una domanda di raggugli o di consultazione (art. 697 seg.).

Secondo il capoverso 3, il giudice dispone una verifica speciale se i richiedenti rendono verosimile che promotori od organi hanno violato la legge o lo statuto e che tale violazione può danneggiare la società o gli azionisti. Semplici asserzioni non sono a tal fine sufficienti. L'adempimento delle condizioni summenzionate dev'essere infatti suffragato da elementi convincenti. A differenza del diritto vigente, non si esige più che i richiedenti rendano verosimile l'esistenza di un danno, bensì è sufficiente che rendano verosimile una violazione suscettibile di sfociare in un danno. Se vi è motivo di ritenere che organi societari abbiano violato la legge o lo statuto e che tale violazione possa tradursi in un danno, non si comprende per quale ragione si debba attendere che tale danno si verifichi per poter istituire una verifica speciale.

Per garantire che il giudice possa disporre la verifica in tempo utile, il CPC prevede già oggi, che la decisione in merito alla domanda venga presa nell'ambito della procedura sommaria (art. 250 lett. c n. 8 CPC). I Cantoni affidano l'esame di tale domanda a un'unica autorità cantonale (art. 5 cpv. 1 lett. g CPC). L'abbreviazione dell'iter procedurale tiene conto del fatto che la verifica speciale è concepita quale presupposto di un'azione di responsabilità o di un'altra azione promossa dagli azionisti. La verifica speciale deve inoltre concludersi in tempi brevi, poiché si tratta di prevenire l'insorgere di un danno imminente. Una procedura di lunga durata sarebbe pertanto contraria al senso e allo scopo di tale istituto giuridico. Le due disposizioni del CPC vengono adeguate a livello redazionale alle nuove disposizioni sulla verifica speciale (cfr. art. 5 cpv. 1 lett. g, 250 lett. c n. 8 AP CPC).

<sup>301</sup> Cfr. PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/François DESSEMONTET, *Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts*, Zurigo 2004, pag. 191 segg.

*Art. 697e-i* Procedura giudiziaria; esecuzione della verifica speciale; rapporto; spese della verifica speciale

Le vigenti disposizioni concernenti l'istituzione giudiziale di una verifica speciale restano sostanzialmente invariate (art. 697c CO). Le modifiche previste sono prevalentemente di natura redazionale e terminologica (art. 697e).

Restano materialmente invariate anche le disposizioni sull'esecuzione della verifica e sul rapporto dei periti (art. 697d e 697e CO; ora art. 697f e 697g). Tutte le modifiche apportate sono di natura terminologica o sono dovute a considerazioni di tecnica legislativa. Va da sé che il giudice può designare uno o più periti. Questa possibilità del giudice (art. 697c cpv. 3 CO) non deve più essere menzionata esplicitamente nel testo di legge.

L'articolo 697h corrisponde interamente al vigente articolo 697f CO.

La vigente disposizione relativa alle spese della verifica resta sostanzialmente immutata, ma viene snellita (art. 697i). In linea di principio, le spese della verifica e l'anticipo delle spese sono a carico della società, indipendentemente dal fatto che la verifica sia stata disposta dall'assemblea generale o dal giudice. È fatto salvo l'addossamento delle spese al richiedente in caso di abuso di diritto. Poiché l'istituzione giudiziale di una verifica speciale è subordinata a severe condizioni, l'esercizio abusivo di tale diritto dovrebbe essere piuttosto raro.

## **2.1.24 Diritto di promuovere un'azione a spese della società**

*Art. 697j* Autorizzazione dell'azione a spese della società

Secondo il capoverso 1, gli azionisti devono proporre all'assemblea generale di promuovere un'azione di prestazione alla società a spese della società. Questa procedura è volta a garantire la sussidiarietà dell'intervento degli azionisti, impedendo loro di chiedere al giudice di autorizzarli a promuovere l'azione a spese della società, senza che l'assemblea generale abbia esaminato il caso in questione. Considerati i potenziali effetti di un processo sulla società, il diritto di presentare una proposta all'assemblea generale non è accordato a tutti gli azionisti, bensì soltanto a una minoranza qualificata di essi. L'introduzione di valori soglia permette di prevenire abusi e scongiurare il rischio che la società venga paralizzata da azioni. Le soglie corrispondono a quelle previste per la verifica speciale (cfr. art. 697d cpv. 1). È così più facile per l'azionista o per un gruppo di azionisti chiedere sia l'istituzione di una verifica speciale sia l'autorizzazione di promuovere un'azione. I valori soglia sono i seguenti: per le società quotate in borsa: il 3 per cento del capitale azionario o dei voti (n. 1); per le società non quotate in borsa: il 10 per cento del capitale azionario o dei voti (n. 2).

Il capoverso 2 esplicita che l'assemblea generale può decidere se avviare un'azione di prestazione alla società e affidarne la conduzione al consiglio d'amministrazione o a un rappresentante. Se l'assemblea generale accede alla proposta dell'azionista o del gruppo di azionisti, il consiglio d'amministrazione o il rappresentante deve promuovere l'azione entro sei mesi (cpv. 3). Questo termine tiene conto dell'eventualità che la società non promuova l'azione o la ritardi. Occorre inoltre

evitare che l'azionista che intenda promuovere un'azione si venga a trovare in una situazione più sfavorevole se l'assemblea generale accetta la sua proposta invece che se la respinge. Dopo la scadenza del termine di sei mesi ogni azionista può chiedere, anche se la sua partecipazione non supera i valori soglia di cui al capoverso 1, l'autorizzazione di promuovere un'azione a spese della società. Se sono soddisfatte tutte le altre condizioni di cui all'articolo 697k, il giudice deve autorizzare la richiesta.

*Art. 697k* In caso di rifiuto da parte dell'assemblea generale

Se l'assemblea generale non dà seguito alla proposta di promozione dell'azione, giusta il capoverso 1 gli azionisti possono chiedere al giudice di autorizzare la promozione dell'azione a spese della società. La facoltà di chiedere al giudice di autorizzare la promozione dell'azione non è riservata agli azionisti che hanno presentato la proposta all'assemblea generale secondo l'articolo 697j, ma è data anche a un altro azionista o gruppo di azionisti la cui partecipazione raggiunge i valori soglia.

Il giudice accoglie la richiesta se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni di cui al capoverso 2:

- il richiedente rende verosimile una violazione della legge o dello statuto e un danno o altro svantaggio finanziario patito dalla società (lett. a);
- il richiedente ha acquisito la sua partecipazione prima della presunta violazione (lett. b); e
- l'azione non deve essere in contrasto con interessi preponderanti della società (lett. c).

Il caso di cui al capoverso 2 lettera c si verifica quando il richiedente rende sì verosimile il danno o lo svantaggio finanziario patito in seguito alla violazione della legge o dello statuto, ma la promozione dell'azione non è nell'interesse della società, perché, ad esempio, il convenuto, violando il suo obbligo ha causato alla società soltanto un danno di entità minima o perché il debitore non è manifestamente in grado di soddisfare le pretese della società oppure perché il prospettato risarcimento del danno non riuscirebbe a compensare le ripercussioni negative di un processo sulla società (soprattutto sulla sua attività). Sempre secondo la lettera c l'autorizzazione di promuovere l'azione può essere rifiutata anche se è manifesto che il richiedente agisce in maniera abusiva per procacciarsi un vantaggio indebito.

La procedura sommaria è applicabile (cfr. art. 250 lett. c n. 14 AP CPC). La domanda di autorizzare la promozione dell'azione è diretta contro la società, la quale è in linea di principio rappresentata dal consiglio d'amministrazione e sentita in qualità di parte. L'avamprogetto rinuncia a introdurre disposizioni specifiche sulla ripartizione delle spese della domanda di autorizzazione. Si applicano pertanto le norme generali del Codice di procedura civile<sup>302</sup> (art. 104 segg. CPC). Gli azionisti che chiedono l'autorizzazione di promuovere l'azione, corrono quindi il rischio di doversi assumere le spese della procedura sommaria nel caso in cui la loro richiesta fosse respinta (art. 106 cpv. 1 CPC). Ciò fatta salva una ripartizione secondo equità giusta l'articolo 107 CPC, segnatamente perché gli azionisti richiedenti avevano in buona fede motivo di agire in giudizio (lett. b) o perché altre circostanze speciali giustificano una deroga (lett. f). Questo rischio finanziario contribuisce altresì a

302 RS 272

tutelare la società da azioni abusive. Sotto il profilo finanziario, per gli azionisti di minoranza detto rischio rappresenta il rovescio della medaglia dei vantaggi del nuovo istituto giuridico. Questo rischio finanziario non appare sproporzionato, in considerazione della procedura sommaria e del valore litigioso della procedura, che non corrisponde al danno invocato nell'azione di responsabilità, ma unicamente all'interesse pecuniario degli azionisti che hanno chiesto che la conduzione del processo sia a carico della società<sup>303</sup>.

In linea di principio, l'intervento degli azionisti è sussidiario rispetto a quello della società. Secondo il capoverso 3, se la società dichiara che promuoverà l'azione in vece degli azionisti, il giudice le impartisce un termine di sei mesi, con la comminatoria di accogliere la richiesta degli azionisti se il termine scade inutilizzato. Se la richiesta è accolta, il capoverso 4 conferisce ai richiedenti un termine di sei mesi per promuovere l'azione.

Giusta il capoverso 5, il giudice può prorogare adeguatamente i termini per promuovere l'azione (cpv. 3 o 4). Nel caso di una richiesta di proroga del termine secondo il capoverso 3, il giudice deve verificare se la società è rimasta inattiva nonostante la decisione positiva dell'assemblea generale (cfr. art. 697l cpv. 3).

Secondo il capoverso 6, il giudice può, su richiesta, obbligare la società a versare un anticipo delle spese o una cauzione a favore dei richiedenti, affinché questi ultimi possano finanziare, oltre che un'adeguata rappresentanza legale, la procedura di merito.

Giusta il capoverso 7, eccettuati i casi di malafede o temerarietà processuali, la società si fa carico delle spese legate alla procedura decisionale, compresi eventuali anticipi o cauzioni, e di tutte le spese per garantire un'adeguata rappresentanza legale dell'attore.

## **2.1.25 Clausola arbitrale statutaria**

*Art. 697l* Tribunale arbitrale

L'avamprogetto intende, come il disegno 2007 e già il diritto della società anonima del 1991, rafforzare la tutela dei soci minoritari e migliorare l'applicazione del diritto della società anonima. A tal fine, il contributo dei tribunali arbitrali può essere importante, poiché questi ultimi hanno il vantaggio di essere confidenziali, di disporre di giudici specializzati e, di norma, di garantire una risoluzione rapida delle controversie. Tutte queste qualità sono particolarmente importanti per le controversie societarie e quindi, di norma, relative alle imprese. In Germania e in Austria numerose controversie societarie sono risolte da tribunali arbitrali.

In Svizzera, invece, la situazione è diversa. Un motivo importante alla base di questa differenza è che nel nostro Paese l'ammissibilità di clausole arbitrali statutarie è controversa. Mentre la dottrina sull'arbitrato e anche i tribunali sono prevalentemente a favore di queste clausole, il diritto della società anonima oppone a queste clausole il divieto d'imporre obblighi supplementari (art. 620 cpv. 2, 680 cpv. 1 CO) e il divieto di limitare i diritti di proporre azione dell'azionista (art. 706b n. 1 CO); semmai dette clausole sarebbero efficaci soltanto con il consenso di tutti gli azioni-

<sup>303</sup> DTF 123 III 261 consid. 4.

sti<sup>304</sup>. Per questo motivo, oggi gli statuti delle società anonime non prevedono praticamente alcuna clausola arbitrale.

Per migliorare l'applicazione del diritto della società anonima, l'avamprogetto vuole creare una chiara base legale per le clausole arbitrarie statutarie. Secondo il capoverso 1 lo statuto può prevedere una clausola arbitrale (per. 1); una simile clausola non contraddice il diritto imperativo della società anonima e, per essere valida sotto il profilo formale, deve essere prevista nello statuto. Lo statuto deve anche stabilire chi è vincolato dalla clausola; vi sono ad esempio assoggettate tutte le controversie societarie tra gli azionisti, tra gli azionisti e la società e tra la società e i suoi organi (per. 2). Una clausola arbitrale così esaustiva indica agli azionisti esistenti che la società rinuncia ai tribunali statali e consente ai nuovi azionisti di apprendere dallo statuto che le controversie societarie sono risolte da un tribunale arbitrale<sup>305</sup>. Con l'acquisizione della qualità di azionista, i nuovi azionisti sono assoggettati alla clausola arbitrale *ipso iure*; non è prevista un'esigenza di approvazione o di forma supplementare. Lo statuto può tuttavia prevedere che la clausola arbitrale si applichi soltanto alle controversie tra la società e gli organi, per far valere, ad esempio, pretese in materia di responsabilità.

Al procedimento arbitrale si applicano le prescrizioni sull'arbitrato del Codice di procedura civile (cpv. 2, per. 1). Ciò garantisce che la procedura d'arbitrato applicabile soddisfa i requisiti legalitari posti a un tribunale. Lo statuto può disciplinare i dettagli del procedimento arbitrale, definendo ad esempio i diritti degli azionisti o degli organi che partecipano alla procedura senza avere qualità di parte. Lo statuto non può per contro limitare i diritti di terzi nel procedimento arbitrale (art. 376 CPC<sup>306</sup>); i dettagli del procedimento arbitrale devono essere disciplinati nello statuto nel rispetto delle prescrizioni del Codice di procedura civile (per. 2).

Nel caso delle azioni promosse nei confronti di tutti gli azionisti (come segnatamente l'azione di contestazione secondo l'art. 706 cpv. 5 CO), la clausola arbitraria statutaria implica che può essere emesso un lodo con effetto nei confronti di tutti gli azionisti nonostante le parti al processo fossero soltanto l'azionista che ha promosso l'azione e la società. Per questo motivo, secondo il capoverso 3 va previsto, come è il caso in Germania<sup>307</sup>, che il consiglio d'amministrazione comunichi agli azionisti l'avvio di un tale procedimento arbitrale (cfr. art. 626 cpv. 1 n. 7) informandoli sui loro diritti (secondo il CPC ed eventualmente lo statuto). Non è per contro necessario che gli azionisti coinvolti nel processo senza avere qualità di parte, partecipino alla designazione del tribunale arbitrale, giacché il Codice di procedura civile offre sufficienti garanzie per l'indipendenza del tribunale arbitrale.

Visto che gli azionisti, prevedendo una clausola arbitrale statutaria, rinunciano ai tribunali statali, l'introduzione di una siffatta disposizione statutaria richiede una deliberazione a maggioranza qualificata (cfr. art. 704 cpv. 1 n. 13).

<sup>304</sup> Cfr. riguardo alla situazione giuridica MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011/1, pag. 20 segg.

<sup>305</sup> L'art. 45 ORC deve prevedere che l'iscrizione nel registro di commercio rimandi alla clausola arbitrale statutaria (analogamente al rinvio alla limitazione della trasmissibilità delle azioni).

<sup>306</sup> RS 272

<sup>307</sup> Cfr. CHRISTIAN BORRIS, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Klagen in der Aktiengesellschaft, NZG 2010, pag. 481 segg.

## 2.1.26 Poteri inalienabili dell'assemblea generale

*Art. 698 cpv. 2 n. 5–8, cpv. 3* Poteri

Il nuovo numero 5 puntualizza che, per poter versare acconti sui dividendi (art. 675a) anche il bilancio intermedio necessita dell'approvazione dell'assemblea generale.

Il nuovo numero 6 è un necessario adeguamento del diritto della società anonima alla riforma II dell'imposizione delle imprese, che ha reso attrattivo dal punto di vista fiscale rimborsare agli azionisti le riserve da capitale. Esso prescrive che l'assemblea generale deve rendere la deliberazione sull'impiego delle riserve di capitale (in particolare dell'aggio, cfr. art. 671 cpv. 1 n. 1 e cpv. 2 n. 4) separatamente dalla deliberazione sul versamento di dividendi (ovvero dal versamento degli utili della società).

Il numero 7 corrisponde all'attuale numero 5 e il numero 8 all'attuale numero 6.

Il capoverso 3 riprende nel diritto della società anonima l'articolo 2 OReSA<sup>308</sup> o le disposizioni dell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.<sup>309</sup>.

## 2.1.27 Convocazione dell'assemblea generale e iscrizione degli oggetti all'ordine del giorno

*Art. 699* Convocazione e svolgimento dell'assemblea generale; genere della convocazione

Il capoverso 1 resta immutato. Il capoverso 2 subisce adeguamenti di carattere redazionale e verte ora soltanto sull'esecuzione dell'assemblea generale ordinaria annuale.

Come per la verifica speciale (cfr. art. 697d), l'avamprogetto prevede una riduzione delle soglie determinanti per le società le cui azioni sono quotate in borsa. Ci si propone in tal modo di migliorare la posizione degli azionisti, rafforzando il governo d'impresa. Nelle società di grandi dimensioni, lo svolgimento dell'assemblea generale ingenera nondimeno costi elevati. A differenza del diritto di chiedere l'istituzione di una verifica speciale, il diritto di convocare l'assemblea generale non è inoltre subordinato a condizioni materiali. La soglia prevista per l'esercizio del diritto di convocare l'assemblea non deve pertanto essere troppo bassa.

Nelle società quotate in borsa, possono chiedere la convocazione dell'assemblea generale gli azionisti che insieme dispongono almeno del 3 per cento del capitale azionario (cpv. 3 n. 1); nelle società cui azioni non sono quotate in borsa la soglia è invece fissata al 10 per cento del capitale azionario (n. 2), in modo da tenere conto della realtà delle piccole e medie imprese. Sia per le società quotate che in quelle non quotate è ora prevista una soglia alternativa secondo cui il diritto di convocare l'assemblea è subordinato alla percentuale di voti detenuta (la percentuale resta peraltro invariata: 3 e 10 per cento); in tal modo si garantisce una maggiore protezione ai titolari di azioni con diritto di voto privilegiato.

<sup>308</sup> RS 221.331

<sup>309</sup> RS 101

Il capoverso 4 è stato adeguato sotto il profilo linguistico; corrisponde all'articolo 699 capoverso 3 terzo periodo CO.

Il capoverso 5 dispone che il consiglio d'amministrazione convochi l'assemblea generale straordinaria entro 60 giorni. La norma attuale, che prevede la convocazione entro un congruo termine, manca della concretezza necessaria a garantire l'applicazione del diritto di convocare l'assemblea. Il termine decorre dal ricevimento della domanda di convocazione dell'assemblea generale ed è ritenuto osservato se il consiglio d'amministrazione invia gli inviti all'assemblea entro 60 giorni. Se il consiglio d'amministrazione non dà seguito alla domanda, la convocazione è ordinata, come finora, dal giudice che decide in merito all'istanza nell'ambito della procedura sommaria (art. 250 lett. c n. 9 AP CPC).

#### *Art. 699a* Iscrizione di oggetti all'ordine del giorno e diritto di proposta

Le soglie previste per l'iscrizione di oggetti all'ordine del giorno sono state notevolmente abbassate. Poiché, a differenza della convocazione dell'assemblea generale o dell'istituzione di una verifica speciale, l'inserimento di un oggetto supplementare nell'ordine del giorno comporta spese nettamente più modeste, l'avamprogetto subordina l'esercizio di questo diritto a condizioni meno severe di quelle previste per i due diritti summenzionati (cfr. art. 697d cpv. 1, 699 cpv. 3). Va inoltre sottolineato che anche gli altri Paesi prevedono soglie piuttosto basse per l'esercizio del diritto di far iscrivere oggetti all'ordine del giorno (in Gran Bretagna, p. es., tale diritto è riconosciuto a 100 azionisti, a prescindere dall'entità delle loro partecipazioni).

È nondimeno emersa la necessità di differenziare le soglie previste per le società quotate da quelle applicabili alle società non quotate, onde tenere conto della diversa struttura dell'azionariato. Secondo l'avamprogetto, nelle società quotate in borsa, possono chiedere l'iscrizione di oggetti all'ordine del giorno gli azionisti che insieme dispongono almeno dello 0,25 per cento del capitale azionario o dei voti. Nelle società non quotate, sono invece necessari il 2,5 per cento del capitale azionario o dei voti (cpv. 1 n. 1 e 2).

Alle stesse condizioni, gli azionisti possono chiedere di inserire nella convocazione all'assemblea generale proposte concernenti gli oggetti iscritti all'ordine del giorno (cpv. 2).

Il capoverso 3 esplicita che gli azionisti possono corredare di una breve motivazione le richieste di iscrivere oggetti all'ordine del giorno o le proposte e che detta motivazione deve figurare nella convocazione all'assemblea generale.

Lo statuto può prevedere soglie più basse (ma non più alte) di quelle previste dalla legge per l'esercizio dei diritti degli azionisti.

Secondo il capoverso 4, lo statuto indica fino a quale momento gli azionisti possono presentare le domande secondo i capoversi 1 e 2 (p. es. entro due mesi dalla fine dell'esercizio o entro due settimane dalla comunicazione del consiglio d'amministrazione). Se nel caso d'applicazione concreto, il diritto di far iscrivere oggetti all'ordine del giorno e il diritto di proposta vengono limitati o resi impossibili, le deliberazioni dell'assemblea generale in questione sono contestabili.

Se il consiglio d'amministrazione respinge la domanda d'iscrizione all'ordine del giorno o l'inserimento di una proposta nella convocazione, secondo il capoverso 5 l'azionista può rivolgersi al giudice (il diritto vigente già prevede questa possibilità). Il giudice decide in procedura sommaria (cfr. art. 250 lett. c n. 9 AP CPC). Non è necessario fissare un termine, come è il caso nell'articolo 699 capoverso 5, dato che al più tardi alla ricezione della convocazione è possibile appurare se l'oggetto in questione figura all'ordine del giorno.

Il capoverso 6 puntualizza che nel corso dell'assemblea ciascun azionista può presentare proposte relative agli oggetti iscritti all'ordine del giorno. Tale norma corrisponde alla prassi corrente. Le proposte non concernenti oggetti iscritti all'ordine del giorno che possono essere presentate nel corso dell'assemblea sono quelle previste dall'articolo 703 capoverso 1.

#### *Art. 700*      Forma, contenuto e comunicazione della convocazione

Finora la convocazione dell'assemblea generale doveva farsi nella forma prescritta dallo statuto, almeno 20 giorni prima di quello fissato per l'adunanza (art. 700 cpv. 1 CO). Il termine attuale è considerato troppo breve soprattutto per quanto riguarda l'assemblea generale ordinaria<sup>310</sup>. Il capoverso 1 prevede ora un termine di 30 giorni per l'assemblea generale ordinaria e mantiene il termine di 20 giorni per l'assemblea generale straordinaria. Il termine imperativamente prescritto dalla legge per la convocazione dell'assemblea generale straordinaria non può essere troppo lungo, dato che spesso la necessità di agire è urgente.

Il capoverso 2 precisa il contenuto della convocazione. La struttura della disposizione viene modificata per renderla più comprensibile. Devono essere comunicati tutti gli oggetti all'ordine del giorno (n. 1; cfr. art. 703 cpv. 1). I temi delle trattative non oggetto di deliberazione non devono per forza essere comunicati in anticipo (quest'evidenza, che si ritrova nel vigente art. 700 cpv. 4 CO, è stata soppressa nell'avamprogetto; non ne risulta tuttavia una modifica materiale). La convocazione deve inoltre indicare sia le proposte del consiglio d'amministrazione che quelle degli azionisti. Nelle società le cui azioni sono quotate in borsa, il consiglio d'amministrazione deve motivare brevemente le sue proposte (n. 2). In tutte le società gli azionisti hanno il diritto di esigere dal consiglio d'amministrazione che corredi la convocazione di una breve motivazione relative alle loro proposte (n. 3; cfr. art. 699a cpv. 3). Le società quotate in borsa devono poi indicare nella convocazione il nome e il recapito del rappresentante indipendente nonché la quota percentuale delle azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni rispetto al capitale azionario (n. 4). Si intende in tal modo rendere più trasparenti i voti rappresentati in seno all'assemblea.

Secondo il capoverso 3, il consiglio d'amministrazione deve provvedere a che gli oggetti all'ordine del giorno rispettino il principio dell'unità della materia. Gli azionisti devono poter esercitare il loro diritto di voto in modo mirato e non falsato, come i cittadini in occasione delle modifiche costituzionali (art. 139 cpv. 3, 194 cpv. 2 Cost.<sup>311</sup>). Soltanto perché occorre attuare nuove prescrizioni vincolanti, ad esempio l'ORESA<sup>312</sup>, non significa che sia data una correlazione stretta. Con il

<sup>310</sup> Cfr. KARIM MAIZAR, *Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften*, Zurigo 2012, pag. 358 segg.

<sup>311</sup> RS 101

<sup>312</sup> RS 221.331

capoverso 3 l'avamprogetto non vuole tuttavia che nell'assemblea generale si crei confusione attorno a ogni singola disposizione statutaria. Un oggetto all'ordine del giorno deve tuttavia trattare un unico contenuto formato da aspetti strettamente correlati fra loro (p. es. tutte le disposizioni statutarie sul comitato di retribuzione o tutte le disposizioni statutarie sul voto sulle retribuzioni)<sup>313</sup>. Se è violato il principio dell'unità della materia, la relativa deliberazione può essere contestata (art. 706 cpv. 2 n. 1 e 2 CO). Durante l'assemblea generale ciascun azionista ha il diritto di chiedere il trattamento separato di oggetti (parziali) all'ordine del giorno che presentano un contenuto diverso (cfr. art. 699a cpv. 6). L'unità della materia è particolarmente importante in occasione delle votazioni sulle modifiche degli statuti. Occorre di fatto evitare che l'assemblea generale debba statuire su oggetti dal contenuto diverso raccolti in un unico pacchetto. Vi è violazione del principio dell'unità della materia ad esempio se all'ordine del giorno è stato iscritto un solo oggetto per l'adeguamento dello statuto a nuove prescrizioni di legge imperative. In questo caso infatti non è più possibile procedere a una revisione totale degli statuti in un'unica votazione (a meno che non si tratti di un adeguamento formale che non comporta modifiche materiali delle norme).

Il capoverso 3 prevede inoltre l'obbligo per il consiglio d'amministrazione di presentare agli azionisti tutte le informazioni rilevanti ai fini delle deliberazioni.

Giusta il capoverso 4 nella convocazione il consiglio d'amministrazione può presentare sommariamente gli oggetti all'ordine del giorno se mette a disposizione degli azionisti per via elettronica informazioni complementari. Lo scopo è di evitare un onere amministrativo eccessivo, ad esempio nel caso di una revisione esaustiva dello statuto.

Il capoverso 5 precisa che lo statuto disciplina gli ulteriori dettagli sulla forma, il contenuto e la comunicazione della convocazione.

*Art. 701 cpv. 2* Riunione di tutti gli azionisti

Il capoverso 2 è adeguato alla possibilità d'impiegare mezzi di comunicazione elettronici (cfr. art. 701c segg.). Sostituendo «sono presenti» con «partecipano» si sottolinea che l'azionista non deve per forza partecipare fisicamente alla riunione di tutti gli azionisti. È quindi ad esempio ammessa anche una riunione di tutti gli azionisti virtuale (art. 701d).

## **2.1.28** **Luogo di riunione dell'assemblea generale**

*Art. 701a, art. 701b* Luogo di riunione (estero)

Il diritto svizzero della società anonima non prevede disposizioni sul luogo di riunione dell'assemblea generale. L'avamprogetto colma questa lacuna.

Sempre che lo statuto non disponga altrimenti, spetta al consiglio d'amministrazione stabilire il luogo in cui si svolge l'assemblea generale (art. 701a cpv. 1). Non si può tuttavia scegliere una località che scoraggerebbe buona parte degli azionisti dal

<sup>313</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 12 N 100d.

partecipare all'assemblea. Il principio secondo cui un diritto deve essere esercitato con riguardo si applica anche alla scelta del luogo di riunione e se non è rispettato le deliberazioni dell'assemblea sono perlomeno contestabili (art. 706 cpv. 2 n. 1 e 2 CO). È ad esempio vietato anche prevedere che l'assemblea si svolga in una lingua sconosciuta alla maggioranza degli azionisti.

L'assemblea generale può tenersi simultaneamente in più luoghi, a condizione che gli interventi dei partecipanti vengano trasmessi in diretta audiovisiva (art. 701a cpv. 2). Se lo statuto non dispone altrimenti, il consiglio d'amministrazione designa il luogo di riunione principale, dove deve trovarsi chi dirige l'assemblea. In tale luogo devono essere presenti anche l'ufficio di revisione o il revisore abilitato o il perito revisore abilitato, e se del caso, la persona incaricata di registrare con atto pubblico le deliberazioni (art. 701a cpv. 3 n. 1–3). Nel luogo di riunione principale il verbale è tenuto secondo l'articolo 702 (art. 701a cpv. 3 n. 4). Benché vi siano più luoghi di riunione, a livello formale esiste una sola assemblea generale.

L'assemblea generale può svolgersi all'estero se lo statuto lo prevede<sup>314</sup> e se è stato designato un rappresentante indipendente (art. 701b cpv. 1). Per le società quotate in borsa ciò risulta già dall'articolo 689c. Nelle società le cui azioni non sono quotate in borsa si può rinunciare a designare un rappresentante indipendente sempre che tutti gli azionisti acconsentano a riunirsi all'estero (art. 701b cpv. 2). Se lo statuto non prevede disposizioni al riguardo, spetta al consiglio d'amministrazione stabilire le modalità di espressione del consenso degli azionisti (art. 701b cpv. 2). Può prevedere che la mancata risposta entro un termine adeguato equivale alla rinuncia alla designazione di un rappresentante indipendente (cfr. art. 727a cpv. 3 CO).

È anche ammesso lo svolgimento dell'assemblea generale in svariati luoghi di riunione esteri o in più luoghi di riunione in Svizzera e all'estero. In simili casi si applicano le disposizioni dell'articolo 701a capoversi 2 e 3. Queste disposizioni si applicano anche nel caso in cui il luogo di riunione principale sia all'estero.

Se una disposizione statutaria consente lo svolgimento dell'assemblea generale all'estero, le deliberazioni dell'assemblea generale sono nulle se è stato scelto un luogo di riunione che sopprime o limita di fatto il diritto degli azionisti di prendere parte all'assemblea (art. 706b n. 1 e 2 CO).

Alle deliberazioni che richiedono l'atto pubblico di un'assemblea generale che si tiene all'estero, si applica il nuovo articolo 25 dell'ORC<sup>315</sup>.

## 2.1.29 Impiego di mezzi di comunicazione elettronici

*Art. 701c* Esercizio dei diritti dell'azionista

L'articolo 701c crea la base legale che permette agli azionisti di esercitare il loro diritto di voto anche per via elettronica (*direct voting*) nell'ambito di un'assemblea generale che si svolge in almeno un luogo di riunione fisico. Lo statuto deve sancire almeno i principi.

<sup>314</sup> La disposizione statutaria sullo svolgimento dell'assemblea in una località estera dev'essere adottata a maggioranza qualificata (art. 704 cpv. 1 n. 10).

<sup>315</sup> RS 221.411

L'avamprogetto non prevede tuttavia l'obbligo d'introdurre il *direct voting*. Il consiglio d'amministrazione o gli azionisti decidono se l'utilità del *direct voting* prevale sui costi e sugli eventuali problemi d'implementazione.

Per quanto riguarda l'*indirect voting* attraverso il rappresentante indipendente, si rimanda all'articolo 689c capoverso 7.

#### *Art. 701d* Assemblea generale virtuale

Secondo il capoverso 1, l'assemblea generale può tenersi anche senza luogo di riunione fisico (cfr. art. 701a–c.). L'assemblea generale virtuale è ammessa se lo prevede lo statuto e se è designato un rappresentante indipendente (cfr. art. 689c seg.). La deliberazione sulla base statutaria dell'assemblea generale virtuale richiede la maggioranza qualificata secondo l'articolo 704 capoverso 1 numero 10, poiché, dal punto di vista fisico, il principio dell'immediatezza è soppresso.

L'obbligo di designare un rappresentante indipendente serve in particolare a evitare che gli azionisti siano costretti a impiegare mezzi di comunicazione elettronici anche nell'ambito dell'assemblea generale virtuale. Essi possono conferire al rappresentante indipendente la procura e le istruzioni anche in forma cartacea affinché possa esercitare i relativi diritti dell'azionista nel quadro dell'assemblea generale virtuale.

Contrariamente al disegno 2007<sup>316</sup>, l'assemblea generale virtuale è ammessa anche quando le deliberazioni da prendere richiedono l'atto pubblico. È tuttavia ipotizzabile che la normativa cantonale sugli atti pubblici – in virtù dell'articolo 55 del titolo finale del CC<sup>317</sup> – non ammetta, ad esempio un'assemblea generale virtuale costitutiva o la stesura di un atto pubblico che attesta dichiarazioni di volontà fra assenti. Per quanto concerne l'atto pubblico che attesta dei fatti – che è la norma nell'ambito delle deliberazioni dell'assemblea generale – non sussistono motivi oggettivi per vietare che sia steso in un'assemblea generale virtuale, nemmeno se l'atto pubblico è obbligatorio. Di fatto, il diritto vigente ammette già la stesura con atto pubblico di votazioni per corrispondenza e di decisioni per circolazione degli atti<sup>318</sup>.

Secondo il capoverso 2 nelle società le cui azioni non sono quotate in borsa si può rinunciare a designare un rappresentante indipendente sempre che tutti gli azionisti acconsentano allo svolgimento dell'assemblea generale virtuale. Se lo statuto non prevede disposizioni al riguardo, il consiglio d'amministrazione stabilisce le modalità di espressione del consenso degli azionisti (cfr. art. 701b).

#### *Art. 701e* Condizioni per l'impiego di mezzi di comunicazione elettronici

Questa disposizione definisce le condizioni cui è subordinato l'impiego di mezzi di comunicazione elettronici per lo svolgimento dell'assemblea generale per l'esercizio dei diritti dell'azionista (art. 701c) e per lo svolgimento dell'assemblea generale virtuale (art. 701d).

<sup>316</sup> Messaggio del 21. dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF 2008 1321, 1410.

<sup>317</sup> RS 210

<sup>318</sup> Cfr. CHRISTIAN BRÜCKNER, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkularbeschlüssen, vol. 94 (1998), n. 2, pag. 33 segg.

In virtù del principio dell'immediatezza, gli azionisti devono potersi formare un'opinione basandosi anche sugli interventi del consiglio d'amministrazione e degli altri azionisti (cpv. 2 n. 2 e 3). Occorre pertanto garantire che ogni partecipante possa presentare proposte e prendere parte all'assemblea. Il consiglio d'amministrazione deve assicurare che l'identità dei partecipanti sia inequivocabilmente accertata (cpv. 2 n. 1) e che il risultato delle votazioni non possa essere falsato (cpv. 2 n. 4). In virtù del principio secondo cui un diritto deve essere esercitato con riguardo, il consiglio d'amministrazione, nell'impiego di mezzi di comunicazione elettronici, deve tenere conto dei sistemi di gestione vecchi ma ancora ampiamente diffusi e garantire la compatibilità con Apple e PC. L'azionista con capacità tecniche ed equipaggiamento nella media deve poter impiegare i propri mezzi di comunicazione elettronici.

Il consiglio d'amministrazione deve anche tenere conto degli sviluppi tecnici. È quindi ipotizzabile che, a seconda della diffusione di un apparecchio tecnico (attualmente p. es. il *tablet*) o di un software, debba adeguare i mezzi di comunicazione elettronici (p. es. mettendo a disposizione l'applicazione del caso).

#### *Art. 701f* Problemi tecnici della società

Se sono insorti problemi tecnici nella società, il consiglio d'amministrazione deve ripetere comunque la votazione o l'elezione. Non può esimersi da questo obbligo nemmeno nel caso in cui possa dimostrare che i problemi tecnici non hanno minimamente influito sull'esito della votazione o dell'elezione. Gli azionisti hanno il diritto irrinunciabile a che le votazioni e le elezioni sugli oggetti all'ordine del giorno vengano svolte in maniera formalmente corretta.

Secondo il capoverso 1, l'assemblea generale va riconvocata in un secondo tempo quando non può svolgersi nella forma prescritta dalla legge o dallo statuto a causa di problemi tecnici della società. In tal caso non occorre osservare il termine previsto dall'articolo 700 capoverso 1 per la convocazione dell'assemblea: è sufficiente che la data dell'assemblea venga stabilita in modo tale da non escludere a priori la partecipazione della maggioranza degli azionisti. Se l'ordine del giorno iniziale è adeguato o integrato vanno rispettate le disposizioni legali e statutarie sulla convocazione, visto che si tratta *de facto* di una nuova convocazione. S'intende così evitare che le severe prescrizioni sulla convocazione siano eluse invocando presunti problemi tecnici allo scopo di aggiungere nuovi oggetti all'ordine del giorno.

Non sono considerati problemi tecnici della società, le difficoltà degli azionisti con le loro imprese di telecomunicazione. Se, tuttavia, un'importante impresa di telecomunicazione, di cui buona parte degli azionisti è cliente, ha problemi di notevole entità, il consiglio d'amministrazione non può ignorare queste difficoltà, ma deve interrompere per un breve periodo l'assemblea generale o convocarla in un secondo tempo. I problemi con il proprio hardware e con i software generali, in particolare il browser impiegato, rientrano nella sfera di responsabilità degli azionisti.

Secondo il capoverso 2 gli oggetti trattati prima dell'insorgere dei problemi tecnici non devono essere nuovamente iscritti all'ordine del giorno ed essere oggetto di una nuova deliberazione. Le deliberazioni prese prima dell'insorgere dei problemi tecnici restano valide fatte salve altre condizioni (p. es. il rispetto di un quorum qualificato).

Secondo l'articolo 701g il consiglio d'amministrazione delle società le cui azioni sono quotate in borsa mette a disposizione degli azionisti un forum elettronico (di seguito: forum) nel periodo che intercorre dalla convocazione dell'assemblea generale ordinaria o dell'assemblea generale straordinaria (cfr. art. 700 cpv. 1) fino a due giorni prima del suo svolgimento. S'intende così migliorare le possibilità di comunicazione tra gli azionisti *prima* dell'assemblea generale, oggi considerate insoddisfacenti<sup>319</sup>, e facilitare la comunicazione tra gli azionisti e il consiglio d'amministrazione, il quale non è tuttavia obbligato dall'articolo 701g né ad aprire il libro delle azioni né a implementare il forum sull'arco di tutto l'anno.

Secondo il capoverso 2, il forum permette agli azionisti in particolare di discutere l'ordine del giorno e le proposte avanzate in sede di assemblea generale. La comunicazione tra gli azionisti deve essere possibile (p. es. in una *chat room*), altrimenti non si tratterebbe di un forum per discutere l'ordine del giorno e le proposte<sup>320</sup>. Gli azionisti devono potersi esprimere anche in merito a tematiche che, pur non essendo iscritte all'ordine del giorno, sono rilevanti per la società. Devono inoltre poter formulare raccomandazioni di voto<sup>321</sup>. Le operazioni effettuate d'intesa o come gruppi organizzati sono rette dall'articolo 10 dell'ordinanza del 25 ottobre 2008<sup>322</sup> dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari sulle borse e il commercio di valori mobiliari (Ordinanza FINMA sulle borse, OBVM-FINMA). Per quanto riguarda il forum è decisivo stabilire se il diritto di voto viene esercitato liberamente da ciascun azionista o se viene esercitato in gruppo in seguito a un'intesa strutturale<sup>323</sup>.

Giusta il capoverso 3, il consiglio d'amministrazione può partecipare attivamente al forum e riprenderne le idee, le osservazioni, i punti di critica e altri aspetti in sede di assemblea generale. La sua partecipazione deve rispettare il principio dell'oggettività e l'obbligo della parità di trattamento degli azionisti. Deve difendere la sua posizione con la necessaria diligenza (art. 717 CO). Il consiglio d'amministrazione non deve strumentalizzare le persone facendo sì che intervengano nel forum sotto il proprio nome, ma a favore del consiglio d'amministrazione. Non può inoltre acquistare voti, il che non violerebbe soltanto i suoi obblighi di diligenza, ma pure i buoni costumi (art. 19 cpv. 2 CO).

Secondo il capoverso 4 la partecipazione al forum non può avvenire in forma anonima. Il consiglio d'amministrazione deve provvedere a che gli altri partecipanti possano identificare gli azionisti (p. es. al momento del login nella chat room).

<sup>319</sup> Cfr. KARIM MAIZAR, Die Willensbildung und Beschlussfassung der Aktionäre in schweizerischen Publikumsgesellschaften, Zurigo 2012, pag. 374 segg.; PETER FORSTMOSER/HERBERT WOHLMANN/KARL HOFSTETTER, Stärkung der Aktionärsdemokratie durch das Internet, in: NZZ del 3. apr. 2012, n. 79, pag. 29.

<sup>320</sup> Secondo Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim 2003.

<sup>321</sup> Cfr. riguardo alle agevolazioni degli obblighi dell'organo preposto alla pubblicazione: organo preposto alla pubblicazione della SIX Swiss Exchange SA, Empfehlung V-02-10 Gruppenbegriff und indirektes Halten im Zusammenhang mit Abstimmungsempfehlungen, pag. 124 segg., in: relazione annuale 2010.

<sup>322</sup> RS 954.193

<sup>323</sup> Cfr. ROLF H. WEBER, art. 20 N 91, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (ed.), Basler Kommentar Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, Basilea 2011; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 7 N 70 segg.

Secondo il capoverso 5 il consiglio d'amministrazione disciplina i dettagli, in particolare l'accesso al forum e il mantenimento della sua funzionalità. Un azionista con capacità tecniche ed equipaggiamento nella media deve poter partecipare al forum collegandosi a Internet. Il consiglio d'amministrazione deve anche provvedere a che il forum sia strutturato in maniera adeguata e contenga le informazioni suscettibili di semplificare la discussione sugli oggetti complessi (p. es. il link alla relazione sulle retribuzioni, al conto annuale o al *curriculum vitae* di un candidato alle elezioni). Ai fini dell'oggettività, può ad esempio anche eliminare dal forum dichiarazioni che costituiscono una manifesta lesione della personalità, sempreché sia rispettato il principio secondo cui un diritto deve essere esercitato con riguardo. Gli azionisti devono poter accedere alle norme del consiglio d'amministrazione nel forum elettronico.

Anche le società non quotate possono prevedere un forum. L'istituzione di questo servizio è consigliato soprattutto in presenza di un azionariato molto frammentato.

La decisione di estendere il termine di convocazione dell'assemblea generale ordinaria annuale da 20 a 30 giorni è stata presa anche nell'interesse del forum. Soprattutto in vista dell'assemblea generale ordinaria annuale, il vigente termine di convocazione di 20 giorni prima di quello fissato per l'adunanza, è da considerarsi troppo breve per consentire agli azionisti di formarsi efficacemente un'opinione, e ciò anche in presenza un forum (cfr. art. 700 cpv. 1).

### **2.1.30 Svolgimento dell'assemblea generale**

*Art. 702 cpv. 2 – 4*                      Misure preparatorie; processo verbale

L'articolo 702 capoverso 2 precisa il contenuto del verbale dell'assemblea generale.

Il numero 1 viene adeguato alle nuove regole in materia di rappresentanza (cfr. art. 689 segg.).

Se l'assemblea generale si svolge simultaneamente in più luoghi (cfr. art. 701a), il protocollo deve indicare il luogo di riunione principale (n. 2).

Il protocollo deve constatare anche le deliberazioni e i risultati dei voti, con indicazione della ripartizione esatta dei voti (n. 3).

Il numero 4 precisa che le domande di raggugli e le relative risposte devono figurare nel processo verbale soltanto se sono state trattate nel corso dell'assemblea. Le domande scritte di raggugli di cui all'articolo 697 capoverso 2 non devono invece essere messe a verbale.

Ulteriori modifiche sono riconducibili all'impiego di mezzi di comunicazione elettronici per lo svolgimento dell'assemblea generale (cfr. art. 701c segg.). Il processo verbale deve ad esempio contenere informazioni circa l'impiego di mezzi di comunicazione elettronici, il numero dei voti emessi per via elettronica e l'insorgere di problemi tecnici durante l'assemblea (n. 6 e 8).

Se nelle società non quotate in borsa è scelto un luogo di riunione estero (art. 701b) o se viene svolta un'assemblea generale virtuale (cfr. art. 701d), in caso di rinuncia a un rappresentante indipendente, il protocollo deve indicare che tutti gli azionisti vi hanno acconsentito (n. 7).

Anche il diritto degli azionisti di prendere visione del processo verbale dell'assemblea va adeguato all'evoluzione della tecnica: secondo il capoverso 3, entro 20 giorni dallo svolgimento dell'assemblea generale, gli azionisti devono poter consultare per via elettronica il verbale o riceverne su richiesta una copia gratuita. All'occorrenza il verbale può essere anche spedito via e-mail. Le spese di spedizione sono a carico della società. Giusta il capoverso 4, nelle società le cui azioni sono quotate in borsa, le deliberazioni e i risultati delle nomine con indicazione esatta dei dati inerenti al voto (cfr. cpv. 2 n. 3) devono essere resi disponibili per via elettronica al più tardi due giorni dopo l'assemblea generale. La spedizione per via elettronica non comporta pressoché alcun onere, ma è nel grande interesse degli azionisti.

*Art. 702a*      Diritto di esprimersi dei membri del consiglio d'amministrazione e della direzione

Di norma, l'assemblea generale è convocata e svolta dal consiglio d'amministrazione. Secondo l'articolo 702a<sup>o</sup> i membri del consiglio d'amministrazione o della direzione possono esprimersi su ogni oggetto all'ordine del giorno e formulare proposte. Hanno il diritto di partecipare all'assemblea generale anche se non sono azionisti (cfr. art. 691 cpv. 2<sup>bis</sup>).

Né i membri del consiglio d'amministrazione né quelli della direzione godono invece di un diritto di partecipazione che possono dedurre in giudizio; il tenore dell'attuale articolo 702a CO non è chiaro al riguardo<sup>324</sup>. Con lo snellimento del tenore della disposizione in questione, viene chiarito che l'assemblea generale, ad esempio sotto forma di riunione di tutti gli azionisti (art. 701 CO), può essere svolta in parte o addirittura interamente senza il consiglio d'amministrazione o la direzione. I membri del consiglio d'amministrazione sono liberi di reagire come credono al rifiuto di ammetterli all'assemblea generale. Nel caso estremo, non avranno altra scelta che presentare le loro dimissioni al consiglio d'amministrazione.

*Art. 703, 704 cpv. 1 e 2*

Deliberazioni e nomine;  
in genere; deliberazioni importanti

Gli articoli 703 e 704 sono modificati in seguito all'introduzione delle nuove norme sul diritto di emanare istruzioni in caso di rappresentanza (cfr. art. 689c seg.): le maggioranze non sono più calcolate in base ai voti rappresentati, bensì secondo i voti emessi. Secondo l'articolo 703 capoverso 3 le astensioni non contano come voti emessi. Non è possibile derogare a questa disposizione, nemmeno in virtù dello statuto.

L'articolo 703 capoverso 1 corrisponde al capoverso 3 del vigente articolo 700 CO e menziona esplicitamente il diritto di intentare un'azione a spese della società (cfr. art. 697j).

La frase introduttiva dell'articolo 704 capoverso 1 è modificata in base al testo dell'articolo 703. Anche in questo caso la maggioranza sarà calcolata in base ai voti emessi. L'aggettivo «assoluta» viene stralciato, in quanto in queste votazioni non vi

<sup>324</sup> Cfr. DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, art. 702a N 2 segg., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

è differenza alcuna tra la maggioranza assoluta e quella semplice. La nozione di maggioranza assoluta avrebbe senso soltanto nel caso di un'elezione. Conformemente all'articolo 703, i membri e il presidente e del consiglio d'amministrazione sono eletti, come finora, a maggioranza semplice. Lo stesso vale per la nomina dell'ufficio di revisione.

L'elenco delle deliberazioni che richiedono la maggioranza qualificata è completato in base alle disposizioni in parte nuove dell'avamprogetto (art. 704 cpv. 1 n. 1–13). Il nuovo elenco comprende ora anche la riunione di azioni (n. 2, cfr. art. 623), il conferimento mediante compensazione (n. 3, cfr. art. 634a), l'introduzione di un margine di variazione del capitale (n. 5, cfr. art. 653s segg.), la conversione di buoni di partecipazione in azioni (n. 6), il cambiamento della moneta del capitale azionario (n. 9), la deliberazione sulla base statutaria del luogo di riunione estero dell'assemblea generale o dell'assemblea generale virtuale (n. 10) e l'introduzione di una clausola arbitrale statutaria (n. 13).

Il capoverso 2 precisa che le disposizioni statutarie adottate a maggioranza qualificata possono essere abrogate soltanto a maggioranza qualificata. In caso contrario sarebbe possibile abrogare a maggioranza semplice le clausole statutarie che, a tutela degli azionisti minoritari, subordinano determinate deliberazioni a una maggioranza qualificata; il che renderebbe assolutamente inefficaci i quorum previsti dallo statuto.

Nelle società quotate in borsa con un elevato numero di azioni il cui titolare non è iscritto nel libro delle azioni, può accadere che de facto i quorum previsti dallo statuto non possano più essere raggiunti, in quanto sono calcolati in base all'intero capitale azionario anziché in base ai voti rappresentati. In simili casi spetta al giudice dichiarare nulla la disposizione in questione<sup>325</sup>.

#### *Art. 704a* Conversione di azioni in buoni di partecipazione

Il diritto vigente non disciplina né il processo di conversione di azioni in buoni di partecipazione né quello inverso. La conversione *indiretta* di azioni in capitale di partecipazione mediante riduzione del capitale azionario con emissione simultanea (con l'ammontare della riduzione) di buoni di partecipazione interamente liberati è chiaramente ammessa (lo stesso vale per il caso inverso).

Nella prassi la conversione *diretta* di capitale azionario in capitale di partecipazione è ammessa se sono rispettate le seguenti condizioni cumulative<sup>326</sup>:

- una disposizione statutaria deve prevedere espressamente la conversione diretta di azioni in buoni di partecipazione come è il caso per la conversione di azioni al portatore in azioni nominative o viceversa (cfr. art. 622 cpv. 3 e 627 n. 7 CO);
- tutti gli azionisti interessati devono acconsentire alla conversione delle loro azioni in buoni di partecipazione. Il consenso può essere dato o nell'ambito di una decisione unanime all'unanimità dell'assemblea generale (in cui tutti gli azionisti interessati sono presenti o validamente rappresentati) o mediante dichiarazione scritta diretta alla società. Se non tutti gli azionisti interessati presenziano all'assemblea generale, la decisione sulla conversione è vincola-

<sup>325</sup> Cfr. DTF 117 II 290 segg., 314 seg. basata sul vecchio diritto della società anonima.

<sup>326</sup> Cfr. comunicazione della prassi dell'UFRC 1/09 del 12 mar. 2009.

ta alla condizione (sospensiva) secondo cui i soci non presenti devono acconsentire successivamente alla conversione;

- la decisione di convertire il capitale azionario in capitale di partecipazione deve essere presa alla maggioranza assoluta dei voti attribuiti alle azioni rappresentate (art. 703 CO).

Il nuovo articolo 704a disciplina esplicitamente la conversione di azioni in buoni di partecipazione. L'avamprogetto non riprende l'esigenza della base statutaria, per evitare un doppio amministrativo. La prassi vigente, invece, deve farlo, perché la conversione non poggia su alcuna base legale esplicita. L'avamprogetto riprende, per contro, l'esigenza del consenso di tutti gli azionisti (art. 704a, per. 2). Il consenso di tutti gli azionisti è necessario, vista la soppressione di diritti di voto minimi. Anche nel caso in cui l'azionista mantenesse un'azione che dà diritto di voto, il consenso è necessario poiché lo statuto di azionista è inalienabile: la persona che ha scelto di partecipare a una società con un'azione non può essere costretta contro la sua volontà a dividere la sua azione nelle due forme di partecipazione «buono di partecipazione» e «azione»<sup>327</sup>. Secondo l'articolo 704a la deliberazione dell'assemblea generale sulla conversione di azioni in buoni di partecipazione deve essere approvata da almeno due terzi dei voti emessi e dalla maggioranza dei valori nominali delle azioni i cui voti sono stati emessi.

Il caso contrario, ovvero quello della conversione di buoni di partecipazione in azioni, comporta la soppressione del diritto d'opzione degli attuali azionisti. In linea con l'articolo 704 capoverso 1 numero 4, il numero 6 prevede esplicitamente la maggioranza qualificata anche per questo tipo di conversione. Il consenso dei partecipanti interessati non è per contro necessario, poiché non vengono privati di alcun diritto. Al contrario, grazie alla conversione diventano azionisti e quindi ottengono diritti supplementari, in particolare possono far valere tutte le possibilità legate al diritto di voto. Ciò corrisponde alla prassi attuale dell'Ufficio federale del registro di commercio (UFRC)<sup>328</sup>. Per i motivi già esposti, l'avamprogetto rinuncia all'esigenza della base statutaria (cfr. art. 622 cpv. 3).

### **2.1.31 Composizione e organizzazione del consiglio d'amministrazione**

*Art. 705*            *Revoca*

Secondo il capoverso 1 secondo periodo, se elegge il presidente del consiglio d'amministrazione, l'assemblea generale può anche revocarlo da questa funzione. Il diritto dell'assemblea generale di revocare i membri del consiglio d'amministrazione dalla loro funzione è mantenuto invariato; viene precisato in relazione al presidente: l'assemblea generale ha ora la possibilità di revocare il presidente soltanto da questa funzione o anche dalla funzione di membro del consiglio d'amministrazione.

<sup>327</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 5 N 30.

<sup>328</sup> Cfr. comunicazione della prassi dell'Ufficio federale del registro di commercio (UFRC) 1/09 del 12 mar 2009.

*Art. 707* In genere; persone fisiche

L'articolo 707 prescrive espressamente che il consiglio d'amministrazione può essere composto esclusivamente da persone fisiche. Ciò deriva in particolare dalla natura eminentemente personale della funzione di amministratore e corrisponde alla prassi e alla situazione giuridica attuali<sup>329</sup>. Il vigente capoverso 3 è abrogato perché è superfluo e non risolve la problematica degli amministratori «distaccati».

*Art. 710* Durata del mandato

Conformemente al capoverso 1, gli azionisti di società quotate in borsa eleggono annualmente i membri del consiglio d'amministrazione. La durata del mandato termina al più tardi alla conclusione della successiva assemblea generale ordinaria. È così garantito che il consiglio d'amministrazione in funzione possa ancora svolgere quest'assemblea generale. L'elezione annuale è inderogabile, visto che risulta dall'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.

Se lo statuto non dispone altrimenti, secondo il capoverso 2, gli azionisti le cui azioni non sono quotate in borsa, eleggono i membri del consiglio per un mandato di quattro anni. Una durata del mandato più lunga non sarebbe ammessa.

Secondo il capoverso 3 in tutte le società i membri del consiglio d'amministrazione sono eletti individualmente. L'elezione del consiglio d'amministrazione *in corpore* non è ammessa, il che permette agli azionisti un'espressione fedele e differenziata della loro volontà. Resta ammessa la rielezione.

*Art. 712* Organizzazione; presidente

Secondo il capoverso 1, nelle società quotate in borsa, l'assemblea generale elegge presidente uno dei membri del consiglio d'amministrazione. Il mandato del presidente termina al più tardi alla conclusione della successiva assemblea generale ordinaria. Una durata più lunga del mandato o un'altra procedura elettorale violerebbe le disposizioni imperative dell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.

Secondo il capoverso 2 nelle società non quotate in borsa, il consiglio d'amministrazione elegge presidente uno dei suoi membri. Lo statuto può disporre che il presidente sia eletto dall'assemblea generale.

Giusta il capoverso 3 la rielezione del presidente del consiglio d'amministrazione è ammessa.

Il consiglio d'amministrazione può sospendere dalla sua funzione il presidente eletto dall'assemblea generale<sup>330</sup>. Questa misura è giustificata in particolare se l'attività del presidente pregiudica importanti interessi della società. In caso di sospensione, il consiglio d'amministrazione convoca immediatamente l'assemblea generale (art. 726 cpv. 2 CO).

Giusta il capoverso 4, se la carica di presidente è vacante, il consiglio d'amministrazione nomina un nuovo presidente per la rimanente durata del mandato. Lo statuto può prevedere altre regole per rimediare alla lacuna nell'organizzazione,

<sup>329</sup> DTF 71 II 277 E. 1, pag. 279. art. 120 ORC; cfr. MARTIN WEBER, *Vertretung im Verwaltungsrat, Qualifikation - Zulässigkeit - Schranken*, Zurigo 1994, S. 91 segg.

<sup>330</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, Zurigo 2009, § 13 N 110.

come ad esempio la convocazione immediata di un'assemblea generale straordinaria o limitare la durata del mandato alla fine dell'assemblea generale successiva.

Secondo il capoverso 5 il vicepresidente e il segretario sono nominati dal consiglio d'amministrazione. Il segretario non deve imperativamente essere membro del consiglio d'amministrazione.

*Art. 713 cpv. 2*

#### Decisioni

Il capoverso 2 permette al consiglio d'amministrazione di rendere le decisioni sotto forma di consenso scritto a una proposta o sotto forma puramente elettronica, a meno che un membro non chieda una discussione orale. Questo modo di procedere è opportuno quando, nei casi urgenti, non è possibile convocare una seduta in un luogo di riunione fisico comune o quando occorre prendere decisioni di secondaria importanza. Come già previsto dal diritto vigente, le sedute del consiglio d'amministrazione non devono tuttavia essere tenute prevalentemente sotto forma scritta o elettronica. Per questo motivo, ciascun membro del consiglio d'amministrazione può chiedere una discussione orale. L'immediatezza fisica promuove di fatto la cultura delle discussioni e permette ai membri del consiglio d'amministrazione di conoscersi meglio.

È chiaro che il verbale secondo il capoverso 3 va tenuto anche su siffatte discussioni e decisioni. In virtù del suo obbligo di diligenza e di fedeltà (art. 717 CO), il consiglio d'amministrazione deve inoltre impedire che persone non autorizzate partecipino alla presa decisionale per scritto o per via elettronica, falsificando così il risultato della votazione.

*Art. 716a cpv. 1 n. 3, 7 e 8* Attribuzioni intrasmissibili

Dall'articolo 716a capoverso 1 numero 3 viene eliminato un elemento infondato. Secondo il diritto vigente, il consiglio d'amministrazione deve allestire un piano finanziario soltanto se ciò è necessario alla gestione della società. Questa limitazione non è oggettivamente giustificata. È inoltre importante che il consiglio d'amministrazione allestisca un siffatto piano anche per tenere conto della nuova disposizione sui provvedimenti per eliminare i rischi d'insolvenza della società (cfr. art. 725). Ovviamente questo piano potrà essere adeguato all'importanza economica e all'attività della società. Le piccole imprese non devono procedere a una pianificazione finanziaria complessa, paragonabile a quella di una società quotata in borsa. Devono tuttavia, oltre ad allestire un bilancio, provvedere a che il volume delle liquidità e il rapporto tra capitale proprio e capitale di terzi non pregiudichino l'esistenza della società<sup>331</sup>. A tal fine è spesso necessario un (semplice) rendiconto dei flussi di cassa<sup>332</sup>.

Secondo il diritto attuale, l'avviso al giudice in caso di indebitamento eccessivo (attuale n. 7) può portare alla dichiarazione del fallimento o, se il risanamento appare probabile, al differimento del fallimento. Con la soppressione del differimento del fallimento e il ricorso, ora ammesso, alla moratoria concordataria come strumento di risanamento secondo la LEF rivista, la moratoria concordataria assume integralmente la funzione ricoperta finora dal differimento del fallimento (cap. I.3.7.3). L'intro-

<sup>331</sup> Cfr. messaggio del 23 feb. 1983 sulla revisione del diritto della società anonima, FF 1983 II 713, 901.

<sup>332</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zurich 2009, § 13 N 353 seg.

duzione di una domanda di moratoria concordataria costituisce un processo fondamentale nell'esistenza della società e va quindi introdotta esplicitamente nel numero 7 in quanto potere intrasmissibile del consiglio d'amministrazione.

Secondo il numero 8, il consiglio d'amministrazione di società le cui azioni sono quotate in borsa è competente per l'allestimento annuale della relazione sulle retribuzioni (cfr. art. 734 segg.).

#### *Art. 716b* Delega della gestione

L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost.<sup>333</sup> vieta alle società le cui azioni sono quotate in borsa di delegare la direzione della società a una persona giuridica. Il capoverso 1 primo periodo applica questa prescrizione a tutte le società. Già secondo il vigente diritto sul registro di commercio soltanto le persone fisiche sono iscritte nel registro di commercio come membri dell'organo superiore di direzione o amministrazione o come persone autorizzate a firmare (art. 120 ORC<sup>334</sup>).

Come il diritto vigente, il capoverso 1 secondo periodo ammette la delega della gestione patrimoniale a persone giuridiche. Altrimenti, soprattutto le società d'investimento quotate in borsa si troverebbero confrontate con problemi pressoché irrisolvibili (cfr. art. 2 cpv. 3 LICol<sup>335</sup>). Secondo gli articoli 18 e seguente LICol, la gestione patrimoniale comprende anche l'attività di gestore patrimoniale. La vigilanza sui gestori patrimoniali esterni e la presa di decisioni fondamentali in materia di politica d'investimento spettano, come finora, al consiglio d'amministrazione della società trasferente (art. 716a cpv. 1 n. 3 CO).

Se la gestione patrimoniale è delegata a società del gruppo, si applica l'articolo 735d; se, invece, è delegata a società terze propriamente dette, la problematica delle retribuzioni non si pone, visto che non ci sono interessi di conflitto. Il capoverso 1 secondo periodo non favorisce quindi l'aggiramento delle disposizioni imperative sulla retribuzione delle società quotate in borsa.

La disposizione sul regolamento d'organizzazione è riordinata e completata a livello materiale. Il capoverso 2 precisa il contenuto minimo del regolamento, il quale disciplina segnatamente l'organizzazione e gli eventuali comitati del consiglio d'amministrazione (n. 1), l'organizzazione della gestione, la denominazione dei posti incaricati della stessa e i loro compiti (n. 2), le modalità secondo cui riferire in seno al consiglio d'amministrazione o tra la direzione e il consiglio d'amministrazione (n. 3) e le regole da applicare in caso di conflitti d'interesse (n. 4; cfr. art. 717a).

Secondo il capoverso 4 il consiglio d'amministrazione informa per scritto gli azionisti che lo chiedono sull'organizzazione del consiglio d'amministrazione e sulla gestione; a tal fine non è necessario che l'azionista compri un interesse particolare. L'azionista ha il diritto di essere informato unicamente sui fatti riguardanti il contenuto obbligatorio del regolamento d'organizzazione (cpv. 2). In tal modo s'intende impedire che l'impresa si limiti a disciplinare lo stretto indispensabile nel regolamento d'organizzazione, per non vedersi costretta a rendere note determinate informazioni. Tale diritto è riconosciuto anche ai creditori della società, i quali

<sup>333</sup> RS 101

<sup>334</sup> RS 221.411; CHRISTIAN CHAMPEAUX, Art. 120 N 4 ff., in: Rino Siffert/Nicholas Turin, *Stämpflis Handkommentar (HRegV)*, Berna 2013.

<sup>335</sup> RS 951.31

devono tuttavia rendere verosimile un interesse degno di protezione (cpv. 4; cfr. anche art. 958e cpv. 2 CO).

*Art. 717 titolo marginale e cpv. 1<sup>bis</sup>* Obbligo di diligenza e di fedeltà; in genere

Il nuovo capoverso 1<sup>bis</sup> prevede esplicitamente, oltre all'obbligo di diligenza generale enunciato nell'articolo 717 capoverso 1 CO, un obbligo di diligenza specifico del consiglio d'amministrazione e delle persone che si occupano della gestione relativo alla determinazione delle retribuzioni. Essi devono provvedere a che le retribuzioni siano fissate tenendo conto non solo della situazione economica dell'impresa, ma anche della sua prosperità duratura. Le retribuzioni devono inoltre essere in un rapporto adeguato con i compiti, le retribuzioni e la responsabilità dei destinatari.

Il capoverso 1<sup>bis</sup> precisa che il consiglio d'amministrazione e le persone che si occupano della gestione possono essere chiamati, nell'ambito di un'azione di responsabilità, a rispondere di un danno per negligenza causato alla società al momento di determinare le retribuzioni. Le retribuzioni dei quadri superiori che sono conformi alla prassi di mercato e non possono essere oggetto di un'azione di restituzione conformemente all'articolo 678 capoverso 1 poiché non sono manifestamente sproporzionate rispetto alla controprestazione fornita, potrebbero quindi in ogni caso comportare la responsabilità del consiglio d'amministrazione se non sono fissate tenendo conto della situazione economica dell'impresa e della sua prosperità duratura o dei compiti, delle prestazioni e delle responsabilità dei beneficiari.

Secondo il criterio della situazione economica, le retribuzioni devono essere fissate anche in base all'andamento degli affari dell'impresa (i criteri da considerare sono, tra gli altri, la copertura del capitale, il tasso d'indebitamento, la situazione reddituale e il margine lordo di autofinanziamento). Le retribuzioni sono fissate soppesando i successi e gli insuccessi dell'impresa.

La considerazione della situazione economica dell'impresa nell'ambito della concretizzazione dell'obbligo di diligenza in materia di retribuzioni non è in contraddizione con l'abbandono di questo criterio per l'azione di restituzione di prestazioni secondo l'articolo 678 capoverso 1. In effetti, l'obiettivo dell'articolo 678 è la protezione del patrimonio sociale, che deve essere difeso contro i prelevamenti occulti di utili e capitale, indipendentemente dalla situazione economica dell'impresa. L'obiettivo dell'articolo 717 capoverso 1<sup>bis</sup> è per contro di garantire la diligenza del consiglio d'amministrazione e delle persone che si occupano della gestione nell'ambito della determinazione delle retribuzioni e in questo contesto considerare la situazione economica dell'impresa è fondata.

La nozione di prosperità duratura dell'impresa non è nuova nel diritto svizzero (art. 960e cpv. 3 n. 4 CO). Riferita all'obbligo di diligenza in materia di determinazione delle retribuzioni, questa nozione indica che la politica di retribuzione non deve provocare una corsa agli utili a breve termine, ma, al contrario, dovrebbe favorire la costanza degli utili, nell'interesse della società a lungo termine. Il consiglio d'amministrazione e le persone che si occupano della gestione dispongono di un margine di discrezione al momento della determinazione delle retribuzioni; le retribuzioni non devono essere fissate meccanicamente in base a soli indici economici. Si pensi ad esempio al caso in cui, nonostante un'impresa si trovi in una situazione economica difficile, è opportuno versare salari attrattivi per non perdere dirigenti o specialisti altamente qualificati o per poterli reclutare.

Il criterio secondo cui deve sussistere un rapporto adeguato tra la retribuzione e i compiti, le prestazioni e la responsabilità del beneficiario serve a esplicitare che in questo ambito il rispetto dell'obbligo di diligenza non va valutato soltanto in base alla situazione economica globale dell'azienda, ma anche in base a elementi individuali correlati al beneficiario della retribuzione. In tal modo si intende garantire che anche in situazioni di prosperità economica e aziendale le retribuzioni non vengano fissate in modo del tutto arbitrario ma appaiano sempre giustificate dai compiti, dalle prestazioni e dalle responsabilità dei beneficiari. Questo criterio supplementare permette di rinunciare a definire per legge un limite massimo assoluto o relativo, ad esempio definendo un limite massimo di 1 milione di franchi o una forbice massima tra il salario minimo e quello massimo all'interno di un'azienda pari a un rapporto di 1 a 20 (cfr. per una maggiore trasparenza art. 626 cpv. 2 n. 3).

La nozione di adeguatezza della retribuzione non è una novità nel diritto svizzero della società anonima: figurava infatti nell'articolo 679 vCO<sup>336</sup> e sussiste tuttora nelle cooperative (art. 904 CO). In tale contesto non ci si riferisce a un importo massimo espresso in termini assoluti bensì l'adeguatezza della retribuzione viene valutata nel singolo caso sulla base dei compiti, delle prestazioni e delle responsabilità dei beneficiari<sup>337</sup>.

Infine, la formalizzazione dell'obbligo di diligenza conformemente al capoverso 1<sup>bis</sup> non significa che le retribuzioni possano essere fissate dal consiglio d'amministrazione o dalle persone incaricate della gestione senza osservare la diligenza richiesta o l'interesse della società.

L'articolo 717 capoverso 1<sup>bis</sup> è già previsto dal controprogetto indiretto del 16 marzo 2012 all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» (cfr. n. 1.1.6.2)<sup>338</sup>. Il Consiglio federale non ha potuto formalizzare l'obbligo di diligenza nell'OReSA<sup>339</sup>, poiché l'articolo 95 capoverso 3 Cost.<sup>340</sup> non costituiva una base sufficiente per fondare tale competenza (cfr. n. 1.3.4.1).

#### *Art. 717a*      Conflitti d'interessi

L'articolo 717a sui conflitti d'interessi in seno al consiglio d'amministrazione e all'organo superiore di direzione, contiene un'innovazione importante nell'ottica del governo d'impresa. Poiché il diritto vigente non prevede una disposizione al riguardo, si è sinora cercato di risolvere la questione applicando le norme sull'obbligo di fedeltà del consiglio d'amministrazione (art. 717 cpv. 1 OR) e nell'ambito del contratto di lavoro e del mandato (art. 321a e 398 cpv. 1 e 2 CO). Secondo il nuovo capoverso 1, i membri del consiglio d'amministrazione sono tenuti a comunicare senza indugio al presidente del consiglio d'amministrazione tutti i conflitti d'interessi che li riguardano. Il conflitto d'interessi può anche essere dovuto ad esempio al fatto che il membro di un organo societario vanta rapporti stretti con un terzo che intrattiene relazioni d'affari con la società.

<sup>336</sup> RU 1937 185, 216 e 345; in vigore fino al 30 giu. 1992.

<sup>337</sup> Cfr. WOLFHART BÜRGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, b/1, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zurigo 1957, Art. 679 aOR N 9.

<sup>338</sup> Cfr. <http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgesseite/2010/20100443/Testo%20per%20la%20votazione%20finale%201%20NS%20I.pdf> (pag. 8).

<sup>339</sup> RS 221.331

<sup>340</sup> RS 101

Secondo il capoverso 2, se si trova in conflitto d'interessi, il presidente ne informa il vicepresidente. Se la società non prevede questa funzione, il presidente si rivolge al consiglio d'amministrazione.

A seconda del tipo e delle potenziali conseguenze del conflitto d'interessi per la società, il presidente (cpv. 1) o il vicepresidente (cpv. 2) informa gli altri membri del consiglio d'amministrazione. Questo, di norma, è il caso. Il regolamento d'organizzazione può prevedere che il presidente informi il consiglio d'amministrazione di tutti i conflitti d'interesse a lui noti.

Secondo il capoverso 3 il consiglio d'amministrazione o il (vice)presidente prende i provvedimenti necessari alla salvaguardia degli interessi della società<sup>341</sup>. Ovviamente il membro interessato del consiglio d'amministrazione non può prendere parte alla decisione relativa all'opportunità di adottare provvedimenti. La riconsiliazione può estendersi all'esame della questione e alla deliberazione o, in casi meno gravi, soltanto alla votazione. Se l'interessato è ad esempio l'unico a disporre delle conoscenze specialistiche necessarie per valutare la questione, può rivelarsi indispensabile che prenda parte all'esame del caso e si astenga unicamente al momento della decisione. Se il presidente o il vicepresidente non ha dovuto informare i restanti membri del consiglio d'amministrazione, spetta a lui adottare le misure secondo il capoverso 3.

Se il consiglio d'amministrazione ha delegato in tutto o in parte la gestione della società, il regolamento d'organizzazione stabilisce le norme applicabili ai conflitti d'interessi (cfr. art. 716b cpv. 2 n. 4). Di conseguenza, il consiglio d'amministrazione deve definire procedure chiare e partecipare attivamente alla risoluzione dei conflitti.

In forza dell'obbligo di fedeltà previsto dal diritto azionario (art. 717 CO), i membri del consiglio d'amministrazione e della direzione sono tenuti a evitare per quanto possibile di trovarsi in un conflitto d'interessi. Se i membri del consiglio d'amministrazione e della direzione, venendo meno ai loro doveri e in modo colpevole, danneggiano la società a causa di un conflitto di interessi, rispondono del danno cagionato conformemente all'articolo 754 CO. Ciò vale in particolare anche per i membri del consiglio d'amministrazione che, pur essendo a conoscenza di un conflitto d'interessi, non fanno nulla per porvi rimedio e contravvengono in tal modo all'articolo 717a capoverso 3.

*Art. 718 Titolo marginale*

Rappresentanza; in genere

Nuova numerazione del titolo marginale a causa delle modifiche nella sistemática.

<sup>341</sup> Cfr. PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/François DESSEMONTET, *Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts*, Zurigo 2004, pag. 208 seg.

## **2.1.32                      Responsabilità per il fatto degli organi**

*Art. 722*                      Responsabilità per il fatto degli organi

In tedesco il titolo marginale viene corretto. Non si tratta di responsabilità degli organi ma della responsabilità della società per il fatto degli organi (art. 55 CC<sup>342</sup>) e delle persone autorizzate a rappresentare la società. Il contenuto della disposizione rimane immutato.

## **2.1.33                      Rischio d'insolvenza, perdita di capitale ed eccedenza dei debiti**

Le precedenti disposizioni riguardanti la perdita di capitale e l'eccedenza dei debiti della società sono interamente rivedute. Gli indicatori supplementari di difficoltà economiche e il graduale coinvolgimento di servizi esterni dovrebbero permettere al consiglio d'amministrazione di prendere misure di risanamento prima di quanto possa farlo attualmente. Queste misure dovrebbero poter essere adottate prima o a complemento degli strumenti di risanamento previsti nel nuovo diritto del concordato.

*Art. 725*                      Rischio d'insolvenza

L'articolo 725 è dedicato al rischio d'insolvenza, il principale tra i meccanismi di allerta menzionati sopra (cfr. cap. 1.3.7.1), e agli obblighi di intervento che ne risultano.

Secondo l'articolo 716a capoverso 1 numero 3, l'allestimento del piano finanziario fa parte dei compiti intrasmissibili e inalienabili del consiglio d'amministrazione. Il nuovo articolo 725 rafforza questo obbligo nell'imminenza di problemi di liquidità, aggiungendo agli elementi pianificatori alcuni obblighi di intervenire il cui adempimento deve essere prontamente sorvegliato. L'articolo 725 diviene prioritario rispetto alle regole concernenti la perdita di capitale e l'eccedenza dei debiti e costituisce il fulcro del nuovo diritto in materia di risanamento nel CO.

Vi è insolvenza ai sensi del capoverso 1 allorquando il debitore non è più in grado, sul lungo termine, di far fronte ai suoi debiti e quindi non dispone dei fondi per pagarli né, se del caso, del credito necessario per procurarsi tali fondi<sup>343</sup>, fermo restando che un'episodica incapacità di pagare tempestivamente non costituisce insolvenza<sup>344</sup>. Vi è un fondato timore di insolvenza segnatamente quando aumentano gli indizi secondo cui, nei successivi 12 mesi, sarà impossibile adempiere gli obblighi di pagamento, in conseguenza di singoli eventi o per modifiche strutturali nel contesto aziendale. Il periodo di 12 mesi corrisponde al periodo decisivo per ammettere la continuità dell'esercizio secondo il diritto contabile (art. 958a CO).

L'avamprogetto introduce importanti novità per quanto concerne le conseguenze giuridiche, rispettivamente gli obblighi d'intervenire in caso d'insolvenza; prima di tutto vi è l'obbligo del consiglio d'amministrazione di allestire un piano di liquidità

<sup>342</sup> RS 210

<sup>343</sup> DTF 111 II 206

<sup>344</sup> DTF 109 II 78

(cpv. 1–3). L'assemblea generale va eventualmente convocata soltanto in una seconda fase (cpv. 4).

Il piano di liquidità secondo il capoverso 2 è un conto dei flussi di tesoreria ai sensi dell'articolo 961b CO che contiene elementi prospettivi ed espone separatamente lo stato e le probabili variazioni delle liquidità derivanti dagli accrediti e addebiti per le attività di esercizio, di investimento e di finanziamento. Diversamente da quanto stabilito nella revisione del diritto del concordato per quanto concerne il piano di liquidità, è previsto un periodo di 12 mesi. Tuttavia, ciò non esclude che sul piano di liquidità allestito per gli scopi del presente articolo possa essere fondata anche una domanda di moratoria concordataria secondo l'articolo 293 LEF.

Secondo il capoverso 1 il piano di liquidità è integrato in una valutazione complessiva della situazione economica della società (cfr. art. 958 CO). In questo caso, se sussiste un «fondato timore di eccedenza dei debiti» ai sensi dell'articolo 725b, vanno eseguiti gli interventi obbligatori previsti in tale disposizione.

Nel piano di liquidità può essere tenuto conto delle misure di risanamento previste dal consiglio d'amministrazione nell'ambito delle proprie competenze (art. 716 cpv. 1 CO) e delle conseguenze che se ne attendono. È quindi implicito il fatto che, già in quel momento, il consiglio d'amministrazione adotti le relative misure. Il consiglio d'amministrazione è inoltre libero di convocare l'assemblea generale, ad esempio se essa deve approvare le misure di risanamento necessarie (p. es. per un aumento ordinario del capitale).

Se rivela che non vi sono rischi d'insolvenza, il piano di liquidità deve essere sottoposto, conformemente al capoverso 3, a un revisore abilitato o al proprio ufficio di revisione. La nozione di «revisore abilitato» va interpretata secondo gli articoli 727a e seguente CO. Il revisore abilitato o l'ufficio di revisione deve verificare se la situazione patrimoniale è stata accertata in modo corretto e se le ipotesi future sono plausibili. Non è segnatamente plausibile un piano di liquidità che intende evitare una situazione d'insolvenza basandosi su ipotesi eccessivamente ottimiste del consiglio d'amministrazione.

Se il piano di liquidità rivela rischi di insolvenza o se il revisore abilitato non conferma la plausibilità del piano di liquidità, il consiglio d'amministrazione deve convocare un'assemblea generale secondo il capoverso 4 e proporre misure di risanamento. Se è impossibile eliminare i rischi d'insolvenza prima della verifica, come nel diritto vigente deve essere immediatamente convocata un'assemblea generale e devono esserle proposte misure di risanamento, segnatamente quelle per cui occorre la sua approvazione. Se le misure proposte dal consiglio d'amministrazione all'assemblea generale non sono sufficienti o se quest'ultima le rifiuta, va valutata l'applicabilità dell'articolo 725b. In ogni momento può inoltre essere opportuno avviare una procedura concordataria secondo l'articolo 293 LEF (cpv. 6).

Il tempo è un fattore critico per una procedura di risanamento e gli attori devono agire rapidamente. Per tenere conto di fattori variabili come le dimensioni dell'impresa, l'appartenenza a un gruppo, la complessità delle misure da prendere eccetera, l'avamprogetto rinuncia a prescrivere termini fissi per il rispetto degli obblighi d'intervento. Si è invece preferito sancire nel capoverso 5 un obbligo generale per il revisore abilitato, l'ufficio di revisione e il consiglio d'amministrazione, di agire «con la dovuta sollecitudine». In proposito si può fare riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale in materia di differimento del fallimento secondo cui al consiglio d'amministrazione va concesso il tempo necessario per elaborare le

misure di risanamento e, se del caso, presentarle all'assemblea generale se vi sono fondate prospettive di misure efficaci e sufficienti. Altrimenti la possibilità di un differimento non entra in linea di conto e il consiglio d'amministrazione deve agire immediatamente come è tenuto a farlo secondo il diritto vigente. L'obbligo previsto nel capoverso 5 assume particolare importanza se l'eccedenza dei debiti (cfr. art. 725*b*) subentra in un secondo tempo, poiché in questo caso il consiglio d'amministrazione può essere chiamato a rispondere del mancato rispetto di tale obbligo.

Invece del modo di procedere descritto nei capoversi 1–4, il consiglio d'amministrazione può presentare una domanda di moratoria concordataria (art. 293 lett. a LEF) secondo il capoverso 6. La domanda di moratoria concordataria deve pure contenere un piano di liquidità (art. 293 cpv. 1 LEF) che non occorre tuttavia sottoporre a verifica. Con la nomina di un commissario o con la pubblicazione, gli interessi dei creditori sono tutelati almeno nella medesima misura in cui sono tutelati dalla normativa prevista nei capoversi 1–4. Una domanda di moratoria concordataria può essere presentata anche da un creditore (art. 293 lett. b LEF). Siffatta domanda non libera tuttavia il consiglio d'amministrazione dai suoi obblighi secondo il CO, a meno che il consiglio d'amministrazione sostenga la domanda. In situazione di eccedenza dei debiti l'avviso al giudice rende caduchi gli obblighi di intervenire secondo i capoversi 1–4.

#### *Art. 725a* Perdita di capitale

Il capoverso 1 descrive altri meccanismi di allerta principalmente relativi al capitale. La disposizione riprende soluzioni sperimentate<sup>345</sup> ampliando nel contempo il numero dei casi in cui il consiglio d'amministrazione è chiamato a intervenire tempestivamente.

Nel numero 1 il criterio previsto dal diritto attuale, la perdita della metà del capitale, è sostituito dal criterio della perdita di un terzo del capitale e da quello delle riserve legali anticipando così rispetto al diritto vigente il momento dell'intervento del consiglio d'amministrazione (art. 725 cpv. 1 CO). Il numero 2 introduce il nuovo parametro della rapida diminuzione del capitale proprio in seguito a importanti perdite durante l'anno. Il numero 3, pure nuovo, introduce il criterio dei tre esercizi annuali in perdita. I parametri di cui al capoverso 1 sono determinati sulla base del conto annuale regolarmente redatto (art. 958 segg. CO).

Gli obblighi secondo l'articolo 725 – segnatamente l'allestimento ed eventualmente la verifica di un piano di liquidità attuale, una valutazione complessiva della situazione economica della società ed eventualmente anche la convocazione di un'assemblea generale – nascono quando si realizza una delle tre fattispecie legali del capoverso 1. Frequentemente, nelle situazioni descritte da questi tre parametri vi sono problemi di liquidità e/o di capitalizzazione.

A ciò si aggiunge, per le società senza ufficio di revisione, l'obbligo di effettuare almeno una revisione limitata dell'ultimo conto annuale (cpv. 2). Con ciò si vuole garantire che la situazione finanziaria non sia peggiore di quanto descritto dall'impresa.

<sup>345</sup> Cfr. p. es. gli indicatori citati nella DTF 132 III 572 segg., consid. 5.1.

Il rimando all'articolo 725 comprende anche l'obbligo per tutti gli interessati (consiglio d'amministrazione, revisore abilitato e ufficio di revisione) di agire con la dovuta sollecitudine (vedi art. 725 cpv. 5).

Nello statuto gli azionisti possono, se del caso, prevedere parametri supplementari che permettono di adottare misure di risanamento o d'inasprire le condizioni legali (p. es. già nel momento in cui un quarto del capitale azionario non è più coperto dalle riserve). Sono invece inammissibili parametri meno severi di quelli previsti negli articoli 725 e 725a.

#### *Art. 725b*      Eccedenza dei debiti

L'articolo 725b è dedicato alla possibile eccedenza dei debiti e riprende in ampia misura l'attuale articolo 725 CO.

Succede regolarmente che le situazioni e le procedure secondo l'articolo 725 o 725a precedono i casi secondo l'articolo 725b precedenti. Ma tale non è sempre il caso. Può anche essere necessario verificare se sussiste un'eccedenza dei debiti prima che divenga obbligatorio intervenire ai sensi degli articoli 725 e 725a. Queste tre disposizioni sono correlate sotto il profilo del contenuto, ma prevedono obblighi indipendenti gli uni dagli altri che nascono non appena sono adempiute le relative condizioni.

Il capoverso 1 corrisponde sostanzialmente al vigente articolo 725 capoverso 2 CO. Il secondo periodo tratta il caso speciale in cui è rilevante soltanto il bilancio intermedio secondo il valore di alienazione (art. 958a cpv. 2 CO). In questo caso specifico, i successivi capoversi della disposizione fanno riferimento al «bilancio intermedio» intendendo soltanto il bilancio intermedio secondo il valore di alienazione.

Secondo il capoverso 2, il consiglio d'amministrazione deve far verificare i bilanci intermedi da un revisore abilitato o dall'ufficio di revisione.

Secondo il capoverso 3, per l'obbligo di avvisare il giudice, è determinante soltanto l'eccedenza dei debiti. L'avviso del giudice può consistere in una domanda (provvisoria) di moratoria concordataria o di dichiarazione di fallimento. L'insolvenza è invece rilevante soltanto per le conseguenze dell'articolo 725, ma deve regolarmente portare il creditore a seguire la procedura dell'esecuzione forzata per giungere infine a una procedura di moratoria concordataria o di fallimento.

La postergazione, già prevista nel diritto vigente e ora completata con le innovazioni e le precisioni proposte nel disegno 2007 (esigenza della sospensione degli interessi, con precisioni temporali), continua a essere prevista secondo il capoverso 4 e permette, secondo il numero 1, di omettere l'avviso al giudice (cfr. anche art. 757 cpv. 4). Gli impegni postergati sono casi di applicazione dell'articolo 959a cpv. 3 CO e devono pertanto essere iscritti separatamente nel bilancio.

Il numero 2 regola la possibilità di differire nel tempo l'avviso al giudice. Il differimento deve rispettare requisiti severi:

- deve esservi una prospettiva fondata e concreta di risanamento<sup>346</sup>; e
- deve esservi una prospettiva fondata e concreta che nell'intervallo l'eccedenza dei debiti non aumenti sostanzialmente.

<sup>346</sup> DTF **116** II 533, consid. 5a; DTF **132** III 564 consid. 5.1; sentenza 4C.366/2000 del 19 giu. 2001, consid. 4b.

Soltanto il rispetto di queste condizioni cumulative permette di non mettere in pericolo gli interessi dei creditori. Tuttavia, anche se le citate condizioni sono soddisfatte, l'impresa con un'eccedenza di debiti non dovrebbe poter continuare a partecipare alle relazioni giuridiche per un tempo illimitato. L'avamprogetto fissa pertanto un limite di 90 giorni. Se questo periodo non appare sufficiente o se l'eccedenza dei debiti rischia di aumentare sostanzialmente, il giudice deve essere avvisato. Se del caso può essere chiesta una moratoria concordataria (provvisoria) per portare a termine il risanamento con l'aiuto di un commissario.

Se la società non dispone di un ufficio di revisione, conformemente al capoverso 5 gli obblighi di avviso dell'ufficio di revisione incaricato di una verifica limitata incombono al revisore abilitato. La presente disposizione corrisponde al vigente articolo 725 capoverso 3 CO.

Come nei casi di rischio d'insolvenza e di perdita di capitale, il consiglio d'amministrazione e il revisore abilitato, rispettivamente l'ufficio di revisione devono agire con la dovuta sollecitudine conformemente al capoverso 6 (cfr. art. 725).

Nei casi in cui appositi rimandi la rendono applicabile alla Sagl (cfr. art. 820 cpv. 1) o alla società cooperativa (cfr. art. 903), la presente disposizione si applica anche ai versamenti supplementivi non ancora eseguiti il cui pagamento è imminente (al massimo entro il termine di 90 giorni), fermo restando che i versamenti siano di per sé sufficienti per eliminare l'eccedenza dei debiti o che lo siano in combinazione con altre misure di risanamento. Se ciò è incerto, è opportuno fare domanda di moratoria concordataria (provvisoria). In questi casi, se l'avviso di eccedenza dei debiti è già stato dato, si può applicare anche l'articolo 173a LEF.

#### *Art. 725c* Rivalutazione

L'articolo 725c riprende nel primo e nel secondo capoverso il contenuto degli articoli 670 e 671b CO. In determinate circostanze, i fondi e le partecipazioni possono quindi ancora essere oggetto di una rivalutazione. Si rinuncia a eliminare questa misura di risanamento del bilancio, prevista nel disegno 2007<sup>347</sup>, poiché i motivi fatti valere contro la sua abrogazione sono fondati<sup>348</sup> e perché l'avamprogetto inasprisce le disposizioni in materia di rischio d'insolvenza (cfr. art. 725).

Il capoverso 2 permette la rivalutazione soltanto se un revisore abilitato o l'ufficio di revisione conferma all'assemblea generale che le disposizioni legali sono rispettate. L'importo della rivalutazione deve inoltre essere indicato separatamente tre le riserve legali da utili (art. 959a cpv. 2 n. 3 lett. c CO).

La disposizione si applica sia nei casi di eccedenza dei debiti (cfr. art. 725b) sia nei casi di perdita di capitale (cfr. art. 725a cpv. 1 n. 1).

Come previsto dal diritto vigente, la riserva di rivalutazione può essere sciolta soltanto a determinate condizioni (cpv. 3). La conversione in capitale azionario (al

<sup>347</sup> Cfr. messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1388.

<sup>348</sup> Cfr. LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrechts, Basilea 2013, N 662 segg.

valore nominale) prevista nel capoverso 2 comprende anche la conversione in capitale di partecipazione (al valore nominale).

*Art. 726 titolo marginale*                      Revoca e sospensione

La numerazione del titolo marginale è modificata in seguito a modifiche della sistemica della legge.

## **2.1.34**                      **L'ufficio di revisione**

*Art. 727 cpv. 1 n. 1 lett. c e n. 3*              Obbligo di revisione; revisione ordinaria

La presente modifica concerne soltanto il testo francese.

*Art. 727a cpv. 2*      Revisione limitata

Il capoverso 2 stabilisce espressamente che non è possibile rinunciare alla revisione limitata del conto annuale se lo statuto prevede istituti giuridicamente complessi e potenzialmente critici per i creditori quali il margine di variazione del capitale (cfr. art. 653s) e gli acconti sui dividendi (cfr. art. 675a).

*Art. 728 cpv. 6*      Revisione ordinaria; indipendenza dell'ufficio di revisione

Il testo dell'articolo 728 capoverso 6 è adeguato alle nuove disposizioni sull'obbligo di allestire un conto di gruppo (art. 963 cpv. 1 e 2 CO). Anche in questo ambito si passa dal principio della direzione al principio del controllo<sup>349</sup>. Basta la possibilità del controllo a pregiudicare in apparenza l'indipendenza della revisione (art. 728 cpv. 1 CO).

*Art. 728a cpv. 1 n. 4*                      Attribuzioni dell'ufficio di revisione

Secondo il diritto vigente le retribuzioni che figurano nell'allegato del bilancio/conto annuale devono essere divulgate (art. 663b<sup>bis</sup> CO). Poiché secondo l'articolo 958 capoverso 2 l'allegato fa parte del conto annuale, l'ufficio di revisione verifica la conformità delle retribuzioni divulgate con le disposizioni legali, lo statuto e la normativa tecnica prescelta (art. 728a cpv. 1 n. 1 CO)<sup>350</sup>.

Gli articoli 734 e seguenti dell'avamprogetto spostano le informazioni sulle retribuzioni dall'allegato del conto annuale alla relazione sulle retribuzioni. I compiti dell'ufficio di revisione in materia di verifica della relazione sulle retribuzioni devono pertanto essere adeguati. L'articolo 728a capoverso 1 numero 4 prevede pertanto che l'ufficio di revisione delle società quotate in borsa debba verificare se la relazione sulle retribuzioni è conforme alla legge e allo statuto. L'ufficio di revisione deve

<sup>349</sup> Cfr. messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1450.

<sup>350</sup> Cfr. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, vol 1, Zurigo 2009, pag. 292 seg.; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zurigo 2014, pag. 88.

già oggi svolgere questi compiti per il conto annuale e l'utilizzazione dell'utile risultante dal bilancio. Una diversa normativa per quanto concerne la verifica della relazione sulle retribuzioni non sarebbe giustificata né sotto il profilo materiale né sotto quello formale. Sotto il profilo materiale, rispetto all'articolo 17 OReSa<sup>351</sup> non vi sono cambiamenti<sup>352</sup>. L'ufficio di revisione deve verificare che la relazione sulle retribuzioni è completa e contiene informazioni corrette.

Se i dati sulle retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo sono inesatti, l'ufficio di revisione deve spesso informare l'assemblea generale che è stata commessa una sostanziale violazione dell'articolo 728c capoverso 2 numero 1 CO. I dati incompleti o inesatti nella relazione sulle retribuzioni pregiudicano la formazione delle opinioni e di conseguenza i diritti sociali degli azionisti secondo l'articolo 735<sup>353</sup>.

#### *Art. 729* Rettifica del titolo marginale relativo alla revisione limitata

Il titolo marginale dell'articolo 729 contiene attualmente la nozione di «review» che è stata introdotta con il diritto in materia di revisione in vigore dal 1° gennaio 2008<sup>354</sup>. Questa nozione è fuorviante poiché nella pratica non descrive la revisione limitata ma un controllo sommario meno completo dei conti e di altri fatti, ad esempio del budget<sup>355</sup>. Per evitare (ulteriori) equivoci, la nozione di «review» è stralciata dal titolo marginale senza essere sostituita. Anche il tenore del nuovo articolo 729 palesa il fatto che la revisione limitata non è soltanto un controllo sommario/una «review» (cfr. anche art. 960f). Il contenuto dell'articolo 729 e le esigenze poste alla revisione limitata (art. 729a segg. CO) restano immutate.

## **2.1.35 Retribuzioni nelle società quotate in borsa**

#### *Art. 732* Campo d'applicazione

Finora nel capo quarto era regolata la riduzione del capitale azionario (art. 732–735 CO), ora disciplinata negli articoli 653j e seguenti. Questo spostamento permette di inserire nel capo quarto l'intera normativa sulle retribuzioni nelle società le cui azioni sono quotate in borsa attuando aspetti centrali delle regole imperative stabilite dall'articolo 95 capoverso 3 Cost. L'ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle

<sup>351</sup> RS 221.331

<sup>352</sup> Cfr. rapporto complementare sul disegno di ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSa), pag. 9.

<sup>353</sup> Cfr. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 728c N 22; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

<sup>354</sup> Messaggio del 23 giu. 2004 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (obbligo di revisione nel diritto societario) e la legge federale sull'abilitazione e la sorveglianza dei revisori, FF 2004 3545, 3569.

<sup>355</sup> Cfr. Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandard 910, Review (prüfende Durchsicht) von Abschlüssen, ed. 2013; Treuhand-Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Eingeschränkte Revision», Zurigo 2013, pag. 3; SPR-MARTIN HÜRZELER, § 7 N 103, in: Roland von Büren/Christine Chappuis/Daniel Girsberger/Ernst A. Kramer/Thomas Sutter-Somm/Sibylle Hofer/Wolfgang Wiegand/Stephan Wolf, Schweizerisches Privatrecht, Basilea 2014; PETER BÖCKLI, Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuen Recht, Zurigo 2007, N 456.

società quotate in borsa (OReSA)<sup>356</sup>, in vigore dal 1° gennaio 2014, costituisce il fondamento della normativa qui proposta.

Il capoverso 1 della presente disposizione stabilisce che il capo quarto si applica alle società le cui azioni sono quotate, in tutto o in parte, in borsa. Il campo d'applicazione è quindi in linea di massima il medesimo di quello dell'articolo 1 OReSA. È irrilevante che le azioni siano vincolate, che siano parzialmente o totalmente liberate, che siano quotate in Svizzera o all'estero o che si tratti di azioni al portatore o nominative. Per chiarezza occorre sottolineare che gli articoli 732 e seguenti si applicano soltanto alle società di diritto privato secondo gli articoli 620 segg. CO. Non entrano quindi nel campo d'applicazione della presente normativa le società anonime sostanzialmente disciplinate dalla legislazione speciale (p. es. la Banca nazionale<sup>357</sup>) e non disciplinate, in misura maggiore o minore, da un rimando all'articolo 620 e seguenti CO (p. es. l'azienda delle telecomunicazioni della Confederazione, la Swisscom SA<sup>358</sup>). L'applicazione delle relative disposizioni agli istituti di diritto pubblico è esclusa dall'articolo 763 CO. La presente normativa non si applica peraltro alle società di cui sono quotati soltanto i buoni di partecipazione. Ciò è conforme all'articolo 95 capoverso 3 Cost. che menziona le «società anonime svizzere quotate in borsa» e intende innanzitutto rafforzare i diritti degli azionisti<sup>359</sup>. Pertanto, per l'applicazione imperativa degli articoli 732 e seguenti sono rilevanti soltanto le azioni, vale a dire i valori mobiliari correlati da un diritto di voto. La situazione non muta anche se lo statuto concede ai partecipanti uno o più diritti connessi con il diritto di voto, in applicazione dell'articolo 656c capoverso 1 e 2 CO.

In Svizzera sono considerate borse le istituzioni per il commercio di valori mobiliari in cui vengono simultaneamente scambiate offerte tra più commercianti di valori mobiliari e conclusi contratti (art. 2 lett. b LBVM<sup>360</sup>). Anche se il diritto straniero disciplina le sue borse in modo autonomo, la definizione svizzera deve essere applicata per analogia alla nozione delle borse straniere. L'imposizione degli obblighi che risultano dal capo quarto si giustifica soltanto nelle istituzioni regolate e riconosciute dal diritto pubblico che soddisfano la definizione dell'articolo 2 lettera b LBVM<sup>361</sup>. Con ciò si vuole prevenire il rischio che i legislatori stranieri o perfino i privati possano direttamente influenzare il campo d'applicazione degli articoli 732 e seguenti.

Secondo l'articolo 2 capoverso c LBVM, per quotazione si intende l'ammissione al commercio sul mercato primario o sul mercato secondario. La nozione di quotazione si basa soltanto sulla quotazione avvenuta per iniziativa della società in questione.

Il capoverso 2 sottolinea che le società le cui azioni non sono quotate in borsa hanno la possibilità di dichiarare applicabili tutte le disposizioni sulle retribuzioni nelle

<sup>356</sup> RS **221.331**

<sup>357</sup> Legge federale del 3 ott. 2003 sulla Banca nazionale svizzera (Legge sulla Banca nazionale, LBN; RS **951.11**).

<sup>358</sup> Legge federale del 30 apr. 1997 sull'organizzazione dell'azienda delle telecomunicazioni della Confederazione (Legge sull'azienda delle telecomunicazioni, RS **784.11**).

<sup>359</sup> Cfr. GesKR-Kommentar VegüV-HANS-UELI VOGT, Art. 1 N 19 con ulteriori riferimenti, in: Gerhard, Frank/, Maizar, Karim/Spillmann, Till/Wolf, Matthias, Vergütungsrecht der Schweizer Publikumsgesellschaften, GesKR-Kommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Zurigo 2014.

<sup>360</sup> RS **954.1**

<sup>361</sup> Cfr. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 727 N 9, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

società quotate in borsa o alcune di esse, riprendendole nello statuto. Queste società possono così ad esempio prevedere, previa adozione delle necessarie basi statutarie, che il consiglio d'amministrazione debba allestire una relazione sulle retribuzioni e/o che l'assemblea generale debba votare sulle retribuzioni.

#### Art. 733 Comitato di retribuzione

Secondo il capoverso 1, ogni società le cui azioni sono quotate in borsa dispone di un comitato di retribuzione composto da membri del consiglio d'amministrazione. Un comitato è un gruppo di persone scelto da una comunità più ampia per eseguire determinati compiti<sup>362</sup>. Pertanto non tutti i membri del consiglio d'amministrazione possono essere nel contempo membri del comitato di retribuzione. Non è ammesso nemmeno un comitato composto da una sola persona. L'assemblea generale può eleggere nel comitato di retribuzione soltanto i membri del consiglio d'amministrazione. Ciascun membro del comitato deve essere eletto singolarmente, conformemente al capoverso 2.

Secondo il capoverso 3 l'assemblea generale elegge i membri del comitato di retribuzione fino alla successiva assemblea generale. È ammessa la rielezione.

Questi tre capoversi attuano le regole stabilite nell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.

Per soddisfare le diverse necessità delle società, si rinuncia di proposito, come nell'ORESA, a stabilire esigenze per l'eleggibilità dei membri del comitato di retribuzione. Funge da filo conduttore per il governo d'impresa lo «*Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*» di ECONOMIESUISSE che prevede tra l'altro che tutti i membri del comitato di retribuzione devono essere indipendenti<sup>363</sup>. Ciò permette di evitare eventuali conflitti d'interessi riguardo alla fissazione delle retribuzioni e consolida la credibilità del comitato di retribuzione nei confronti degli azionisti.

Se il comitato di retribuzione non è più al completo, il capoverso 4 permette al consiglio d'amministrazione di rimediare a questa lacuna nell'organizzazione della società senza far intervenire l'assemblea generale. Sono fatte salve le disposizioni statutarie di diverso tenore. Naturalmente, anche in questi casi il consiglio d'amministrazione deve tenere conto delle condizioni di eleggibilità previste dalla legge e dallo statuto (essere membro del consiglio d'amministrazione, eventuali regole sull'indipendenza ecc.).

I membri del comitato di retribuzione dispongono di tutti i diritti che spettano loro in quanto membri regolari del consiglio d'amministrazione, ad esempio, i diritti di ottenere raggugli e di consultare documenti (art. 715a CO). Nella misura in cui ciò sia necessario per l'adempimento dei suoi compiti, ciascun membro del comitato di retribuzione ha diritto che gli siano presentati gli atti (p. es. i contratti di lavoro) e i libri (p. es. documenti contabili) nonché di ottenere dettagliate spiegazioni in proposito.

Secondo il capoverso 5 lo statuto deve contenere i principi relativi alle attribuzioni e alle competenze del comitato di retribuzione. Così lo statuto può conferire al comita-

<sup>362</sup> Secondo Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim 2003.

<sup>363</sup> Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance der ECONOMIESUISSE, Zurigo 2007, allegato 1, N 2.

to di retribuzione una competenza decisionale, una competenza decisionale subordinata all'approvazione del consiglio d'amministrazione *in corpore* o una semplice competenza di formulare proposte<sup>364</sup>. Il capoverso 5 garantisce di conseguenza il diritto degli azionisti di esprimere il loro parere e permette soluzioni flessibili e adeguate al singolo caso. I dettagli relativi al comitato di retribuzione sono definiti nel regolamento d'organizzazione (cfr. art. 716b cpv. 2 n. 1) che è accessibile agli azionisti (cfr. art. 716b cpv. 4).

#### *Art. 734* Relazione sulle retribuzioni; in genere

Finora i dati relativi alle retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo non figuravano in un rapporto a sé stante ma nell'allegato al bilancio/conto annuale (art. 663b<sup>bis</sup> CO). Secondo il nuovo diritto le società devono garantire questo tipo di trasparenza con una relazione sulle retribuzioni a sé stante che rimane però assoggettata alla verifica dell'ufficio di revisione (cfr. art. 728a cpv. 1 n. 4). Questa modifica permette di evitare che l'assemblea generale approvi le retribuzioni due volte, prima nell'ambito dell'approvazione del conto annuale (art. 698 cpv. 2 n. 4 CO) e poi nell'ambito dell'approvazione dell'importo complessivo delle retribuzioni (cfr. art. 753), e di evitare voti contraddittori.

Secondo il capoverso 1 il consiglio d'amministrazione deve allestire ogni anno la relazione sulle retribuzioni all'attenzione dell'assemblea generale (cfr. anche art. 716a cpv. 1 n. 8). In questa relazione sono indicati gli elementi quantitativi delle retribuzioni secondo le regole degli articoli 734a-d. Di conseguenza, la relazione sulle retribuzioni non deve servire al consiglio d'amministrazione per esprimere opinioni soggettive sul sistema di retribuzioni della società (p. es. «retribuzioni adeguate e conformi al mercato»). Queste dichiarazioni devono essere evitate o devono per lo meno essere nettamente separate dalle indicazioni quantitative.

Il capoverso 2 contiene diversi rimandi alle disposizioni del nuovo diritto contabile. Questi rimandi sono necessari perché le informazioni sulle retribuzioni non sono più contenute nell'allegato al conto annuale e di conseguenza le disposizioni del diritto contabile non vengono più applicate automaticamente. Nell'allestimento della relazione sulle retribuzioni devono essere osservati i principi della presentazione regolare dei conti (art. 958c CO). L'applicazione del principio dell'essenzialità (art. 958c cpv. 1 n. 4 CO) non implica però che le ripercussioni delle retribuzioni sulle spese complessive della società siano determinanti. Se tale fosse il caso nelle grandi società una parte importante delle retribuzioni sarebbe considerata inessenziale e sparirebbe dai conti<sup>365</sup>. Sotto il profilo materiale non cambia nulla rispetto al diritto vigente<sup>366</sup>. Il rinvio all'articolo 958d capoverso 2 CO chiarisce inoltre che la relazione sulle retribuzioni deve contenere anche le cifre relative all'anno precedente. Per quanto concerne la lingua e la moneta si rinvia all'articolo 958d capoversi 3 e 4

<sup>364</sup> Cfr. Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zurigo 2007, allegato 1, N 1. Questi modelli possono anche essere combinati (p. es. il comitato di retribuzione propone le retribuzioni del presidente del consiglio d'amministrazione e del CEO e stabilisce le retribuzioni degli altri membri del consiglio d'amministrazione e della direzione).

<sup>365</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrechts, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 8 N 525.

<sup>366</sup> Cfr. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> N 68; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

CO. L'articolo 958f CO precisa in particolare che il documento scritto e firmato della relazione sulle retribuzioni deve essere conservato per dieci anni.

Secondo il capoverso 3, alla comunicazione e alla pubblicazione della relazione sulle retribuzioni e del rapporto dell'ufficio di revisione sono applicabili per analogia le disposizioni sulla comunicazione e la pubblicazione della relazione sulla gestione (art. 696 e 958e cpv. 1 CO).

*Art. 734a-c* Relazione sulle retribuzioni; Retribuzioni, mutui/crediti, persone vicine

Gli articoli 734a-c disciplinano in dettaglio il contenuto della relazione sulle retribuzioni del consiglio d'amministrazione. Queste disposizioni corrispondono sostanzialmente all'articolo 663b<sup>bis</sup> CO<sup>367</sup> e agli articoli 14-16 OReSA<sup>368</sup>, attualmente applicabili in materia. Di conseguenza, si tratta tuttora di garantire la trasparenza di tutte le retribuzioni, mutui e crediti concessi ai membri attuali e agli ex membri del consiglio d'amministrazione (organo supremo di direzione e amministrazione), della direzione e dell'eventuale consiglio consultivo e alle persone loro vicine.

Secondo l'articolo 734a capoverso 1 numero 2 fanno parte della direzione le persone fisiche (cfr. art. 716b) a cui il consiglio d'amministrazione ha delegato in tutto o in parte la gestione della società. Conformemente all'attuale articolo 663b<sup>bis</sup> capoverso 1 numero 2 CO, si tratta dei membri dell'organo direttamente subordinato al consiglio d'amministrazione<sup>369</sup>, vale a dire il massimo livello gerarchico al di sotto del consiglio d'amministrazione<sup>370</sup>.

I consigli consultivi sono piuttosto rari nelle società svizzere poiché la delimitazione giuridica dei loro compiti dalle attribuzioni intrasmissibili e inalienabili del consiglio d'amministrazione può essere complicata<sup>371</sup>. Gli articoli 734a-d continuano a menzionare il consiglio consultivo per contrastare esplicitamente sul piano legale i possibili abusi sotto il profilo della trasparenza che potrebbero essere compiuti ad esempio se le retribuzioni fossero trasferite dal consiglio d'amministrazione al consiglio consultivo. In considerazione della potenziale diversità dei tipi di consigli consultivi, si rinuncia a dare una definizione esaustiva della nozione. Si può invece rilevare che, almeno in una certa misura, tale consiglio deve essere istituzionalizzato, vale a dire che deve essere dotato di una determinata organizzazione e di un determinato statuto nei confronti della società e del consiglio d'amministrazione. Senza questa istituzionalizzazione, i consulenti del consiglio d'amministrazione non

<sup>367</sup> Messaggio del 23 giu. 2004 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Trasparenza delle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione), FF **2004** 3995, 4013 segg.

<sup>368</sup> RS **221.331**

<sup>369</sup> Messaggio del 23 giu. 2004 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Trasparenza delle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione), FF **2004** 3995, 4005.

<sup>370</sup> ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> N 28, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrechts<sup>4</sup> ed., Zurigo 2009, § 8 N 496 segg.

<sup>371</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 13 N 428 segg.

possono essere considerati consiglieri consultivi nemmeno se il consiglio d'amministrazione vi fa regolarmente ricorso<sup>372</sup>.

In particolare per tenere conto delle regole previste nell'articolo 95 capoverso 3 lettere b e c Cost. devono essere modificati i contenuti di alcune regole dell'articolo 663b<sup>bis</sup>:

- la menzione delle indennità di partenza, vietate secondo l'articolo 735c capoverso 1, è soppressa (finora art. 663b<sup>bis</sup> cpv. 2 n. 5 CO);
- l'articolo 734a capoverso 2 numero 3 del nuovo diritto menziona oltre alle prestazioni in natura anche le prestazioni di servizi. Non vi è tuttavia alcuna estensione materiale dell'ambito della relazione sulle retribuzioni poiché la precedente enumerazione non era esaustiva (cfr. art. 663b<sup>bis</sup> cpv. 2 CO, frase introduttiva). Tutte le prestazioni accessorie al salario continuano a essere registrate come prestazioni in natura o prestazioni di servizi gratuite o a prezzo scontato. Nella pratica, queste prestazioni sono sovente chiamate *fringe benefits*;
- il numero 5 fa ora espressa menzione delle indennità d'assunzione. Diversamente dalle indennità di partenza, sono vietate soltanto se non compensano uno svantaggio finanziario chiaramente dimostrabile (cfr. art. 735c n. 5);
- il numero 10 considera retribuzioni da divulgare nella pertinente relazione le indennità di carenza correlate a un divieto di concorrenza. La trasparenza al riguardo è giustificata affinché gli azionisti possono essere informati sul fatto che non si tratta di un'indennità inabituale sul mercato, e pertanto vietata (cfr. art. 735c n. 3);
- secondo l'articolo 734a capoverso 3 numero 3 proposto dall'avamprogetto l'importo aggiuntivo (cfr. art. 735a) deve essere divulgato nella relazione sulle retribuzioni. La trasparenza in proposito permette agli azionisti di verificare che l'importo aggiuntivo non sottoposto al voto sulle retribuzioni non è stato utilizzato in modo abusivo. Gli azionisti devono sapere quale parte dell'importo aggiuntivo totale riceve ciascun membro della direzione.

Per quanto concerne l'articolo 734a capoverso 2 numero 8 che corrisponde interamente all'attuale articolo 663b<sup>bis</sup> capoverso 2 numero 8, occorre rilevare che le prestazioni assoggettate alla legge del 17 dicembre 1993<sup>373</sup> sul libero passaggio non sono considerate retribuzioni ai sensi dell'articolo 734a. Queste prestazioni, per esempio quelle percepite da un membro del consiglio d'amministrazione, non sono effettuate dalla società ma dall'istituto di previdenza. Le spese della società per le prestazioni di previdenza sono invece considerate retribuzioni.

Il contenuto dell'articolo 663b<sup>bis</sup> CO è suddiviso in tre disposizioni per migliorarne la leggibilità:

- i capoversi 1 e 2 corrispondono all'articolo 734a (retribuzioni) dell'avamprogetto;
- il capoverso 3 corrisponde all'articolo 734b (mutui e crediti);

<sup>372</sup> Cfr. ROLF WATTER/KARIM MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> N 18; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

<sup>373</sup> RS **831.42**

- il capoverso 4 deve figurare sia nell'articolo 734a sia nell'articolo 734b per tenere conto della nuova struttura della normativa;
- il capoverso 5 corrisponde all'articolo 734c (persone vicine).

Secondo i nuovi articoli 734a capoverso 3 numero 2 e 734b capoverso 2, l'importo percepito da ciascun membro della direzione deve essere indicato con menzione del nominativo e della funzione del membro. Non vi è più un motivo convincente che spieghi perché le retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione e del consiglio consultivo devono essere divulgate individualmente ma non le retribuzioni dei membri della direzione che sono spesso le più elevate tra quelle versate dalla società. L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. prevede imperativamente diritti di partecipazione degli azionisti (tra l'altro il voto annuale sulle retribuzioni) che possono essere esercitati in modo effettivo nei confronti della direzione soltanto se regna una trasparenza completa. Nessun membro della direzione deve poter celare la propria retribuzione dietro l'anonimato dell'importo totale. Continuano tuttavia a non dover essere divulgati i nominativi delle persone vicine (art. 734c cpv. 2).

L'espressione «corrisposto direttamente o indirettamente» vuole precisare che vanno indicate anche le retribuzioni che non sono versate dalla società medesima ma da una società del gruppo<sup>374</sup>.

Ai fini dell'obbligo di divulgare le retribuzioni nella relazione sulle retribuzioni è decisivo come nel diritto vigente il momento in cui esse devono essere contabilizzate. La relazione sulle retribuzioni si basa quindi sull'esercizio trascorso.

#### *Art. 734d* Relazione sulle retribuzioni; attività presso altre imprese

Secondo il capoverso 1 della presente disposizione la relazione sulle retribuzioni indica le attività dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo in funzioni analoghe presso imprese svizzere o straniere che perseguono uno scopo economico (cfr. art. 626 cpv. 2 n. 1 e cpv. 3).

Secondo il capoverso 2 le indicazioni devono comprendere il nome del membro, la designazione dell'impresa (ditta/nome) e la funzione svolta. Esempio: H. A.: membro del consiglio d'amministrazione e del comitato di retribuzione della N. Ltd.; direttore della S. plc; consigliere di fondazione presso le fondazioni H. e I.; membro della direzione della A. Sagl; amministratore e membro del comitato di audit della società cooperativa G.; membro dei consigli d'amministrazione delle filiali O. SA, D. SA, E. Sagl, S. Sagl e S. società in accomandita della società cooperativa A., società di cui è amministratore e membro della direzione del gruppo; membro della presidenza della società mantello dell'economia E. Le indicazioni dettagliate delle funzioni sono importanti per gli azionisti perché permettono di accertare eventuali conflitti d'interesse (cfr. art. 717a) e di valutare approssimativamente il tempo di lavoro dell'interessato. Per poter identificare chiaramente l'impresa occorre anche indicarne il nome completo.

Questa prescrizione sulla trasparenza non è contenuta nell'ORESA. La sua adozione si impone tuttavia poiché, poco tempo dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza, negli statuti di molte società sono state date interpretazioni dubbie sotto il profilo giuridi-

<sup>374</sup> Così già nel messaggio del 23 giu. 2004 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Trasparenza delle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione), FF **2004** 3995, 4012.

co dell'obbligo di indicare il numero di tali attività (cfr. art. 12 cpv. 1 n. 1 OReSA). Palesemente, alcune società esitano a rivelare alla loro assemblea generale il numero esatto delle attività ammesse. Da una parte, indicano come una sola attività le attività in altri gruppi d'impresе, anche se gli interessati sono attivi al massimo livello di numerose società del gruppo. Dall'altra, le attività nelle associazioni e nelle fondazioni sono parzialmente omesse.

L'avamprogetto rinuncia a inasprire le regole relative al fondamento statutario. Invece garantisce agli azionisti una completa trasparenza sulle attività effettivamente svolte al di fuori della propria società. In base a queste informazioni l'assemblea generale può meglio giudicare se sia necessario adeguare il fondamento statutario della società e limitare il numero delle attività ammissibili. Inoltre, l'ufficio di revisione verifica le indicazioni fornite (cfr. art. 728a cpv. 1 n. 4).

*Art. 734e* Relazione sulle retribuzioni; rappresentanza della sessi nel consiglio d'amministrazione e nella direzione

Nella relazione sulle retribuzioni delle società quotate in borsa che superano i valori di cui all'articolo 727 capoverso 1 numero 2 CO vanno fornite, conformemente all'articolo 734e, alcune indicazioni sulla composizione del consiglio d'amministrazione e della direzione, se la rappresentanza di uno dei due sessi è inferiore al 30 per cento. Occorre così indicare i motivi per cui la rappresentanza di ciascun sesso non raggiunge almeno il 30 per cento e le misure previste o già attuate per promuovere il sesso sottorappresentato (principio «comply or explain»). L'obbligo di riferire nella relazione sulle retribuzioni si applica al più tardi nell'esercizio che inizia cinque anni dopo l'entrata in vigore della nuova legge. (cfr. art. 5 disp. trans.).

Da alcuni anni alcune grandi società si adoperano per aumentare il numero di donne nei consigli d'amministrazione e nella direzione. Tuttavia, se si considerano le 100 maggiori imprese del Paese, la situazione rimane deludente. Secondo il noto *Schilling Report 2014* che da nove anni analizza la composizione degli organi superiore di direzione e amministrazione delle maggiori società svizzere, la quota delle amministratrici ammonta soltanto al 13 per cento e la quota delle donne nelle direzioni è soltanto del 6 per cento (le cifre 2014 si riferiscono al rilevamento del 31 dic. 2013)<sup>375</sup>. Le pressioni politiche e giuridiche sono pertanto giustificate.

Il valore di riferimento del 30 per cento segnala chiaramente all'economia che deve intensificare i suoi sforzi per promuovere le donne in modo attivo e globale. Nel contempo, fissare al 30 per cento il valore di riferimento e prevedere un periodo transitorio di cinque anni permette alle imprese di operare in modo prudente senza sollecitarle eccessivamente con norme irragionevoli. Il margine di manovra del consiglio di amministrazione e della direzione non viene limitato eccessivamente. L'avamprogetto conserva la possibilità per il consiglio d'amministrazione e la direzione di avere una composizione eterogenea sotto il profilo dell'esperienza, della formazione e delle capacità dei loro membri.

L'avamprogetto rimanda alle elevate soglie stabilite dall'articolo 727 capoverso 1 numero 2 CO (somma di bilancio di 20 milioni di franchi; cifra d'affari di 40 milioni

<sup>375</sup> Schilling Report 2014 della guido schilling ag, *Transparenz an der Spitze, Die Geschäftsleitungen und Verwaltungsräte der hundert grössten Schweizer Unternehmen im Vergleich*, pag. 15 e 24 (Trasparenza ai vertici, Confronto delle direzioni e dei consigli d'amministrazione delle 100 maggiori imprese svizzere).

di franchi; 250 posti di lavoro a tempo pieno)<sup>376</sup>. Il rimando permette di evitare che le piccole società quotate in borsa, in particolare quelle che non sono quotate nel *Main Standard* del SIX Swiss Exchange, entrino nel campo d'applicazione del capoverso 3. Soltanto lo 0,37 per cento di tutte le imprese svizzere quotate e non quotate in borsa ha più di 250 dipendenti a tempo pieno e soltanto l'1,3 per cento realizza una cifra d'affari superiore a 40 milioni di franchi; queste percentuali non riguardano le sole società anonime<sup>377</sup>. Sulle somme di bilancio mancano dati affidabili, poiché in questo campo le imprese dispongono di un margine di manovra relativamente ampio, in particolare in considerazione della possibilità di creare riserve latenti arbitrarie.

*Art. 735* Voto dell'assemblea generale; retribuzioni

L'assemblea generale vota secondo il capoverso 1 sulle retribuzioni che i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo percepiscono direttamente o indirettamente dalla società.

L'articolo 735 concede una certa flessibilità alle società per l'attuazione delle regole dell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost., nella misura in cui indica soltanto le condizioni fondamentali da rispettare imperativamente per la fissazione delle retribuzioni (cpv. 3 n. 1-4). Ciò permette alle società di scegliere un sistema adeguato alle loro necessità concrete. Lo statuto deve disciplinare i dettagli del voto dell'assemblea generale (cpv. 2 per. 1, art. 626 cpv. 2 n. 5). Lo statuto può anche concedere diritti più ampi agli azionisti, ad esempio la possibilità di votare sulle retribuzioni delle singole persone e può disciplinare le modalità secondo cui procedere in caso di rifiuto delle retribuzioni da parte dell'assemblea generale (cpv. 2 per. 2).

La nozione di «voto» comprende sia le approvazioni sia le deliberazioni. La società può di conseguenza scegliere se approvare gli importi complessivi delle retribuzioni con la conseguenza che gli azionisti non possono fare altre proposte, o se l'assemblea generale delibera sulle retribuzioni proposte. In questo caso ogni azionista può fare nuove proposte all'assemblea generale (p. es. proporre un importo complessivo inferiore per le retribuzioni).

Si rinuncia a una disposizione sul periodo di riferimento delle retribuzioni sulle quali gli azionisti devono votare. L'esigenza del voto annuale secondo il capoverso 3 numero 1 ha per conseguenza che non è per esempio possibile votare prospettivamente su un budget pluriennale delle retribuzioni. Inoltre, il capoverso 3 numero 4 vieta le votazioni prospettive sulle retribuzioni variabili. La società può garantire la propria pianificazione per quanto concerne le retribuzioni in particolare le retribuzioni dei membri della direzione con una votazione prospettiva sulle componenti *fisse* delle retribuzioni. Le retribuzioni variabili (bonus) devono dapprima essere stabilite e approvate dall'assemblea generale quando sono disponibili il conto annua-

<sup>376</sup> Queste soglie sono state portate il 1° gen. 2012 da 10-20-50 a 20-40-250, come menzionato sopra; cfr. FLORIAN ZIHLER, *Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR*, ST 2011/9, pag. 670 segg.

<sup>377</sup> Sulle cifre del 2010 dell'Ufficio federale di statistica, rispettivamente dell'Amministrazione federale delle contribuzioni: FLORIAN ZIHLER, *Das zukünftige Rechnungslegungsgesetz*, ST 2011/1-2, pag. 43. seg. anche NZZ del 12° ago. 2014, n. 184, pag. 22 (*Kleinstbetriebe dominieren*) (predominio delle piccole società).

le verificato e quindi le cifre definitive. Così gli azionisti non devono deliberare fondando il loro voto su eventualità.

L'articolo 735 non prevede di proposito alcuna regola sulle modalità da seguire nel caso in cui gli azionisti rifiutano l'importo complessivo proposto per le retribuzioni. Le competenze previste nell'articolo 95 capoverso 3 Cost. devono essere rispettate. Le retribuzioni del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo sono stabilite definitivamente soltanto dopo essere state approvate dall'assemblea generale. Sono vietate regole statutarie che, in caso di rifiuto delle nuove retribuzioni da parte dell'assemblea generale, lascerebbero sussistere le ultime retribuzioni approvate o attribuirebbero la facoltà di decidere in tal merito al comitato di retribuzione. Tuttavia la società è libera di decidere se convocare un'assemblea generale straordinaria o sottoporre nuovamente le retribuzioni all'approvazione della successiva assemblea generale ordinaria.

Il capoverso 3 prevede che il voto sulle retribuzioni deve rispettare quattro condizioni cumulative fondamentali:

- l'assemblea generale vota annualmente (n. 1);
- l'assemblea generale vota separatamente (n. 2);
- il voto dell'assemblea generale ha carattere vincolante (n. 3); e
- le votazioni prospettive sulle retribuzioni variabili sono vietate (n. 4).

Meri voti consultivi sono di conseguenza vietati.

*Art. 735a* Voto dell'assemblea generale; importo aggiuntivo per la direzione

Il consiglio d'amministrazione ha l'attribuzione intrasmissibile di nominare e revocare i membri della direzione (art. 716a cpv. 1 n. 4 CO). Diversamente dall'elezione dei membri del consiglio d'amministrazione, questa nomina non richiede la tenuta di un'assemblea generale. In una società le cui azioni sono quotate in borsa, sarebbe eccessivo convocare un'assemblea generale straordinaria soltanto per votare sulle retribuzioni di un nuovo membro della direzione.

Come nell'articolo 19 OReSA<sup>378</sup>, l'avamprogetto ammette che lo statuto preveda un importo aggiuntivo per i membri della direzione nominati tra due assemblee generali (ordinarie). Poiché l'articolo 735 non contiene regole sul periodo di riferimento delle retribuzioni, il capoverso 1 precisa che l'impiego di un importo aggiuntivo è possibile soltanto se l'assemblea generale vota sulle retribuzioni in modo prospettivo. In caso di voto retrospettivo sulle retribuzioni, l'importo aggiuntivo equivarrebbe a un'elusione ingiustificata delle competenze dell'assemblea generale poiché, in questo caso, il membro della direzione di nuova nomina si trova nella medesima situazione dei membri attuali.

Il capoverso 2 stabilisce in quale momento può essere utilizzato l'importo aggiuntivo previsto dallo statuto. Da una parte, può essere impiegato soltanto se l'importo complessivo delle retribuzioni deliberato dall'assemblea generale non è sufficiente per coprire la retribuzione di uno o più membri *nuovi*. L'impiego parziale o totale dell'importo aggiuntivo non deve però avere come conseguenza un aumento della retribuzione individuale dei membri attuali della direzione. L'importo aggiuntivo non deve essere impiegato né direttamente né indirettamente per le promozioni

interne. Dall'altra, sotto il profilo temporale, l'importo aggiuntivo può essere utilizzato soltanto fino al successivo voto dell'assemblea generale sulle retribuzioni (*pro rata temporis* fino alla prossima assemblea generale).

Secondo il capoverso 3 l'assemblea generale non vota sull'importo aggiuntivo utilizzato che deve però essere dettagliatamente divulgato per ciascun beneficiario nella relazione sulle retribuzioni (cfr. art. 734a cpv. 3 n. 3).

#### *Art. 735b* Durata dei rapporti contrattuali

La durata dei contratti su cui si fondano le retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione non deve, secondo il capoverso 1, superare la durata del mandato degli amministratori (cfr. art. 710). I contratti devono quindi precisare che le retribuzioni sono fissate facendo salva la rielezione dell'amministratore.

La durata, rispettivamente il termine di disdetta dei contratti che prevedono le retribuzioni dei membri della direzione e del consiglio consultivo non deve, secondo il capoverso 2, superare un anno. Il termine di un anno distingue i contratti ordinari dalle indennità di partenza vietate garantendo quindi certezza giuridica a tutti gli interessati. L'assemblea generale non può prolungare il termine ma può ridurlo, ad esempio a sei mesi, con una disposizione statutaria (cfr. art. 735c n. 1).

#### *Art. 735c* Retribuzioni vietate; nella società

L'articolo 735c numeri 1–9 contiene disposizioni sia su retribuzioni completamente vietate (p. es. indennità di partenza vietate o provvigioni della società per le ristrutturazioni) sia su retribuzioni vietate soltanto a determinate condizioni (p. es. indennità non usuali sul mercato per un divieto di concorrenza).

Le seguenti retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo sono vietate:

- le indennità di partenza pattuite per contratto o previste dallo statuto, sono vietate dal numero 1. Secondo il capoverso 2, le retribuzioni dovute fino alla fine dei rapporti contrattuali secondo l'articolo 735b, tra l'altro la continuazione del pagamento del salario in caso di disdetta contratto di lavoro, non sono considerate indennità di partenza. Sul fondamento dell'articolo 626 capoverso 2 numero 2, l'assemblea generale può contribuire a determinare l'importo di queste retribuzioni, per esempio fissando termini di disdetta inferiori entro il termine massimo previsto dall'articolo 735b capoverso 2. Il divieto del numero 1 non vale nemmeno per le indennità di partenza che risultano dal diritto imperativo nazionale o straniero (p. es. secondo l'articolo 339b CO);
- negli ultimi anni le indennità per divieto di concorrenza hanno fatto discutere durante le assemblee generali e nel pubblico<sup>379</sup>. La proibizione assoluta dei divieti di concorrenza o delle relative indennità per i quadri superiori di una società sarebbe eccessiva e costituirebbe un'ingerenza eccessiva nella libertà economica. Convenire indennità per divieto di concorrenza, per esempio con un membro della direzione che conosce importanti segreti d'affari nei settori della ricerca e dello sviluppo, può certamente essere op-

<sup>379</sup> Cfr. NZZ online del 15 feb. 2013.

portuno. L'avamprogetto prevede tuttavia due restrizioni. Innanzitutto occorre esaminare, secondo il numero 2, se il divieto di concorrenza è giustificato dall'uso commerciale, tutela interessi della società degni di protezione e intende evitare i potenziali danni alla società. Anche la durata del divieto di concorrenza deve essere giustificata dall'uso commerciale. Secondo il capoverso 3 non è in particolare giustificato dall'uso commerciale un divieto di concorrenza di durata superiore a dodici mesi. Se il divieto di concorrenza è giustificato dall'uso commerciale, occorre esaminare, secondo il numero 3, se l'importo di un'eventuale indennità per un divieto di concorrenza sia usuale sul mercato. Criteri particolarmente importanti a tal fine sono la durata e la portata del divieto di concorrenza, le sue ripercussioni per lo sviluppo professionale dell'interessato e il fatto che sia usuale nel settore;

- il numero 4 vieta tutte le retribuzioni non usuali sul mercato connesse con una precedente attività di membro del consiglio d'amministrazione, della direzione o del consiglio consultivo. Occorre evitare che, in determinate circostanze, i divieti delle indennità di partenza (n. 1) o delle indennità di non concorrenza non usuali sul mercato (n. 3) siano elusi anni dopo che una persona ha lasciato la società. In ultima istanza si tratta di una concretizzazione del divieto generale dell'abuso di diritto secondo l'articolo 2 capoverso 2 CC<sup>380</sup>;
- i premi d'assunzione devono essere distinti dalle retribuzioni anticipate generalmente vietate (n. 6). I premi d'assunzione sono pagamenti sostitutivi, vale a dire indennità per pretese di valore pecuniario nei confronti dell'*attuale* datore di lavoro o mandante (p. es. la partecipazione a diritti di sottoscrizione ancora in corso, azioni vincolate) che sarebbero spettate a un membro del consiglio d'amministrazione o della direzione se non avesse cambiato impresa. Il nuovo diritto ammette i premi d'assunzione a condizione che, secondo il numero 5, compensino uno svantaggio finanziario chiaramente comprovabile subito dal beneficiario in seguito all'assunzione da parte della società. Questi premi non sono mai versati per risarcire danni ipotetici o addirittura un mero interesse affettivo. Nemmeno è consentito un pagamento forfettario («premio d'entrata»/«premio d'assunzione») che non compensi uno svantaggio finanziario chiaramente comprovabile;
- il numero 6 vieta le retribuzioni anticipate. Questa disposizione vuole evitare che i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo ricevano (elevate) retribuzioni finanziarie o prestazioni in natura prima di esplicitare la loro attività al servizio della società, assumersi responsabilità e generare per essa un plusvalore. L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. vieta esplicitamente questo genere di retribuzioni;
- secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost., i membri dei vari organi non ricevono premi per le acquisizioni e le vendite di ditte. Il numero 7 dà attuazione a questa regola formulata in modo aperto e con scarso rispetto della tecnica giuridica nella Costituzione vietando le provvigioni per l'assunzione o il trasferimento di imprese o parti d'impresa (p. es. la vendita a un terzo acquirente di una impresa direttamente controllata, l'acquisizione da parte della società di un'impresa finora controllata soltanto indirettamente

o la separazione con il trasferimento di attivi e passivi a un'altra impresa del gruppo). La fattispecie è volutamente formulata in modo aperto: non si applica soltanto a fusioni, scissioni e trasferimenti di patrimoni secondo la Legge sulla fusione<sup>381</sup>, ma anche a processi equivalenti come le quasi fusioni e le fusioni improprie<sup>382</sup>. La nozione di provvigione è mutuata dal diritto del lavoro (art. 322*b* CO) e precisa che i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo non devono essere *specificamente* retribuiti per ciascuna ristrutturazione compiuta. Tuttavia, per la fissazione delle altre retribuzioni va tenuto conto delle prestazioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo nell'ambito delle ristrutturazioni (cfr. art. 717 cpv. 1<sup>bis</sup>);

- i numeri 8 e 9 vietano, se manca un apposito fondamento statutario, la concessione di mutui, crediti, prestazioni previdenziali al di fuori della previdenza professionale e retribuzioni in funzione del risultato, come pure l'attribuzione di titoli di partecipazione, diritti di conversione e di opzione ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo.

#### *Art. 735d*      Retribuzioni vietate; nel gruppo

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost., i membri dei vari organi non ricevono contratti supplementari di consulenza o di lavoro da parte di società del gruppo.

Questa disposizione non vuole impedire ai membri dei vari organi di concludere contratti con altre società del gruppo. Ciò complicherebbe eccessivamente i compiti di controllo e di direzione di un gruppo. L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. vuole piuttosto impedire che le componenti delle retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo provenienti da altre imprese del gruppo non siano divulgate, o che la medesima attività sia retribuita più volte. La mancata divulgazione di queste componenti nella relazione sulle retribuzioni potrebbe inoltre eludere la competenza di approvazione dell'assemblea generale (cfr. art. 735).

L'articolo 735*d* prevede pertanto che le retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo per le attività in imprese direttamente o indirettamente controllate dalla società sono in linea di massima vietate. Queste retribuzioni sono ammesse se rispettano le prescrizioni di legge e lo statuto e soggiacciono all'approvazione dell'assemblea generale della società. L'obbligo di rendere note tali retribuzioni è già esplicitato nella formulazione dell'articolo 734*a* capoverso 1 («retribuzioni che la società ha corrisposto ... indirettamente»)

<sup>381</sup> RS 221.301

<sup>382</sup> Cfr. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3<sup>a</sup> ed., Berna 2014, N 70 segg.

Le nozioni di «controllo» e di «impresa» sono riprese dalle vigenti disposizioni sui conti di gruppo in vigore dal 1° gennaio 2013 (art. 963 cpv. 1 CO)<sup>383</sup>.

Naturalmente le retribuzioni vietate ai sensi dell'articolo 735c non devono poter essere corrisposte di straforo ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo, servendosi delle retribuzioni limitatamente ammesse nel gruppo secondo l'articolo 735d.

### **2.1.36 Scioglimento della società**

*Art. 736 cpv. 1 n. 4 e cpv. 2* Scioglimento in genere; cause

Secondo il capoverso 1 numero 4, gli azionisti possono chiedere lo scioglimento della società per motivi gravi se dispongono di almeno il dieci per cento del capitale azionario (come finora) o del dieci per cento dei voti. A tal fine non si distingue tra società quotate in borsa e società che non lo sono (cfr. n. 1.3.6.6).

È molto importante che il giudice possa, secondo il capoverso 2, ordinare una soluzione adeguata e accettabile per gli interessati ma diversa dallo scioglimento della società. Si tratta innanzitutto dell'acquisto delle azioni dell'attore da parte della società. In particolare nelle società anonime private in cui gli azionisti di minoranza non hanno praticamente alcuna possibilità di vendere le loro partecipazioni a terzi, il diritto di chiedere lo scioglimento della società permette agli interessati, nei casi di rigore, di recedere dalla società. Dato che in Svizzera vi sono anche società anonime di piccole dimensioni, con azioni di fatto inalienabili perché prive di mercato, l'azione di scioglimento assume importanza ai fini della protezione degli azionisti minoritari. In effetti, ha la funzione di un'azione di azione di recesso dalla società per gravi motivi<sup>384</sup>.

Anche la nuova disposizione sull'acquisto di azioni proprie da parte della società è correlata all'articolo 736. Il tetto massimo previsto per l'acquisto di azioni proprie nell'ambito dell'azione di scioglimento è stato portato al 20 per cento (cfr. art. 659 cpv. 3).

### **2.1.37 Responsabilità degli organi**

*Art. 753 n. 1* Responsabilità per la costituzione

Poiché nel nuovo diritto l'assunzione di beni non è più considerata una fattispecie qualificata di costituzione viene a cadere la corrispondente responsabilità per la

<sup>383</sup> Messaggio concernente la modifica del Codice delle obbligazioni. (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1450 in combinazione con 1425. Cfr. sulla nozione di impresa che non è più esplicitamente definita nella legge: FLORIAN ZIHLER, Die Konzernrechnung gemäss zukünftigem Rechnungslegungsrecht, ST 2012/5, pag. 285.

<sup>384</sup> RETO SANWALD, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Zurich 2009, pag. 177 seg.

costituzione. Secondo l'avamprogetto, ai danni nell'ambito dell'«assunzione di beni» va in particolare applicata la fattispecie di responsabilità dell'articolo 754 nonché l'azione di restituzione secondo l'articolo 678 (cfr. n. 1.3.1.3).

*Art. 754 cpv. 1*                      Responsabilità per l'amministrazione, la gestione, la rappresentanza indipendente e la liquidazione

Il nuovo diritto inserisce nella fattispecie di responsabilità dell'articolo 754 il rappresentante indipendente. Sotto ogni altro aspetto la norma rimane immutata. L'estensione del campo d'applicazione personale della disposizione è giustificato poiché, nell'attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.<sup>385</sup> al rappresentante indipendente è attribuito un ruolo importante nell'esercizio del diritto di voto degli azionisti (cfr. art. 689c segg.). Se occorre ripetere in parte un'assemblea generale per colpa del rappresentante indipendente, la società deve potergli chiedere di rispondere del danno cagionato.

*Art. 756 cpv. 2*                      Danno subito dalla società; pretese fuori del fallimento

L'avamprogetto aggiunge il capoverso 2 alla presente disposizione per tenere conto della medesima situazione dell'articolo 678 capoverso 5.

Per la promozione dell'azione di restituzione a spese della società, si rimanda ai commenti agli articoli 697j e 697k.

*Art. 757 cpv. 4*                      Pretese nel fallimento

Il nuovo capoverso 4 dell'articolo 757 è connesso con la revisione del diritto in materia di risanamento del CO (cfr. cap. 1.3.7) e concerne il trattamento dei crediti postergati nell'ambito di un'azione di responsabilità.

Di per sé la postergazione non costituisce un'autentica misura di risanamento, ma rappresenta sovente un passo importante nel risanamento di un'impresa. Nella postergazione il creditore di un'impresa con un'eccedenza di debiti rinuncia al pagamento del suo credito fintanto che non siano stati soddisfatti gli altri creditori (cfr. art. 725b cpv. 4 n. 1). Se in seguito il risanamento non va in porto e viene dichiarato il fallimento della società, il consiglio d'amministrazione risponde a determinate condizioni del danno che ne risulta per la società (art. 754 segg. CO). Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale<sup>386</sup> nel calcolo di questo danno (indiretto) deve essere tenuto conto dei crediti postergati. Ciò è stato criticato dalla dottrina poiché il consiglio d'amministrazione, per quanto concerne questa componente del danno, ha assolto ai suoi obblighi e perciò un credito postergato valido non costituisce un danno<sup>387</sup>. Questa giurisprudenza complica i risanamenti. Infatti, se un risanamento non va in porto e viene dichiarato il fallimento, secondo i considerandi della decisione del Tribunale federale, per calcolare il danno nell'azione di responsabilità si tiene conto dei crediti postergati, e ciò non è né giustificato per i terzi creditori favoriti dalla postergazione né adeguato nell'ottica degli organi responsabi-

<sup>385</sup> RS 101

<sup>386</sup> Confermata da ultimo nella DTF 4A 277/2010 del 2 set. 2010, consid. 2.3.

<sup>387</sup> RICO A. CAMPONOV/O/ANDREAS C. BAUMGARTNER, Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall, in: Der Schweizer Treuhänder 2011/12, pag. 1036-1038.

li della società. Il legislatore deve chiarire questo punto. In caso contrario, sarà mantenuta l'attuale situazione giuridica che rende difficile per le imprese ottenere la postergazione di un credito.

#### *Art. 758 cpv. 2* Effetto del discarico

Il capoverso 2 dell'avamprogetto prolunga da sei a dodici mesi il termine di cui dispongono gli azionisti che non hanno consentito al discarico per promuovere l'azione al di fuori del fallimento. Prolungare il termine è necessario perché quello attuale si è spesso dimostrato troppo breve. Nei casi complessi, esso non permette segnatamente agli azionisti di riunire le informazioni necessarie per motivare la loro azione.

Il termine è sospeso durante la procedura per istituire una verifica speciale, durante l'esecuzione di tale verifica e durante la procedura per autorizzare l'azione a spese della società. Così, i risultati di queste procedure possono essere utilizzati nel momento dell'introduzione dell'azione.

#### *Art. 759* Solidarietà differenziata e regresso

Come già nel diritto vigente, il capoverso 1 prevede una solidarietà differenziata: se più persone sono tenute a risarcire un danno, ognuna di esse risponde solidalmente con le altre, in quanto il danno possa esserle imputato personalmente, tenuto conto della colpa rispettiva e delle circostanze. Questa disposizione, introdotta dalla revisione del diritto della società anonima del 1991, intendeva permettere ai membri dell'ufficio di revisione di invocare la minore gravità della loro colpa rispetto a quella dei membri del consiglio d'amministrazione e della direzione. Essa tiene conto delle grandi differenze nella colpa delle persone chiamate ad assumere responsabilità nel diritto della società anonima. Nell'ottica della responsabilità degli organi della società, la disposizione vuole in particolare tenere conto del fatto che il consiglio d'amministrazione e la direzione da un lato e l'ufficio di revisione dall'altro adempiono compiti diversi sotto il profilo funzionale. Le colpe che ne risultano sono spesso difficilmente comparabili.

Il nuovo ordinamento della solidarietà nel diritto della società anonima del 1991 non ha tuttavia dato buone prove. L'ufficio di revisione è con sempre maggiore frequenza oggetto di azioni di responsabilità ingiustificate. Indipendentemente dalla colpa effettiva degli interessati, non di rado è citato in giudizio soltanto l'ufficio di revisione, segnatamente per i seguenti motivi:

- le norme professionali in materia di revisione sono esaurienti e dettagliate. Ne consegue che, nell'ambito di un'azione di una responsabilità, provare un errore (seppur lieve) dell'ufficio di revisione è talvolta assai più facile di quanto non sia dimostrare che il consiglio d'amministrazione o la direzione è venuta meno al proprio obbligo di diligenza;
- rispetto ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione, le società di revisione garantiscono quasi sempre una maggiore solvibilità; di norma esse dispongono anche di un'assicurazione di responsabilità civile;
- per tutelare la loro reputazione, le società di revisione non possono permettersi lunghi processi, il che le induce a concludere transazioni extragiudiziali. Anche le assicurazioni di responsabilità civile, peraltro, sollecitano le società ad agire in tal senso.

Sotto il profilo della politica giuridica, ciò risulta problematico nei casi in cui, malgrado una colpa lieve, l'ufficio di revisione nella pratica deve assumere una parte importante del danno mentre persone con una colpa più grave non ne rispondono. Il fatto che nelle azioni di responsabilità del diritto della società anonima si chiami in causa in primis l'ufficio di revisione causa di fatto uno spostamento della responsabilità dagli organi dirigenti all'ufficio di revisione. Ai fini del governo d'impresa occorre perciò meglio equilibrare le responsabilità rispettive degli organi societari, tenendo conto delle particolarità del ruolo delle persone incaricate dalla revisione rispetto al ruolo degli organi dirigenti. Nell'adempimento dei loro compiti di controllo, i revisori non possono impedire l'insorgere del danno, ma solo evitare che un danno già intervenuto aumenti. Le norme legali devono quindi garantire che siano in primo luogo gli organi dirigenti a rispondere dei danni derivanti dalla loro attività.

Occorre inoltre garantire il buon funzionamento del mercato dei servizi di revisione: si deve evitare che le società di revisione possano essere citate per danni di importo tale da metterne a rischio l'esistenza, anche per tenere conto del fatto che gli atti da loro commessi sono meno gravi di quelli delle altre persone coinvolte.

Ispirandosi alla soluzione prevista in altri Paesi, l'avamprogetto del disegno 2007 prevedeva di limitare la responsabilità solidale dei revisori a un importo massimo, nei casi in cui fosse loro imputabile soltanto una colpa leggera. Per la revisione di società quotate in borsa e di altre società di una certa importanza la responsabilità era limitata a 25 milioni di franchi, mentre era fissato in generale a 10 milioni il tetto previsto per la revisione di altre società<sup>388</sup>. Tale proposta ha tuttavia provocato reazioni contrastanti in sede di consultazione sull'avamprogetto 2005. La maggioranza degli interpellati ha affermato che le nuove norme privilegierebbero in modo ingiustificato gli uffici di revisione rispetto agli altri organi societari. Taluni hanno chiesto inoltre di rivedere esaurientemente l'intero regime di responsabilità previsto dal diritto azionario e non soltanto la responsabilità dell'ufficio di revisione. Solo pochi interpellati hanno invece approvato la soluzione proposta dall'avamprogetto 2005<sup>389</sup>.

Alla luce dei risultati della consultazione, il Consiglio federale ha disposto che si procedesse a un esame delle varie opzioni per migliorare le norme attuali. Un'ampia riforma del regime di responsabilità degli organi societari non è necessaria e la sua applicazione potrebbe porre seri problemi. Non è esente da problemi neppure una limitazione generale della responsabilità per i servizi di revisione (p. es. al 25 % del danno cagionato). Quest'ultima soluzione si ispira alla generalizzazione di una sentenza in cui il Tribunale federale, in applicazione dell'articolo 759 capoverso 1 CO, aveva limitato la responsabilità solidale dell'ufficio di revisione a un quarto del danno complessivo (nel caso in questione all'ufficio di revisione era nondimeno imputabile una colpa relativamente grave)<sup>390</sup>. Una simile regola comporterebbe una generalizzazione ingiustificabile dal punto di vista materiale. È stato inoltre proposto di prevedere nello statuto della società sottoposta a revisione una limitazione della responsabilità dell'ufficio di revisione basata sull'autonomia privata. La limitazione verrebbe in questo caso concordata tra la società e l'ufficio di revisione. Ciò potreb-

<sup>388</sup> Cfr. rapporto esplicativo del 2 dic. 2005 concernente l'avamprogetto di revisione del Codice delle obbligazioni – Diritto della società anonima e diritto contabile, pag. 86.

<sup>389</sup> Cfr. ricapitolazione dei risultati della procedura di consultazione, feb. 2007, pag. 21.

<sup>390</sup> Sentenza del Tribunale federale 4C.506/1996 del 3 mar. 1998.

be tuttavia compromettere notevolmente la posizione giuridica dei creditori (si tratterebbe di una sorta di contratto a detrimento di terzi). Ne risulterebbero inoltre differenze ingiustificate tra le diverse società quanto al regime di responsabilità. Questa soluzione sarebbe pertanto problematica sotto il profilo giuridico. Non è convincente neppure la variante che prevede di limitare la responsabilità a un multiplo dell'onorario dell'ufficio di revisione, in quanto indurrebbe le società di revisione a stabilire artificiosamente un onorario modesto e a fatturare separatamente le prestazioni che vanno al di là dei compiti primari di revisione. In sede di applicazione del diritto, ciò comporterebbe inoltre notevoli difficoltà di delimitazione.

Per i motivi suesposti, l'avamprogetto basato sul disegno 2007 prevede una diversa soluzione per concretizzare il principio della solidarietà differenziata previsto dal diritto vigente. Il vigente capoverso 1 resta invariato e si applica ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione. Anche la responsabilità di queste persone è comunque commisurata alla colpa e alle circostanze. Per quanto concerne le persone responsabili per la revisione il capoverso 2 prevede che esse rispondono, purché abbiano contribuito a causare un danno per negligenza, sino a concorrenza dell'importo che sarebbero tenute a rifondere in seguito a regresso. In tal modo si tiene conto del ruolo particolare dell'ufficio di revisione e si evita che questo debba di fatto rispondere dell'intero danno nonostante la sua colpa sia minima rispetto a quella del consiglio d'amministrazione e della direzione. Il disciplinamento proposto coincide con quello previsto dal disegno e dal messaggio del 23 febbraio 1983 sulla revisione del diritto della società anonima<sup>391</sup>. Questa soluzione è in sintonia con il principio della solidarietà differenziata di cui al capoverso 1, in quanto permette di evitare limitazioni della responsabilità approssimative e indipendenti dalla colpa.

Il capoverso 2 si applica sia all'ufficio di revisione, sia alle altre persone che forniscono i servizi di revisione previsti dalla legge.

La regola si applica a tutti i casi di negligenza. Distinguere tra negligenza leggera, di media gravità e grave, porrebbe nella prassi difficoltà di delimitazione in definitiva equivalenti a quelle poste dal diritto vigente. Il grado della negligenza viene comunque preso in considerazione, poiché la gravità della colpa è determinante ai fini del calcolo del regresso. Nel caso di una negligenza grave, il capoverso 2 ha dunque un'importanza minore che in caso di colpa leggera.

Nel testo tedesco dei capoversi 3 e 4 il termine «giudice» è sostituito con «tribunale». Si tratta di meri adeguamenti redazionali.

#### *Art. 760*                      Prescrizione

Nella presente disposizione la prescrizione obbedisce al medesimo meccanismo previsto nell'articolo 678a. Il termine di prescrizione relativo di cinque anni previsto dal diritto vigente è conservato.

<sup>391</sup> Messaggio del 23 feb. 1983 sulla revisione del diritto della società anonima FF 1983 II 713, 906.

## **2.1.38 Partecipazione di corporazioni di diritto pubblico**

*Art. 762 cpv. 5* Partecipazione di corporazioni di diritto pubblico

La presente disposizione prevede che le corporazioni di diritto pubblico hanno diritto di designare e revocare, secondo l'articolo 762 CO, i loro rappresentanti anche negli organi delle società le cui azioni sono quotate in borsa.

Questa riserva a favore del diritto di designare e revocare rappresentanti secondo l'articolo 762 è già prevista nell'articolo 1 capoverso 2 secondo periodo OReSA e, in considerazione del suo campo d'applicazione relativamente limitato, non elude le regole dell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.

## **2.2 Modifica di altre disposizioni del Codice delle obbligazioni**

### **2.2.1 Società in accomandita per azioni**

*Art. 765 cpv. 2* Amministrazione, designazione e poteri

L'avamprogetto prevede espressamente che la nazionalità dei membri stranieri del consiglio d'amministrazione e degli stranieri autorizzati a rappresentare la società debba essere iscritta nel registro di commercio. La regola corrisponde all'articolo 119 capoverso 1 lettera d dell'ORC<sup>392</sup>.

### **2.2.2 Società a garanzia limitata**

*Art. 772 cpv. 1* Nozione

L'articolo 772 capoverso 1 primo periodo è adeguato all'articolo 620 e stabilisce esplicitamente che anche le comunioni giuridiche possono costituire una Sagl. Finora, per lo meno secondo il testo della disposizione, una comunione giuridica, ad esempio una comunione ereditaria, poteva soltanto acquisire e alienare le quote sociali di una Sagl esistente (art. 788 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 792 CO).

*Art. 773* Capitale sociale

Per analogia con il diritto della società anonima, l'avamprogetto rende possibile costituire il capitale sociale in moneta straniera. Nel momento dell'iscrizione nel registro di commercio, tale capitale deve corrispondere almeno a un controvalore di 20 000 franchi.

Per tutti gli altri aspetti connessi con il capitale sociale in moneta straniera è fatto rinvio ai commenti relativi alla società anonima (cfr. art. 621).

<sup>392</sup> RS 221.411







*Art. 832 n. 1, 3–5* Disposizioni richieste dalla legge

Il numero 1 contiene una modifica redazionale. Il termine «nome» è eliminato dalla legge. La società cooperativa beneficia della protezione della ditta offerta dall'articolo 951 capoverso 2 CO ed è pertanto titolare di una ditta e non di un nome.

Il numero 3 è soppresso. Sotto i profili materiale e sistematico, la norma fa già parte delle disposizioni che non obbligano se non sono contenute nello statuto (cfr. art. 833).

L'amministrazione e la rappresentanza in seno alla società cooperativa sono disciplinate negli articoli 894 e seguenti e 898 e seguenti CO; le disposizioni del diritto della SA sono applicabili per analogia all'ufficio di revisione (art. 906 cpv. 1 CO in combinato disposto con l'art. 727 segg. CO). Di conseguenza non è necessario esigere l'adozione di corrispondenti norme statutarie. Il numero 4 è pertanto soppresso (cfr. anche art. 626).

Anche nella società cooperativa, la nozione di «pubblicazioni» del numero 5 è sostituita da quella di «comunicazioni» (cfr. art. 626).

*Art. 833 n. 3, 5 e 8* Altre disposizioni

A differenza del diritto della società anonima e della Sagl (cfr. art. 627 e 776a) nel diritto della società cooperativa non viene abrogata la norma sulle disposizioni che non obbligano se non sono previste nello statuto (cfr. art. 627 e art. 776a). Anche se, per quanto concerne l'elenco delle disposizioni che non obbligano se non sono previste nello statuto, sarebbe opportuno stabilire un'analogia con la società anonima e la Sagl, la situazione della società cooperativa deve essere considerata in modo maggiormente differenziato. Nel diritto della società cooperativa le norme materiali sono di portata molto minore e sono molto meno dettagliate che nel diritto della SA e della Sagl. Da una parte, ciò è dovuto al fatto che il vigente diritto della società cooperativa in ampia misura risale ancora al 1936. Dall'altra occorre rilevare che la flessibilità e la libertà nel diritto della società cooperativa sono molto maggiori perché spesso mancano norme materiali analoghe a quelle del diritto della SA o della Sagl. Infatti, a differenza della SA e della Sagl, la società cooperativa, in quanto corporazione di persone non dispone di un capitale di base suddiviso in diverse parti. Mancano disposizioni sul capitale come per esempio sull'ammontare minimo del capitale, sul valore nominale minimo delle quote e sulla liberazione minima. L'abrogazione dell'articolo 833, in analogia con il diritto della società anonima, implicherebbe l'integrazione di molte disposizioni sotto il profilo materiale e quindi spesso anche degli adeguamenti della sistematica del testo normativo. Occorrerebbe ad esempio adottare una disposizione sul capitale, secondo la quale la società cooperativa deve disporre di un capitale sociale se vi sono le necessarie basi statutarie. Dovrebbero inoltre essere adottate disposizioni analoghe a quelle della società anonima sulla costituzione mediante conferimenti in natura. Questi punti non sono tuttavia oggetto della presente revisione del diritto della società anonima. Di conseguenza l'attuale articolo 833 non è abrogato, ma ne sono soltanto adeguati i punti che richiedono imperativamente una revisione.

Per analogia con il diritto della società anonima, anche per quanto concerne la società cooperativa, l'assunzione di beni non va più considerata una fattispecie

qualificata di costituzione o di aumento del capitale e non è di conseguenza assoggettata alla pubblicità nello statuto e nel registro di commercio (cfr. cap. 1.3.1.3). L'articolo 833 numero 3 può pertanto essere soppresso senza essere sostituito. Nella misura in cui la controprestazione ricevuta è sproporzionata al valore del bene patrimoniale, sorge un diritto a restituzione secondo l'articolo 902a in combinato disposto con l'articolo 678.

L'articolo 832 numero 3 CO è ripreso nell'articolo 833 numero 5 e rivisto sotto il profilo redazionale (cfr. art. 832 n. 3).

Nel numero 8 del testo tedesco l'espressione «avanzo del conto d'esercizio» è sostituita dall'espressione «utile risultante dal bilancio» (cfr. art. 698 cpv. 2 n. 4 CO).

#### *Art. 834 cpv. 2*      *Assemblea costitutiva*

Il capoverso 2 adeguato in conformità con le modifiche del diritto della società anonima e della Sagl (assunzione di beni che cessa di essere una fattispecie qualificata sottoposta alla pubblicità nello statuto e nel registro di commercio; cfr. cap. 1.3.1.3) prevede ora che il rapporto dei promotori debba prendere posizione soltanto sui conferimenti in natura.

#### *Art. 856 titolo marginale e cpv. 2*      *Comunicazione della relazione annuale, del conto annuale e del conto di gruppo*

La norma riprende il modello della corrispondente disposizione del diritto della società anonima (cfr. art. 696 cpv. 3).

#### *Art. 857 cpv. 2<sup>bis</sup> e 3*      *Ragguagli*

Le prescrizioni del diritto della società anonima sulla divulgazione delle retribuzioni dei quadri superiori devono valere per analogia per la società cooperativa. Per le società cooperative con più di 2000 membri la comunicazione è effettuata conformemente agli articoli 734-734d. Alle altre società cooperative si applica l'articolo 697 capoverso 4.

Nella versione tedesca del capoverso 3, «giudice» è sostituito da «tribunale». Si tratta di una modifica di ordine redazionale.

#### *Art. 874 cpv. 2*      *Modificazione delle disposizioni sulla responsabilità*

La disposizione è adeguata sotto il profilo terminologico al diritto della società anonima. Il rimando generale chiarisce che, analogamente al diritto della SA, sono possibili sia la riduzione del capitale, sia la riduzione del capitale in caso di bilancio in disavanzo, sia la procedura a fisarmonica (cfr. art. 653j segg.).

#### *Art. 879 cpv. 2 n. 2<sup>bis</sup> e 3<sup>bis</sup>*      *Assemblea generale; poteri*

Nel contesto del nuovo diritto contabile, è stato esplicitamente previsto il potere dell'assemblea generale di approvare la relazione annuale e il conto di gruppo anche

per la società cooperativa (art. 879 cpv. 2 n. 3 CO)<sup>395</sup>. In tal modo è venuto meno il potere dell'assemblea generale di approvare il conto d'esercizio (conto economico) e il bilancio, nonché la distribuzione dell'utile netto (cfr. art. 879 cpv. 2 n. 3 vCO). Questa dimenticanza legislativa viene ora corretta riprendendo il previgente numero 3 nella legge che viene adeguata sotto il profilo terminologico al diritto della società anonima e al diritto contabile.

Il nuovo numero 3<sup>bis</sup> è aggiunto in conformità con il diritto della società anonima (cfr. art. 698 cpv. 2 n. 6).

*Art. 893a* Impiego di mezzi di comunicazione elettronici

Per quanto concerne l'impiego di mezzi di comunicazione elettronici l'avamprogetto rimanda al diritto della società anonima (cfr. art. 701c segg.).

*Art. 902 cpv. 3* Obblighi. In genere

L'avamprogetto modifica la suddivisione della disposizione per motivi di tecnica legislativa e la rielabora sotto il profilo redazionale. Nell'ottica del nuovo diritto contabile, il capoverso 3 numero 2 impiega la nozione di «relazione sulla gestione».

*Art. 902a* Restituzione di prestazioni

Nel diritto della società cooperativa non vige un obbligo generale di restituzione come nel diritto della società anonima (art. 678 CO) e nel diritto della Sagl (art. 800 CO). L'articolo 904 CO si limita a proteggere i creditori sociali contro l'indebita riscossione; tale protezione interviene soltanto nel momento del fallimento.

Non si capisce perché non dovrebbe vigere, anche nel diritto della società cooperativa un'azione di restituzione analogo a quello previsto nel diritto della SA. Alle medesime problematiche si danno in linea di massima soluzioni analoghe per i vari istituti giuridici, nella misura in cui non vi siano tra essi sostanziali differenze. Per quanto concerne la restituzione delle prestazioni non si riscontrano differenze sostanziali tra il diritto della società cooperativa, quello della SA e quello della Sagl, ragione per cui è giustificato unificarli. Per quanto concerne il diritto alla restituzione di prestazioni, l'avamprogetto prevede pertanto una norma che rimanda al diritto della SA (cfr. art. 678 seg.).

<sup>395</sup> RU 2012 6679, 6696.

*Art. 903*      Rischio di insolvenza ed eccedenza dei debiti

Si rimanda alle osservazioni sull'articolo 820, fatte salve le particolarità illustrate in seguito.

Gli obblighi del consiglio d'amministrazione secondo gli articoli 725 e seguenti si applicano alla società cooperativa con riguardo alla sua amministrazione.

Le disposizioni sulla perdita di capitale (cfr. art. 725*a*) si applicano soltanto alle società cooperative con certificati di quota (art. 853 CO). Questo fatto, che risulta anche da una logica fattuale, è espressamente stabilito nel capoverso 2.

Le riserve secondo l'articolo 860 CO vanno considerate nel calcolo della perdita di capitale o dell'eccedenza dei debiti.

Si preferisce rinunciare alla precisazione attualmente contenuta nel capoverso 6 secondo cui i crediti dei soci derivanti da contratti d'assicurazione sono parificati a crediti ordinari. La dottrina ritiene superflua questa disposizione che considera ovvia<sup>396</sup>.

*Art. 919*      Prescrizione

Questa regola contiene il medesimo meccanismo di prescrizione previsto nell'articolo 760 per il diritto della società anonima.

## **2.2.4                      Presentazione dei conti**

*Art. 958b cpv. 3*    Principi della correlazione temporale e della correlazione materiale

Secondo l'avamprogetto il capitale delle SA e delle Sagl può essere costituito in una moneta straniera (cfr. art. 621 e 773). Pertanto l'articolo 958*b* deve essere completato con un capoverso 3 che stabilisca il meccanismo da applicare alla conversione.

*Art. 959c cpv. 2 n. 4*      Allegato, quote sociali proprie

L'articolo 959*c* capoverso 2 numero 4 viene adeguato alle nuove disposizioni sulle proprie azioni (cfr. art. 659 segg.). L'impresa deve rendere noto nell'allegato del conto annuale il numero di azioni proprie che detiene essa stessa o che sono detenute da imprese che controlla direttamente o indirettamente. Per quanto riguarda il controllo (diretto o indiretto) di un'impresa, si rimanda all'articolo 963 capoverso 2. Spesso la divulgazione oltre i limiti del gruppo fallisce perché senza controllo non è possibile dirigere il flusso dell'informazione. Il contenuto della nuova regola corrisponde a quello dell'articolo 663*b* numero 10 vCO, abrogato il 1° gennaio 2013.

<sup>396</sup> Cfr. HANSPETER WÜSTINER, Art. 903 N 15., in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (ed.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4<sup>a</sup> ed., Basilea 2012.

Diverse disposizioni obbligano le società anonime a stilare un bilancio intermedio, ad esempio in caso di riduzione del capitale se il giorno determinante per il bilancio precede di più di sei mesi il momento in cui l'assemblea generale delibera la riduzione (cfr. art. 653/), in caso di versamento di un acconto sui dividendi (cfr. art. 675a) o di conclusione di un contratto di fusione se la data determinante per il bilancio precede di oltre sei mesi la data di conclusione del contratto di fusione o se si sono verificate importanti modifiche patrimoniali dopo la chiusura del bilancio (art. 11 LFus<sup>397</sup>). Per consolidare l'uniformità dei bilanci intermedi, che sono rilevanti anche per altri istituti giuridici ad esempio per la Sagl, l'avamprogetto ne definisce i requisiti fondamentali nell'articolo 960f, vale a dire nel Titolo trentesimosecondo del Codice delle obbligazioni dedicato alla contabilità commerciale e alla presentazione dei conti.

L'articolo 960f si ispira all'articolo 11 della Legge sulla fusione secondo cui il bilancio intermedio è stilato secondo i principi e le disposizioni relativi ai conti annuali (art. 958 segg. CO). Sono tuttavia previste determinate agevolazioni. Secondo il numero 1 non è necessario un nuovo inventario. Secondo il numero 2 le valutazioni contenute nell'ultimo bilancio sono modificate soltanto in ragione dei movimenti delle scritture contabili; devono tuttavia imperativamente essere presi in considerazione gli ammortamenti, le rettifiche di valore e gli accantonamenti per il periodo intermedio, nonché le modifiche sostanziali di valori che non appaiono nelle scritture contabili (p. es. i rimborsi di capitale, le distribuzioni di dividendi). A seconda dell'andamento degli affari e dell'impresa dall'ultimo conto annuale, può essere opportuno che l'organo supremo di direzione e amministrazione, in virtù dei propri obblighi di diligenza, esegua almeno un inventario parziale o alcune nuove valutazioni.

Se deve far verificare il conto annuale in ossequio a un obbligo legale o statutario di revisione (p. es. art. 727 seg. CO), la società è pure obbligata a far verificare il suo bilancio intermedio<sup>398</sup>. Le summenzionate semplificazioni fanno sì che spesso non sia possibile una verifica ordinaria o limitata, come per il conto annuale. Infatti, si dovrebbe derogare in parte alle norme contabili applicabili, il che avrebbe ripercussioni negative per l'attestato dell'ufficio di revisione. La portata della verifica del bilancio intermedio dipende dalla sua importanza. Più quest'ultimo è importante – p. es. se è prevista la distribuzione di un elevato acconto sui dividendi secondo l'articolo 675a o una ristrutturazione secondo la Legge sulla fusione rilevante per il gruppo – più esaustiva dovrà essere la verifica. Di conseguenza l'organo superiore di direzione o di amministrazione dell'impresa, in occasione dell'allestimento del bilancio intermedio, non può applicare le agevolazioni succitate può applicarle

<sup>397</sup> RS 221.301

<sup>398</sup> Per quanto concerne la Legge sulla fusione: cfr. LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3<sup>a</sup> ed., Berna 2014, N 318 seg.; Eidg. Amt für das Handelsregister, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, in: REPRAX 2/3/2004, pag. 8 (ancora basato sul diritto in materia di revisione entrato in vigore prima del 1° gen. 2008).

soltanto in parte<sup>399</sup> e deve accettare una verifica limitata od ordinaria esaustiva del bilancio intermedio. Nelle situazioni più semplici o in caso di andamento normale degli affari dall'ultimo conto annuale può per contro essere sufficiente che la verifica di un bilancio intermedio – p. es. nell'ambito della Legge sulla fusione<sup>400</sup> – sia effettuata con un controllo sommario (*review*) sviluppato nella pratica<sup>401</sup>. Il controllo sommario riduce necessariamente l'impatto della verifica e indirettamente anche quello del bilancio intermedio, il che tuttavia risulta dall'attestato dell'ufficio di revisione<sup>402</sup>.

*Art. 963a cpv. 1, 2 e 4* Esonero dall'obbligo di allestimento del conto di gruppo

I valori soglia di cui al capoverso 1 numero 1 raddoppiano passando da 20 a 40 milioni di franchi per la somma di bilancio, da 40 a 80 milioni per la cifra d'affari e da 250 a 500 posti di lavoro a tempo pieno. Ciò permette di evitare che, in seguito alla soppressione della possibilità di consolidamento del valore contabile (cfr. art. 963b), un gran numero di imprese siano tenute a presentare un conto di gruppo secondo uno standard riconosciuto per la presentazione dei conti. Si vuole così tenere conto del fatto che il Parlamento, nell'ambito dei dibattimenti sul nuovo diritto contabile, non aveva voluto imporre loro un tale obbligo<sup>403</sup>. Si può perfino ipotizzare che il presente, importante aumento dei valori soglia esimerà alcune imprese dall'obbligo legale di stilare un conto di gruppo. Questo effetto può essere in parte mitigato dal fatto che l'obbligo degli organi superiori di direzione e di amministrazione dell'impresa di allestire un conto di gruppo rimane immutato; un conto di gruppo deve essere allestito anche se è necessario per dare una valutazione il più possibile attendibile della situazione economica (art. 963a cpv. 2 n. 1 CO)<sup>404</sup>.

Il capoverso 2 numero 5 corrisponde all'attuale articolo 963b capoverso 1 numero 1 CO. La borsa deve continuare a poter richiedere alle imprese con titoli quotati che non superano i valori soglia di cui al capoverso 1 numero 1 della presente disposi-

<sup>399</sup> Cfr. sulla Legge sulla fusione: Empfehlung der Treuhand-Kammer zur Prüfung 800-1, Version 2.0, Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), N 68; CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER, [www.fusg.ch](http://www.fusg.ch) – la piattaforma Internet sul diritto delle transazioni, <http://www.fusg.ch/site/fusion/rechtliches/bilanz/index.php?datum=2012-05-24>, standard di revisione (stato: 24 mag. 2012).

<sup>400</sup> Cfr. Empfehlung der Treuhand-Kammer zur Prüfung 800-1, Version 2.0, Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), N 67.

<sup>401</sup> Cfr. Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandard 910, Review (prüfende Durchsicht) von Abschlüssen, Edizione 2013.

<sup>402</sup> Cfr. Treuhand-Kammer, Schweizer Prüfungsstandard 910, Review (prüfende Durchsicht) von Abschlüssen, Edizione 2013, allegato 3.

<sup>403</sup> Boll. Uff. 2010 N 1916 segg. Cfr. FLORIAN ZIHLER, Konzernrechnung nach zukünftigem Recht, ST 2012/5, pag. 290.

<sup>404</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>a</sup> ed., Zurigo 2009, § 9 N 28 (i): «In der Tat wird man nur in seltensten Fällen bei der Grössenordnung, die der Gesetzgeber ins Auge gefasst hat [10-20-200, Art. 663e Abs. 2 aOR], bestätigen können, dass noch ein zuverlässige Beurteilung ohne Konsolidierung möglich ist.» (in effetti, in assenza di consolidamento, i valori stabiliti dal legislatore [10-20-200, art. 663e cpv. 2 vCO] permettono una valutazione affidabile soltanto nei casi più rari.)

zione di presentare un conto di gruppo allestito in base a una norma contabile riconosciuta.

Secondo l'avamprogetto il capitale azionario delle SA e delle Sagl può essere costituito in moneta straniera (cfr. art. 621 e 773). L'articolo 963a deve pertanto essere completato con un capoverso 4 che stabilisca il meccanismo di conversione da applicare.

*Art. 963b cpv. 1, 3 e 4* Conto di gruppo secondo le norme contabili riconosciute

Il rapporto del Consiglio federale del 13 dicembre 2013 sui costi della regolamentazione sostiene che i benefici del consolidamento dei valori contabili sono controversi e che tali consolidamenti possono costare milioni (cfr. cap. 1.3.8). L'avamprogetto approfitta di questi riscontri per adeguare le norme sui conti di gruppo. Secondo il capoverso 1 tutti i conti di gruppo prescritti secondo l'articolo 963a devono essere allestiti secondo una norma contabile riconosciuta<sup>405</sup>. In linea di massima ciò corrisponde al disegno 2007<sup>406</sup>. I valori soglia sono però fissati a un livello molto più elevato (cfr. art. 963a) e di conseguenza i gruppi di piccole e medie imprese non hanno più un obbligo legale di allestire un conto di gruppo. Pertanto l'avamprogetto abroga il capoverso 3 che serviva da base per i consolidamenti di valori contabili.

Anche il capoverso 4 può essere abrogato, in particolare perché l'articolo 963a capoverso 2 numero 2 permette agli azionisti di minoranza di chiedere, contro la volontà dell'organo superiore di direzione o di amministrazione di un'impresa, che sia allestito un conto di gruppo secondo una norma contabile riconosciuta. Ciò corrisponde al diritto vigente e non comporta né un potenziamento né uno smantellamento della protezione degli azionisti di minoranza.

## 2.2.5 Trasparenza nelle imprese di materie prime

*Art. 964a* Principio

Il capoverso 1 disciplina il campo d'applicazione materiale e personale dell'obbligo di allestire una relazione sui pagamenti agli enti statali nel settore delle materie prime. Le imprese tenute per legge a sottoporre a revisione ordinaria il loro conto annuale che sono attive nel settore della produzione di minerali, petrolio e gas naturale o dell'utilizzazione di aree forestali primarie devono presentare ogni anno una relazione sui loro pagamenti agli enti statali. L'articolo 727 CO stabilisce le condizioni alle quali un'impresa è tenuta a far eseguire una revisione ordinaria del conto annuale. Si tratta delle società quotate in borsa e le società che oltrepassano, per due esercizi consecutivi, due dei valori seguenti: a) somma di bilancio di 20 milioni di franchi, b) cifra d'affari di 40 milioni di franchi, e c) 250 posti di lavoro a tempo

<sup>405</sup> Cfr. per quanto concerne le norme stabilite dal Consiglio federale: ordinanza del 21 nov. 2012 sulle norme contabili riconosciute (ONCR; RS **221.432**)

<sup>406</sup> Messaggio del 21 dic. 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni. (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali, FF **2008** 1321, 1358 e 1451 seg.)

pieno in media annua. La normativa dell'articolo 964a si applica di conseguenza soltanto alle società quotate in borsa e alle grandi imprese; le piccole e medie imprese non entrano nel campo d'applicazione della normativa<sup>407</sup>.

Se un'impresa deve allestire un conto annuale consolidato (conto di gruppo) secondo l'articolo 963 CO, il capoverso 2 la obbliga ad allestire anche una relazione consolidata sui pagamenti agli enti statali. In questo caso non occorre che le singole società presentino la loro relazione. Nel campo di applicazione della normativa entrano le imprese che sono direttamente o indirettamente attive nella produzione di materie prime e nell'utilizzazione di aree forestali primarie. Sono comprese anche le attività delle altre società di un gruppo e delle imprese subappaltatrici. Non ha importanza se a esercitare tale attività è l'impresa stessa o una filiale da essa controllata o una società incaricata.

Le imprese assoggettate all'obbligo di riferire devono essere attive nel settore della produzione di minerali, petrolio e gas naturale e/o dell'utilizzazione di aree forestali primarie. Per *minerali* si intendono gli elementi o i composti chimici che in generale si presentano sotto forma cristallina e sono stati formati da processi geologici. Vanno citati i carboni (p. es. il carbon fossile e la lignite), i minerali metalliferi (p. es. i minerali di ferro) nonché le pietre naturali come ghiaia, sabbia e argilla. Anche i metalli nobili sono considerati minerali. Per *petrolio* si intende una miscela principalmente formata di idrocarburi che è presente in alcuni giacimenti della crosta terrestre ed è prodotta dalla trasformazione di sostanze organiche. Il *gas naturale* è un gas combustibile che si rinviene in depositi sotterranei sovente insieme a petrolio ed è il prodotto di fenomeni simili. I gas naturali sono principalmente composti di metano ma contengono anche altre componenti chimiche. Nel linguaggio corrente, è considerato *legno* il tessuto solido o duro dei fusti (ceppi e rami) di alberi e arbusti. Sono considerate aree forestali primarie i boschi rigenerati naturalmente con essenze indigene in cui non vi sono segni visibili di interventi umani e in cui i processi ecologici non sono turbati in modo rilevante.

La nozione di produzione è definita nel capoverso 3 e comprende tutte le attività dell'impresa nei settori della ricerca, della prospezione, della scoperta, della coltivazione e dell'estrazione di minerali, petrolio, gas naturale e dell'utilizzazione di aree forestali primarie. Per ricerca si intendono tutte le attività di ricerca dei giacimenti. La prospezione consiste nel reperire materie prime e giacimenti. Con l'espressione scoperta si intende la ricerca di nuove materie prime e giacimenti. La coltivazione riguarda l'accesso e lo sfruttamento di tali materie prime. L'ultima tappa è l'estrazione industriale delle citate materie prime (petrolio, gas naturale ecc.).

Lo scopo (statutario) o l'effettiva attività dell'impresa non devono essere indirizzati esclusivamente o prevalentemente alla produzione di materie prime. Se oltrepassano i valori soglia, anche le imprese che operano soltanto sporadicamente o anche una sola volta in tale ambito (p. es. nell'ambito di un determinato progetto) ricadono nel campo d'applicazione della normativa.

Secondo il capoverso 4 la normativa vale per i pagamenti agli enti statali segnatamente le autorità nazionali, regionali e comunali di un Paese terzo. La nozione di

<sup>407</sup> A prescindere dalla diversa moneta in cui sono espressi i valori soglia, la presente normativa corrisponde ampiamente alle disposizioni dell'UE sulla trasparenza (cfr. art. 1, 3 n. 4 direttiva 2013/34/UE).

enti statali comprende anche i membri delle autorità. È irrilevante dove si trovano questi enti statali e se il pagamento è effettuato, ad esempio con un versamento su un conto, in Svizzera o all'estero oppure dalla Svizzera all'estero. I pagamenti devono essere dichiarati anche se non sono fatti direttamente a uno Stato o a un'autorità statale ma ad amministrazioni o imprese sotto controllo statale. Gli istituti e le corporazioni di diritto pubblico sono segnatamente considerati amministrazioni sotto controllo statale. Per stabilire se vi è controllo (statale) di un'amministrazione o di un'impresa va tenuto conto dei criteri che stabiliscono in quali casi una persona giuridica controlla un'impresa (art. 963 cpv. 2 n. 1–3 CO). Il controllo dovuto a un'influenza dominante dello Stato su un'amministrazione o un'impresa può anche risultare da una legge. Anche i pagamenti a favore di una persona vicina a un ente statale devono essere dichiarati secondo il capoverso 4. La normativa mira in particolare alle operazioni elusive. Sono considerate persone ai sensi della disposizione sia le persone naturali sia le persone giuridiche. Nel diritto della società anonima la nozione di «persona vicina» è già utilizzata dagli articoli 628, 663<sup>bis</sup> e 678 CO e nell'articolo 16 OReSA<sup>408</sup>. La definizione di persona vicina si ispira quindi alle definizioni esistenti. Sono considerate persone vicine ad esempio i parenti, il coniuge o il concubino e, a determinate condizioni, anche i consulenti o le persone di fiducia di un membro di un'autorità. Anche una società di persone o di capitali su cui un'azionista esercita una sostanziale influenza può essere considerata persona vicina. L'avamprogetto rinuncia di proposito a servirsi della nozione di «persona straniera politicamente esposta», impiegata nel disegno del 21 maggio 2014<sup>409</sup> di legge federale concernente il blocco e la restituzione dei valori patrimoniali di provenienza illecita di persone straniere politicamente esposte, poiché tale nozione non è usata nella direttiva UE né nel diritto privato svizzero. Inoltre la cerchia delle persone a cui si applica la normativa prevista dall'avamprogetto è molto ampia.

#### *Art. 964b* Tipi di prestazioni

Le modalità del pagamento sono irrilevanti, si può trattare di un versamento bancario, ma anche di un pagamento in contanti. Secondo il capoverso 1, il pagamento può consistere in una prestazione pecuniaria o in natura. Secondo il capoverso 2, se si tratta di una prestazione in natura, devono esserne indicati l'oggetto, il valore, i criteri di valutazione e, se del caso, la quantità. Va inoltre spiegato come ne sia stato stabilito il valore. Si tratta in particolare di indicare il metodo di valutazione utilizzato.

Secondo il capoverso 1, il termine «pagamento» può indicare una delle prestazioni determinate o determinabili seguenti:

- i diritti di produzione;
- le imposte sulla produzione, sui ricavi o sugli utili delle imprese, eccettuate le imposte sul valore aggiunto o sulla cifra d'affari e le altre imposte sul consumo;
- le royalties;

<sup>408</sup> RS 221.331

<sup>409</sup> Cfr. [http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20140039](http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch_id=20140039) (14.039).

- i dividendi, eccettuati i dividendi versati a un ente statale in quanto azionista ordinario dell'impresa nella misura in cui tali dividendi sono versati alle stesse condizioni applicate agli altri azionisti;
- i premi di firma, di scoperta e di produzione;
- gli emolumenti di licenza, i canoni di locazione, gli emolumenti d'accesso e altri corrispettivi per autorizzazioni o concessioni;
- i pagamenti per migliorare le infrastrutture.

*Art. 964c*      Forma e contenuto del rapporto

La presente disposizione disciplina i requisiti di forma e di contenuto che deve rispettare la relazione.

Secondo il capoverso 1 la relazione deve comprendere soltanto i pagamenti relativi alla produzione di minerali, petrolio o gas naturale o di sfruttamento di aree forestali primarie.

Secondo il capoverso 2, nella relazione vanno indicati tutti i pagamenti a favore di un ente statale di almeno 120 000 franchi per esercizio annuale. L'esercizio annuale è il periodo per il quale viene allestito il conto annuale. I pagamenti fatti durante un esercizio annuale vanno accertati alla fine dell'esercizio annuale.

Se i pagamenti sono stati effettuati in moneta straniera, alla fine dell'esercizio annuale i relativi importi devono essere convertiti in franchi svizzeri al corso di cambio dell'ultimo giorno dell'esercizio. Occorre basarsi sul corso medio degli scambi interbancari pubblicato da organismi d'informazione sul corso delle divise come Reuters o Bloomberg.

I pagamenti agli enti statali possono consistere in un pagamento unico o in diversi pagamenti parziali (p. es. pagamenti rateali) che sommati ammontano ad almeno 120 000 franchi. Secondo l'articolo 8 AP disp. trans., le disposizioni del capo sesto del titolo trentaduesimo si applicano per la prima volta durante l'esercizio che inizia un anno dopo l'entrata in vigore della presente modifica di legge. Durante il primo esercizio annuale dopo l'entrata in vigore delle disposizioni, vale a dire in occasione della prima applicazione della normativa, devono essere indicati soltanto i pagamenti parziali o le rate che riguardano tale esercizio annuale (il primo) anche se, in virtù del medesimo rapporto contrattuale, sono stati effettuati pagamenti già prima dell'entrata in vigore dell'obbligo di stilare una relazione.

Va indicato l'importo totale dei pagamenti effettuati a favore di ciascun ente statale. Va inoltre reso noto l'importo totale di ciascun genere di pagamento a ciascun ente statale (art. 964b cpv. 1). Il capoverso 3 disciplina anche i pagamenti effettuati per progetto: se sono stati eseguiti pagamenti per un determinato progetto, devono essere indicati l'importo totale per tipo di pagamento secondo l'articolo 964b capoverso 1 e l'importo totale dei pagamenti per ciascun progetto. Per progetto si intendono le attività operative rette da un unico contratto, licenza, contratto di locazione, concessione o analoga convenzione giuridica che costituiscono il fondamento degli obblighi di pagamento a favore di un ente statale; tuttavia, se diversi accordi di questo genere sono materialmente connessi vengono considerati come un progetto.

Secondo il capoverso 4 la relazione deve essere allestita per scritto. L'organo superiore di direzione e di amministrazione deve approvarla. La possibilità di scegliere la

lingua (lingua nazionale o inglese) corrisponde alla normativa della contabilità commerciale (art. 957a cpv. 5 CO).

#### *Art. 964d* Pubblicazione

La presente disposizione obbliga le società a pubblicare la relazione sui pagamenti agli enti statali. Deve essere pubblicata la versione integrale della relazione sui pagamenti agli enti statali. La pubblicazione deve essere effettuata ogni anno per via elettronica, ad esempio sul sito web dell'impresa. La relazione deve inoltre essere accessibile al pubblico per almeno dieci anni. Si può partire dal presupposto che tutte le imprese interessate abbiano una propria homepage o un proprio sito web. Il presente obbligo di pubblicazione è più esteso di quello previsto dall'articolo 958e CO per il conto annuale e il conto di gruppo. Probabilmente il numero degli interessati alla relazione sui pagamenti agli enti statali, in particolare le organizzazioni non governative, è maggiore di quello degli interessati al conto annuale e al conto di gruppo.

#### *Art. 964e* Conservazione e documentazione

La presente disposizione si ispira all'articolo 958f CO sulla conservazione dei libri di commercio. Secondo il capoverso 1, le relazioni sui pagamenti agli enti statali e tutti i documenti essenziali devono essere conservati per dieci anni; il termine di conservazione decorre dalla fine dell'esercizio annuale. Sono considerati documenti essenziali ai fini della presente disposizione segnatamente i documenti contabili concernenti i pagamenti o i contratti su cui sono fondati.

La relazione sui pagamenti agli enti statali deve essere conservata su supporto cartaceo e munita di firma (cpv. 2). La relazione firmata da un membro di un organo con diritto di firma individuale o da due membri dell'organo con firma collettiva a due è considerata debitamente firmata. Gli altri documenti essenziali possono essere conservati su supporto cartaceo o su supporto elettronico.

Secondo il capoverso 3 i dati elettronici devono poter essere resi leggibili per almeno dieci anni. Ciò riguarda tutti i dati sottoposti all'obbligo di conservazione che sono disponibili anche sotto forma elettronica.

Sono fatti salvi i termini di conservazione più lunghi che risultano da leggi speciali (p. es. dal diritto fiscale).

#### *Art. 964f* Estensione del campo d'applicazione

La presente norma conferisce al Consiglio federale una delega per stabilire, nell'ambito di una procedura coordinata sul piano internazionale, che gli obblighi secondo gli articoli 964a segg. si applicano anche alle imprese che commerciano in materie prime e a fissare i criteri per assoggettare concretamente tali imprese alla summenzionata normativa. Il Consiglio federale ottiene così la possibilità di estendere rapidamente e in modo flessibile la normativa. Una tale procedura è considerata coordinata sul piano internazionale se in molte piazze importanti per il commercio delle materie prime le regole sulla trasparenza sono applicate anche ai commercianti di materie prime. L'estensione del campo d'applicazione vuole in particolare assoggettare alle disposizioni sulla trasparenza anche le prestazioni pecuniarie o in natura versate agli enti statali.

## 2.2.6

### Disposizioni transitorie

*Art. 1 e 2 AP disp. trans.* Regola generale;  
Adeguamento di regole e statuti

Gli articoli 1–4 del Titolo finale del Codice civile<sup>410</sup> si applicano anche alla presente revisione di legge, in particolare alla modifica del Codice delle obbligazioni<sup>411</sup>. Gli articoli 2 e seguenti delle disposizioni transitorie possono tuttavia contenere regole speciali che prevalgono sugli articoli 1–4 del Titolo finale del Codice civile (art. 1 cpv. 1 AP disp. trans.). Immediatamente dopo la loro entrata in vigore le prescrizioni del nuovo diritto si applicano a tutte le società esistenti (art. 1 cpv. 2 AP disp. trans.), eccetto che il diritto transitorio disponga altrimenti.

Per l'adeguamento degli statuti e dei regolamenti alle nuove disposizioni le imprese dispongono di due anni dall'entrata in vigore della nuova legge (art. 2 cpv. 1 AP disp. trans.). La revisione del diritto della società anonima del 1991 prevedeva un termine transitorio di cinque anni<sup>412</sup>. Questo termine non ha tuttavia dato buona prova nella pratica, poiché l'adeguamento è dapprima stato rinviato e poi dimenticato. Il termine transitorio del 1991 è pertanto stato criticato dalla dottrina perché troppo lungo<sup>413</sup>. Il termine di due anni previsto dall'avamprogetto è sufficiente per adeguare gli statuti e i regolamenti. Anche per il nuovo diritto contabile, entrato in vigore il 1° gennaio 2013, è stato sufficiente prevedere un termine di due anni.

Se la società non esegue i necessari adeguamenti entro il termine previsto, le disposizioni statutarie o regolamentari non conformi al nuovo diritto cessano di avere effetto alla scadenza del termine (art. 2 cpv. 2 AP disp. trans.).

*Art. 3 AP disp. trans.* Aumento autorizzato del capitale e aumento del capitale da capitale condizionale

Se, prima dell'entrata in vigore della presente legge, l'assemblea generale ha deliberato un aumento autorizzato del capitale o un aumento del capitale da capitale condizionale (art. 651 e 653 CO), il capoverso 1 stabilisce che il diritto previgente continua ad applicarsi. Le deliberazioni non possono però più essere prolungate o modificate.

*Art. 4 AP disp. trans.* Conferimento

Per quanto concerne i conferimenti (nuova liberazione completa imperativa), i diritti acquisiti delle società anonime esistenti sono garantiti se non vi sono modifiche del capitale. In linea di massima, secondo il capoverso 1, le prescrizioni sulla liberazione completa non si applicano alle società costituite prima dell'entrata in vigore della nuova legge. Tuttavia, una società che modifica il proprio capitale, modifica il tasso di liberazione o delibera un nuovo taglio delle azioni viene immediatamente assoggettata all'obbligo della liberazione completa. La liberazione successiva è retta dalle disposizioni del diritto attuale (art. 634a CO); il capoverso 2 stabilisce espressamente l'attuale competenza del consiglio d'amministrazione. Se una società anonima

<sup>410</sup> RS 210

<sup>411</sup> RS 220

<sup>412</sup> RU 1992 733, 781

<sup>413</sup> Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3<sup>a</sup> ed., Zurigo 2004, § 19 N 30.

iscritta nel registro di commercio con un capitale di 100 000 franchi liberato per metà aumenta il proprio capitale a 200 000 franchi, insieme all'aumento di capitale deve compiere una liberazione successiva (in totale devono essere conferiti 150 000 franchi). Inoltre, una società con un capitale di 200 000 franchi liberato per metà non può portare dapprima la parte liberata del capitale a 150 000 franchi; anche in questo caso il capitale deve imperativamente essere liberato completamente. Per le società con il capitale parzialmente liberato sono escluse anche le riduzioni di capitale se in tale ambito non viene effettuata una liberazione completa. Una società con un capitale di 200 000 franchi liberato per metà non potrebbe ridurre il capitale a 150 000 conservando il medesimo grado di liberazione del suo capitale.

*Art. 5 AP disp. trans.* Rappresentanza dei sessi

Al più tardi cinque anni dopo l'entrata in vigore della presente legge, le società quotate in borsa che superano i valori secondo l'articolo 727 capoverso 1 numero 2 devono adempiere l'obbligo di riferire nella relazione sulle retribuzioni secondo l'articolo 734e.

*Art. 6 AP disp. trans.* Differimento del fallimento

Un differimento del fallimento autorizzato prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto (art. 725a CO) continua a essere retto, e prende fine, secondo il diritto previgente. Il differimento del fallimento può anche essere prolungato. Se le condizioni sono adempite, una domanda di moratoria concordataria può permettere di trasformare la procedura pendente in una procedura di moratoria concordataria (art. 293 segg. LEF<sup>414</sup>).

*Art. 7 AP disp. trans.* Adeguamento di contratti di lavoro secondo il diritto previgente

Secondo la presente disposizione i contratti di lavoro devono essere adeguati entro due anni dall'entrata in vigore della nuova legge. Trascorso tale termine, le prescrizioni della nuova legge sono applicabili senza limitazioni a tutti i contratti di lavoro esistenti. Tenuto conto del gran numero di casi d'applicazione si rinuncia a disciplinare esplicitamente le conseguenze giuridiche. Sarà il giudice a stabilirle nel caso concreto<sup>415</sup>.

*Art. 8 AP disp. trans.* Trasparenza delle imprese di materie prime

Le disposizioni del capo sesto del titolo trentaduesimo, vale a dire le disposizioni sulla trasparenza nelle imprese di materia prime secondo gli articoli 964a e seguenti si applicano per la prima volta all'esercizio che inizia un anno dopo l'entrata in vigore della nuova legge. In tal modo le imprese interessate dispongono di un periodo sufficiente per attuare le nuove norme sulla trasparenza.

<sup>414</sup> RS 281.1

<sup>415</sup> Cfr. rapporto esplicativo del 14 giu. 2013 sull'ordinanza contro le retribuzioni abusive (ORAbu), pag. 43.

## **2.3 Modifica di altri atti normativi**

### **2.3.1 Codice civile del 10 dicembre 1907<sup>416</sup>**

#### **2.3.1.1 Diritto delle associazioni**

*Art. 61 cpv. 3* Iscrizione

L'ORC<sup>417</sup> indica tutti i documenti da presentare per l'iscrizione presso l'ufficio del registro di commercio (art. 90 ORC). L'articolo 61 capoverso 3 CC è pertanto abrogato.

*Art. 69d* Rischio di insolvenza, perdita di capitale ed eccedenza dei debiti

Le associazioni obbligate a farsi iscrivere nel registro di commercio (art. 61 cpv. 2 CC) devono applicare per analogia gli articoli 725–725c. Ricevono pertanto lo stesso trattamento delle società cooperative con buoni di partecipazione (cfr. art. 903).

Le associazioni non sono assoggettate all'articolo 725a capoverso 1 numero 1 poiché non rispettano i criteri necessari.

#### **2.3.1.2 Diritto delle fondazioni**

*Art. 84a* Rischio di insolvenza ed eccedenza dei debiti

Nel capoverso 1 l'avamprogetto rinvia alle nuove disposizioni del diritto della società anonima sull'insolvenza e l'eccedenza dei debiti che introducono l'obbligo di allestire un piano di liquidità in caso di rischio d'insolvenza. Nel diritto delle fondazioni, è l'organo superiore della fondazione (per lo più chiamato consiglio di fondazione) a dover assumere gli obblighi previsti da tali disposizioni. Si rinuncia invece ad applicare le disposizioni sulla perdita di capitale (art. 725a), poiché le autorità di vigilanza sulle fondazioni accertano i problemi con sufficiente tempestività nell'ambito della loro attività di vigilanza e possono adottare misure adeguate.

Le attuali competenze dell'autorità di vigilanza non vengono modificate. Il capoverso 2 rammenta esplicitamente l'obbligo di avviso dell'ufficio di revisione.

Il rimando al differimento del fallimento è eliminato dal capoverso 4 mentre nel capoverso 3 viene inserito un rimando alle misure di esecuzione e la menzione dell'avviso al giudice. Nei due casi si intende l'introduzione di una domanda di concordato o un avviso di eccedenza dei debiti.

*Art. 84b* Pubblicità delle retribuzioni

L'avamprogetto prevede che l'organo superiore della fondazione comunichi ogni anno all'autorità di vigilanza l'importo totale delle retribuzioni direttamente o indirettamente corrispostegli (cfr. art. 734a cpv. 2). Se vi è una direzione, anche le retribuzioni da essa percepite vanno comunicate separatamente all'autorità di vigi-

<sup>416</sup> RS 210

<sup>417</sup> RS 221.411

lanza (art. 84b AP CC). Per poter esercitare la sua funzione di controllo l'autorità di vigilanza chiede già attualmente che le siano comunicati gli importi versati. Chiarire questo punto nella legge è tuttavia ragionevole.

*Art. 89a cpv. 6 n. 18* Fondazioni di previdenza a favore del personale

L'articolo 89a capoverso 6 numero 18 AP CC stabilisce che gli obblighi di voto in quanto azionista e gli obblighi di riferire e di trasparenza secondo gli articoli 71a e 71b LPP valgono anche per le fondazioni di previdenza a favore del personale che operano nel campo della previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità e sono assoggettate alla Legge sul libero passaggio<sup>418</sup>, nella misura in cui accordano all'assicurato un diritto a prestazioni di previdenza<sup>419</sup>.

### **2.3.2 Legge del 3 ottobre 2003<sup>420</sup> sulla fusione**

*Art. 6 cpv. 1 e 1bis* Fusione di società in caso di perdita di capitale o di eccedenza di debiti

La disposizione concernente la relegazione dei creditori a un rango posteriore in caso di fusione di risanamento è adeguata agli articoli 725 e seguenti e alle nuove disposizioni sulle riserve (cfr. art. 671 seg.).

*Art. 9 cpv. 2* Aumento del capitale in caso di fusione mediante incorporazione

L'articolo 9 LFus prevede che, nell'ambito di una fusione mediante incorporazione, non si applichi l'articolo 651 capoverso 2 CO secondo cui l'importo dell'aumento autorizzato del capitale non può eccedere la metà del capitale azionario esistente. L'avamprogetto prevede l'introduzione del margine di variazione del capitale mentre l'istituto dell'aumento di capitale autorizzato è abrogato. L'articolo 9 AP LFus è adeguato alle nuove disposizioni sul capitale e prevede che le disposizioni sui limiti del margine di variazione del capitale (cfr. art. 653 cpv. 2) non si applichino alla fusione. Viene modificato anche il rimando ai conferimenti in natura (cfr. art. 634).

*Art. 11 cpv. 2* Abrogato

L'avamprogetto prevede un disciplinamento uniforme dei requisiti del bilancio intermedio nell'articolo 960f. L'articolo 11 capoverso 2 LFus può pertanto essere abrogato.

*Art. 32* Riduzione del capitale in caso di separazione

L'articolo 32 LFus serve a coordinare le disposizioni sulla protezione dei creditori della Legge sulla fusione con quelle del CO e a evitare doppioni. L'articolo 32 AP LFus deve essere adeguato alla nuova numerazione delle disposizioni del CO che risulta dallo spostamento delle disposizioni sulla riduzione del capitale.

<sup>418</sup> RS **831.42**

<sup>419</sup> Occorre pure menzionare l'iniziativa parlamentare «Rafforzamento dei fondi di previdenza con prestazioni discrezionali» (Iv. Pa. 11.457).

<sup>420</sup> RS **221.301**

*Art. 33 cpv. 2* Aumento del capitale

Cfr. i commenti all'articolo 9 capoverso 2 AP LFus.

*Art. 35 cpv. 2* Abrogato

L'avamprogetto disciplina in modo uniforme nell'articolo 960*f* i requisiti del bilancio intermedio. L'articolo 35 capoverso 2 LFus può pertanto essere abrogato.

*Art. 58 cpv. 2* Abrogato

L'avamprogetto disciplina in modo uniforme nell'articolo 960*f* i requisiti del bilancio intermedio. L'articolo 58 capoverso 2 LFus può pertanto essere abrogato.

*Art. 70 cpv. 2 terzo periodo* Conclusioni del contratto di trasferimento

L'adeguamento dell'articolo 70 capoverso 2 AP LFus è di natura puramente linguistica e corrisponde all'articolo 634 capoverso 3 primo periodo.

### **2.3.3 Codice di procedura civile del 19 dicembre 2008<sup>421</sup>**

*Art. 5 cpv. 1 lett. g* Istanza cantonale unica

La presente disposizione è adeguata sotto il profilo redazionale alle nuove disposizioni sulla verifica speciale (cfr. art. 697*c* segg.).

*Art. 47 cpv. 2 lett. f* Motivi

Al pari della partecipazione di chi opera in seno a un'autorità giudiziaria all'emanazione di provvedimenti cautelari o a una decisione sul gratuito patrocinio, la partecipazione alla decisione di autorizzare un'azione a spese della società (cfr. art. 697*k*) non costituisce di per sé un motivo di ricusazione e va pertanto inserita nel catalogo negativo dell'articolo 47 capoverso 2 CPC.

*Art. 107 cpv. 1<sup>bis</sup>* Ripartizione secondo equità

Questa nuova disposizione, già a suo tempo accettata dal Parlamento nel quadro della revisione del Codice delle obbligazioni del 16 marzo 2012<sup>422</sup> e presentata come controprogetto indiretto all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», prevede che il giudice, se respinge un'azione di prestazione del diritto societario, può ripartire le spese giudiziarie in equità tra la società e l'attore. Viene così ridotto il rischio per l'attore di dover sopportare le spese processuali sia nell'azione di restituzione (cfr. art. 678) sia nell'azione di responsabilità (art. 752 segg. CO), nella misura in cui la presente disposizione permette al giudice di derogare al principio dell'articolo 106 capoverso 1 CPC<sup>423</sup> e di sgravare la parte soccombente.

<sup>421</sup> RS 272

<sup>422</sup> Boll. Uff. 2012 S 269; Boll. Uff. 2012 N 554.

<sup>423</sup> RS 272

Nella sua decisione sulla ripartizione delle spese il giudice deve tenere conto di tutti i fatti rilevanti del singolo caso. Condizione per ridurre le spese a carico dell'azionista attore dovrebbe in ogni caso essere la fondatezza dell'azione, tenuto conto della situazione in fatto e in diritto prima dell'avvio della procedura. Il giudice deve tenere conto anche di un'eventuale decisione dell'assemblea generale o di un'eventuale decisione preliminare di autorizzare un'azione a spese della società (cfr. art. 697j seg.). Il nuovo articolo 107 capoverso 1<sup>bis</sup> AP CPC rafforza la possibilità dell'azionista di promuovere l'azione di prestazione, riducendo nettamente il rischio rappresentato dalle spese processuali e l'obbligo di anticipare i costi delle azioni di restituzione e di responsabilità. Ciò permette di migliorare considerevolmente l'applicazione del diritto.

*Art. 250 lett. c n. 7–11 e 14*

Codice delle obbligazioni

L'articolo 250 lettera c è adeguato nei numeri 7–11 alle disposizioni dell'avamprogetto, rispettivamente alle modifiche del diritto della società anonima, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte del 16 dicembre 2005 (in vigore dal 1° gennaio 2008). Il contenuto di queste disposizioni non viene modificato poiché le relative controversie sono già sottoposte dal diritto vigente alla procedura sommaria.

Il nuovo numero 14 assoggetta anche la domanda di autorizzazione di un'azione a spese della società (cfr. art. 697j) alla procedura sommaria. Ciò è giustificato dal fatto che la decisione sull'autorizzazione deve essere presa in modo flessibile e rapido, il che giustifica a sua volta la limitazione dei mezzi di attacco e di difesa e dei mezzi di prova; occorre inoltre rilevare che si tratta di una decisione cautelare provvisoria e che la decisione sulle spese sarà presa nel successivo procedimento principale.

### **2.3.4 Legge federale dell'11 aprile 1889<sup>424</sup> sulla esecuzione e sul fallimento**

Le seguenti modifiche della LEF sono strettamente connesse con la revisione delle disposizioni sul risanamento nel Codice delle obbligazioni (cfr. art. 725 segg.). Gli articoli 295 e 319 LEF sono lievemente modificati in seguito all'entrata in vigore della revisione della LEF del 1° gennaio 2014.

*Art. 173a cpv. 2* Differimento della decisione; per decisione di moratoria concordataria o straordinaria oppure d'ufficio

Il riveduto diritto della LEF sul risanamento non riguarda più unicamente la conclusione di un concordato ma può anche servire ad altri scopi, ad esempio può trattarsi di una semplice moratoria che rende possibile l'imminente risanamento di un'impresa<sup>425</sup>. Di conseguenza, la possibilità di concludere un concordato non è più la condizione per concedere una moratoria concordataria. Però dalla versione vigente dell'articolo 173a capoverso 2 LEF questo aspetto non risulta. Pertanto

<sup>424</sup> RS 281.1

<sup>425</sup> Cfr. messaggio dell'8 set. 2010 sulla modifica della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (procedura di risanamento), FF 2010 5667, 5672.

l'avamprogetto prevede che sia possibile differire il fallimento d'ufficio se vi sono indizi concreti della possibilità di compiere un risanamento immediato anche senza un concordato.

Nella legge viene mantenuto il rimando alla trasmissione degli atti al giudice del concordato. E ciò nella piena consapevolezza della ragionevolezza della soluzione adottata nella gran parte dei Cantoni secondo cui non vi è un'autentica trasmissione degli atti ma soltanto un cambiamento di ruolo dell'autorità giudiziaria da giudice del fallimento a giudice del concordato. Questa pratica è auspicabile poiché un'autentica trasmissione dell'incarto da un giudice all'altro ritarderebbe la procedura. In questi casi la procedura concordataria è avviata dalla decisione di differimento e dall'autotrasmissione non formale degli atti (art. 293 lett. c LEF).

#### *Art. 285 cpv. 4* Principi

Nel vigente diritto in materia di azione revocatoria l'attività del consiglio d'amministrazione o dell'amministratore è pregiudicata da una grave incertezza del diritto anche dopo l'avvio della procedura di moratoria concordataria. Questa incertezza del diritto si ripercuote anche sui terzi (p. es. i potenziali mutuanti o i fornitori) e ha un effetto negativo sulle prospettive di risanamento dell'impresa prima o durante la moratoria concordataria.

Dal 1° gennaio 2014 sono fatti salvi dall'azione revocatoria (azione pauliana) gli atti compiuti durante una moratoria concordataria, per quanto siano stati autorizzati da un giudice del concordato o da una delegazione dei creditori (art. 285 cpv. 3 LEF). Non è tuttavia previsto che l'approvazione di un negozio giuridico da parte dell'amministratore renda un atto irrevocabile.

Il nuovo capoverso 4 prevede che, durante la moratoria, i debiti contratti con il consenso dell'amministratore non sono soltanto debiti della massa in un concordato con abbandono dell'attivo o in un successivo fallimento (art. 310 cpv. 2 LEF) ma sono pure fatti salvi dall'azione revocatoria. Per non aumentare eccessivamente questi negozi giuridici irrevocabili, la disposizione impiega il termine «debiti» dell'articolo 310 capoverso 2 LEF e non il termine «atto giuridico» generalmente usato nel contesto dell'azione revocatoria.

Anche se è importante per i mutui, la presente disposizione non è limitata a questo genere di contratti. Infatti, non sono soltanto i mutuanti a svolgere un ruolo indispensabile nel preservare l'attività di un'impresa e nel suo risanamento, ma, ad esempio, anche i fornitori che accettano di fare credito.

Con l'eccezione delle decisioni del debitore relative agli attivi fissi e alla disposizione a titolo gratuito (art. 298 cpv. 2 LEF), per le quali continua a essere richiesto il consenso del giudice del concordato o della delegazione dei creditori, l'avamprogetto prevede che sarà sufficiente l'approvazione dell'amministratore per escludere determinati negozi giuridici dall'azione revocatoria. Tale è per esempio il caso di un mutuo. Quindi, la costituzione di un pegno (eventualmente connesso con la concessione di un mutuo) resta assoggettata all'autorizzazione da parte del giudice del concordato. Ciò si giustifica perché contraendo un mutuo non si vogliono alienare attivi del debitore sui quali i creditori possono avere delle pretese, ma far affluire nuove liquidità per preservare l'attività, conservare gli attivi e risanare l'impresa. Finalmente, i ricavi generati possono essere utilizzati per rimborsare il mutuo (debiti della massa, art. 310 cpv. 2 LEF). L'amministratore si adopera affinché il mutuo sia

utilizzato in modo adeguato (art. 298 cpv. 1 LEF). È pertanto coerente con la normativa vigente che i debiti della massa approvati dal commissario (e non dal giudice del concordato) siano in generale fatti salvi dall'azione revocatoria. Per quanto concerne gli atti di cui all'articolo 310 capoverso 2 LEF, nemmeno le controprestazioni derivanti da contratti di durata secondo l'articolo 310 capoverso 2 LEF sono assoggettate all'azione revocatoria.

La normativa proposta riguarda i mutui pattuiti durante la moratoria concordataria e non entra nella sfera della giurisprudenza del Tribunale federale sul rimborso dei mutui concessi per il risanamento<sup>426</sup>. Tale giurisprudenza rimane valida. Tuttavia, tenuto conto dei criteri su cui si basa, è spesso difficile stabilire in modo preciso con una valutazione retrospettiva se, nel momento della sua concessione, un determinato mutuo era stato concesso per il risanamento o no. Questa incertezza giuridica non concerne i debitori che possono invocare la tutela della moratoria concordataria. Si crea così un incentivo a chiedere più rapidamente che in passato una moratoria provvisoria come misura di risanamento.

#### *Art. 293a cpv. 2* Moratoria provvisoria

La prima moratoria provvisoria deve essere limitata a quattro mesi (cpv. 2 per. 1). Il giudice è addirittura libero di stabilire una durata più breve (una proroga che non ecceda i quattro mesi può essere concessa senza dover rispettare le condizioni esposte).

Il nuovo capoverso 2 secondo periodo prevede che il giudice possa prorogare la moratoria provvisoria di altri quattro mesi al massimo. Tale proroga va tuttavia concessa, secondo la citata disposizione, soltanto in «casi motivati». Ad esempio se una procedura di concordato è particolarmente complessa, se è necessario rinunciare alla pubblicazione del concordato entro i quattro mesi, o se è imminente un risanamento. Poiché la decisione di proroga non può essere impugnata, essa va presa soltanto se non è opportuno concedere una moratoria definitiva. Nella decisione di proroga il giudice può modificare le condizioni della moratoria (p. es. nominando un amministratore malgrado la pubblicazione o affidare determinati compiti o concedere dati diritti a un amministratore già nominato).

Sotto il profilo del diritto transitorio, le moratorie concordatarie concesse prima dell'entrata in vigore della presente legge possono essere prolungate secondo la presente disposizione.

#### *Art. 295 cpv. 4* Amministratore

L'articolo 295 capoverso 3 vLEF è stato soppresso nell'ambito dell'ultima revisione del risanamento nella LEF ed è stato sostituito da una disposizione priva di un nesso diretto con la norma previgente. Non essendo menzionata nel relativo messaggio, questa abrogazione deve essere considerata una svista del legislatore<sup>427</sup> che non aveva intenzione di modificare lo statuto giuridico dell'amministratore. Pertanto si approfitta della presente revisione per ripristinare il contenuto dell'articolo 295 capoverso 3 vLEF.

<sup>426</sup> DTF **134** III 458 seg. con ulteriori riferimenti.

<sup>427</sup> In questo senso si esprime anche DANIEL HUNKELER, *Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht*, in: Jusletter 2 giu. 2014, n. marg. 12.

Rispetto alla versione previgente si aggiunge l'articolo 8a (consultazione) alla lista delle disposizioni a cui la norma rimanda. L'applicazione per analogia all'amministratore si limita tuttavia al contenuto dell'articolo 8a capoverso 1, vale a dire all'obbligo dell'amministratore di stilare un verbale secondo l'articolo 8.

*Art. 319 cpv. 1* Effetti dell'omologazione

L'articolo 308 LEF entrato in vigore il 1° gennaio 2014 prevede che il concordato è vincolante dal momento in cui diviene esecutivo. Invece, l'articolo 319 capoverso 1 LEF fa dipendere gli effetti del concordato con abbandono dell'attivo dal giudicato della conferma del concordato medesimo e fa decadere da quel momento il diritto di disporre del debitore e i diritti di firma precedenti. L'esecutività e il giudicato non devono però imperativamente intervenire nello stesso momento soprattutto allorquando, come in questo caso, possono essere interposti soltanto rimedi giuridici senza effetto sospensivo (cfr. art. 309 n. 7 in combinato disposto con l'art. 325 e 336 CPC<sup>428</sup>). Contrariamente a quanto finora previsto dal tenore della legge, anche l'articolo 319 LEF va fondato sull'esecutività e non sul giudicato della decisione giudiziaria di conferma del concordato<sup>429</sup>. La nuova versione della disposizione permette all'autorità di ricorso di rinviare in singoli casi l'esecutività (art. 325 cpv. 2 CPC).

*Art. 334 cpv. 4* Moratoria; nomina di un amministratore

Anche questa disposizione va adeguata al diritto vigente dal 1° gennaio 2014 inserendovi un rimando (finora all'art. 294 cpv. 3 e 4 LEF) secondo cui in futuro la legittimazione ricorsuale e gli effetti del ricorso saranno retti dall'articolo 295c LEF anche per quanto concerne le decisioni secondo l'articolo 334 capoversi 1 e 2 LEF.

## 2.3.5 Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937<sup>430</sup>

*Art. 34 cpv. 2 primo periodo* Pena pecuniaria; commisurazione

Secondo il diritto vigente l'aliquota giornaliera per la pena pecuniaria ammonta a 3 000 franchi per l'intero diritto penale (art. 34 cpv. 2 per. 1 CP). Questa regola non ammette eccezioni come quelle ad esempio previste per il numero massimo di aliquote giornaliere (art. 34 cpv. 1 CP).

L'articolo 154 capoverso 4 AP CP prevede che, ai fini della commisurazione della pena pecuniaria, l'importo dell'aliquota giornaliera non deve essere limitato a 3 000 franchi e che la somma massima capitalizzata della pena pecuniaria è calcolata secondo altri criteri. Di conseguenza l'articolo 34 capoverso 2 primo periodo deve essere aggiornato.

<sup>428</sup> RS 272

<sup>429</sup> Cfr. DANIEL HUNKELER, loc. cit., n. marg. 13.

<sup>430</sup> RS 311.0

*Art. 154* Punibilità dei membri del consiglio d'amministrazione e della direzione di società le cui azioni sono quotate in borsa

L'articolo 154 AP CP sancisce sul piano legislativo le disposizioni penali attualmente disciplinate nell'articolo 24 ORESA<sup>431</sup>.

Poiché percepire e corrispondere determinate retribuzioni è un reato contro il patrimonio, la nuova disposizione penale è inserita tra i reati contro il patrimonio nel Titolo secondo del Codice penale (art. 137 segg. CP).

### Capoverso 1

Il capoverso 1 punisce le infrazioni alle regole in materia di retribuzioni in una società quotata in borsa.

Autori del reato possono essere i membri del consiglio d'amministrazione e della direzione. La limitazione della cerchia dei possibili autori del reato a queste persone si giustifica perché esse sono responsabili della (suprema) direzione della società<sup>432</sup> e sono dotate di competenza decisionale autonoma.

Si tratta di un reato speciale, poiché può esserne autore soltanto chi, nella propria persona, realizza le citate caratteristiche<sup>433</sup>. Le persone che non realizzano queste particolari qualità (p. es. i membri del consiglio consultivo, l'ufficio di revisione, gli avvocati, i fiduciari ecc.) possono essere punite in virtù della presente disposizione soltanto in quanto istigatori (art. 24 CP) o complici (art. 25 CP). Esse vanno punite con pene attenuate (art. 26 CP) anche se la comminatoria penale è la medesima di quella prevista per gli autori.

Inoltre l'articolo 154 punisce soltanto i membri del consiglio d'amministrazione e della direzione di società le cui azioni sono in parte o in tutto quotate in una borsa svizzera o estera (cfr. art. 732 sulla nozione di borsa).

A essere passibile di pena non è soltanto il membro che *corrisponde* la retribuzione vietata ma anche quello che la *percepisce*<sup>434</sup>. Ciò è necessario poiché tra i membri delle cerchie direttive vi sono spesso legami personali.

Se l'infrazione da giudicare è il risultato della decisione di un organo della società (p. es. decisione del consiglio d'amministrazione), ciascun membro va giudicato secondo il suo voto. In considerazione del principio dell'imputabilità penale, possono essere puniti soltanto i membri che hanno acconsentito a una decisione (di maggioranza)<sup>435</sup>.

Punibili sono soltanto la corresponsione e la percezione delle retribuzioni espressamente vietate dall'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost., ma non la corresponsione e la percezione di tutte le retribuzioni vietate secondo gli articoli 735c e 735d in combinato disposto con l'articolo 735c.

Si tratta delle seguenti retribuzioni vietate:

<sup>431</sup> RS 221.331

<sup>432</sup> Queste persone possono p. es. dover rispondere dei danni che hanno cagionato alla società (art. 754 CO).

<sup>433</sup> Cfr. GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4<sup>a</sup> ed. 2011, § 9 N 5.

<sup>434</sup> Cfr. art. 95 cpv. 3 lett. b Cost.: «... i membri dei vari organi non ricevono...».

<sup>435</sup> Cfr. sulla responsabilità per le decisioni collegiali: ANDREAS EICKER, Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB, AJP 6/2010, pag. 683 segg.

- le indennità di partenza pattuite per contratto o previste nello statuto; non sono considerate indennità di partenza le retribuzioni dovute fino alla fine del rapporto contrattuale (cfr. art. 735c cpv. 1 e 2 in combinato disposto con art. 626 cpv. 2 n. 2);
- le retribuzioni anticipate (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 6);
- le provvigioni per l’assunzione o il trasferimento di imprese o parti d’impresa (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 7).

La corresponsione o la percezione delle citate retribuzioni è pure passibile di pena se gli atti sono commessi nell’ambito di un gruppo di imprese (cfr. art. 735d n. 1 in combinato disposto con art. 735c cpv. 1 n. 1, 6 e 7).

Invece la corresponsione o la percezione delle rimanenti retribuzioni che l’avamprogetto *limita* non deve essere passibile di pena. Ciò vale ad esempio per alcune indennità/retribuzioni non usuali sul mercato (cfr. art. 735c cpv. 1 n. 2–4), per i premi d’assunzione che non compensano uno svantaggio finanziario chiaramente comprovabile (art. 735c cpv. 1 n. 5) o per determinate retribuzioni i cui principi non sono previsti dallo statuto (p. es. mutui, crediti o l’attribuzione di titoli di partecipazione; cfr. art. 735c cpv. 1 n. 8 e 9). L’estensione della punibilità a tutte le retribuzioni vietate potrebbe essere auspicabile sotto il profilo della coerenza. Vi si oppongono tuttavia i motivi indicati al capitolo 1.3.5.3. Inoltre, queste retribuzioni non sono vietate *di per sé*.

Ciò non mette tuttavia al riparo da una pena ad esempio i membri del consiglio d’amministrazione che corrispondono o percepiscono retribuzioni vietate non previste nell’articolo 154 capoverso 1 AP CP. A determinate condizioni questi comportamenti possono realizzare la fattispecie dell’amministrazione infedele (art. 158 CP).

L’autore realizza la componente soggettiva della fattispecie se agisce con dolo diretto (cfr. sotto i commenti del capoverso 3).

La comminatoria penale è conforme all’articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. e consiste nella pena detentiva fino a tre anni e nella pena pecuniaria. Oltre alla pena detentiva, il giudice deve quindi obbligatoriamente pronunciare una pena pecuniaria, come ad esempio è il caso anche per l’articolo 135 capoverso 3 CP (rappresentazione di atti di cruda violenza), per l’articolo 182 capoverso 3 CP (tratta di esseri umani) o per l’articolo 305<sup>bis</sup> numero 2 CP. Contrariamente a quanto dispone l’articolo 42 capoverso 4 CP, una pena pecuniaria deve obbligatoriamente essere irrogata anche in caso di pena detentiva senza condizionale o con la condizionale parziale. Se sono date le necessarie condizioni, queste sanzioni (pena detentiva e pena pecuniaria) possono però essere inflitte con la condizionale o la condizionale parziale (art. 42 segg. CP). La sanzione irrogata nel singolo caso – vale a dire la pena detentiva e la pena pecuniaria – deve, nel suo complesso essere adeguata alla colpa dell’autore (art. 47 CP).

## Capoverso 2

Il capoverso 2 dell’articolo 154 AP CP riassume nei suoi numeri 1–3 le infrazioni che ledono i diritti di partecipazione degli azionisti nelle società quotate in borsa.

Diversamente dal capoverso 1 dell’articolo 154 AP CP, la cerchia dei possibili autori viene limitata ai membri del consiglio d’amministrazione per motivi di proporzionalità, in particolare perché la preparazione dell’assemblea generale e l’esecuzione delle sue deliberazioni sono attribuzioni intrasmissibili e inalienabili del consiglio

d'amministrazione (art. 716a cpv. 1 n. 6 CO). I membri del consiglio consultivo e della direzione continuano tuttavia – come tutti coloro che non sono membri del consiglio d'amministrazione – a essere punibili per istigazione (art. 24 CP) o complicità (art. 25 CP).

Per tutte le infrazioni secondo il capoverso 2, la realizzazione della componente soggettiva della fattispecie – come nel capoverso 1 – richiede che l'autore agisca con dolo diretto (cfr. sotto i commenti al cpv. 3). In tal modo la punibilità viene uniformata e si evitano difficoltà di delimitazione.

Poiché il grado di illiceità degli atti puniti nel capoverso 2 dell'articolo 154 AP CP è inferiore a quello degli atti repressi in virtù del capoverso 1, la comminatoria penale è più lieve. Queste violazioni sono punite con la pena detentiva fino a tre anni o con la pena pecuniaria. Viene così tenuto conto in particolare del principio della proporzionalità e tutelata la coerenza del diritto penale (cfr. cap. 1.3.4.3).

### **Numero 1**

L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. vieta di delegare la direzione della società a una persona giuridica. A questo riguardo l'articolo 716b capoverso 1 prevede che lo statuto può autorizzare il consiglio d'amministrazione a delegare in tutto o in parte la gestione di una società anonima a singoli amministratori o ad altre persone fisiche (direzione), conformemente al regolamento d'organizzazione. Alle persone giuridiche può essere delegata soltanto la gestione patrimoniale.

Il consiglio d'amministrazione è passibile di pena secondo il numero 1 se delega la gestione della società (fatta salva la gestione patrimoniale) in tutto o in parte a una persona giuridica violando l'articolo 716b capoverso 1 primo periodo (cfr. art. 24 cpv. 2 n. 1 OReSA).

### **Numero 2**

L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. vieta la rappresentanza del diritto di voto da parte degli organi e per i titoli in deposito. L'articolo 689b capoverso 2 attua tale norma (cfr. art. 24 cpv. 2 n. 2 OReSA).

### **Numero 3**

Il numero 3 prevede una pena per alcuni comportamenti dei membri del consiglio d'amministrazione che impediscono l'esercizio di determinati diritti di partecipazione degli azionisti di una società quotata in borsa.

Il verbo «impedire» designa le attività che impediscono uno dei citati eventi (p. es. l'elezione annuale dei membri del consiglio d'amministrazione o il voto annuale dell'assemblea generale sulle retribuzioni). Di per sé l'attività – p. es. impedire la debita iscrizione all'ordine del giorno della proposta di approvazione delle retribuzioni – non è considerata sufficiente a realizzare la fattispecie. A tal fine occorre inoltre che si realizzi un risultato disgiunto dall'attività, ad esempio che il voto degli azionisti durante l'assemblea generale sulla proposta in questione sia effettivamente stato impedito dall'indebita iscrizione all'ordine del giorno. Soltanto, con la realizzazione del risultato si compie l'illecito che merita sanzione penale. Di conseguenza si tratta di un reato di evento e non di un reato di pura attività.

### **Lettera a**

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost. gli statuti delle società quotate in borsa disciplinano il numero di mandati esterni dei membri degli organi, nonché la durata dei contratti di lavoro dei membri della direzione. L'articolo 626 capoverso 2 numeri 1 e 2 attua queste regole. L'articolo 154 capoverso 2 numero 3 lettera a AP CP dichiara passibili di pena i membri del consiglio d'amministrazione che impediscono all'assemblea generale (p. es. non presentando la corrispondente proposta) di votare sulle necessarie disposizioni statutarie (cfr. art. 24 cpv. 2 n. 3 lett. d OReSA).

### **Lettera b**

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost., l'assemblea generale è competente per eleggere ogni anno il presidente e i singoli membri del consiglio d'amministrazione e del comitato di retribuzione nonché il rappresentante indipendente. L'articolo 698 capoverso 2 numero 2 CO conferisce all'assemblea generale in quanto organo supremo della società anonima il potere di eleggere i membri del consiglio d'amministrazione e altri poteri intrasmissibili. Nelle società le cui azioni sono quotate in borsa, l'assemblea generale ha in particolare i poteri intrasmissibili citati in seguito (cfr. art. 698 cpv. 3 n. 1–3):

- l'elezione del presidente del consiglio d'amministrazione;
- l'elezione dei membri del comitato di retribuzione;
- l'elezione del rappresentante indipendente.

Un membro del consiglio d'amministrazione di una società quotata in borsa è passibile di pena ad esempio se, non iscrivendo debitamente un oggetto all'ordine del giorno, impedisce che l'assemblea generale elegga annualmente e singolarmente i membri e il presidente del consiglio d'amministrazione, i membri del comitato di retribuzione nonché il rappresentante indipendente (cfr. art. 24 cpv. 2 n. 3 lett. a OReSA).

### **Lettera c**

Secondo l'articolo 698 capoverso 3 numero 4 l'assemblea generale vota ogni anno sull'importo complessivo delle retribuzioni del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo delle società anonime quotate in borsa (cfr. anche art. 95 cpv. 3 lett. a Cost.). Se l'assemblea generale ne viene impedita da un membro del consiglio d'amministrazione che ad esempio non iscrive debitamente un oggetto all'ordine del giorno, questi è passibile di pena secondo l'articolo 154 capoverso 2 numero 3 lettera c AP CP (cfr. art. 24 cpv. 2 n. 3 lett. b OReSA).

### **Lettera d**

L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. permette agli azionisti delle società quotate in borsa di votare *elettronicamente a distanza*.

L'articolo 689c capoverso 7 attua la suddetta regola costituzionale e prevede che gli azionisti possono dare procure e istruzioni al rappresentante indipendente per via elettronica (*indirect voting*).

L'articolo 701c capoverso 1 prevede che le società devono permettere agli azionisti che non partecipano all'assemblea generale di esercitare i loro diritti per via elettronica («*direct voting*»). Inoltre, secondo l'articolo 701d capoverso 1, se ne sono adempiute le condizioni, un'assemblea generale può svolgersi esclusivamente per

via elettronica senza luogo di riunione fisico («*direct voting*» nell'ambito di un'assemblea generale virtuale).

Secondo l'articolo 154 capoverso 2 numero 3 lettera d AP CP, i membri del consiglio d'amministrazione sono passibili di pena se impediscono (p. es. non predisponendo i necessari accorgimenti) agli azionisti o al loro rappresentante di esercitare i loro diritti di voto nell'assemblea generale per via elettronica (in particolare di votare). L'avamprogetto prevede un obbligo del consiglio d'amministrazione soltanto nel contesto dell'«*indirect voting*» (cfr. art. 689c cpv. 7). Pertanto, sono previste pene soltanto in questo ambito dell'esercizio del diritto di voto degli azionisti per via elettronica (cfr. anche art. 24 cpv. 2 n. 3 lett. c OReSA).

### Capoverso 3

Secondo il capoverso 3 un atto commesso con dolo eventuale non è passibile di pena. Vi è dolo eventuale se l'autore ritiene possibile il realizzarsi dell'atto e se ne accolla il rischio (cfr. art. 12 cpv. 2 per. 2 CP).

Per realizzare una fattispecie penale secondo i capoversi 1 e 2 l'autore deve agire con dolo diretto<sup>436</sup>. Vi è dolo diretto se l'autore vuole la realizzazione della fattispecie (intenzione, dolo diretto di primo grado), indipendentemente dal fatto che ritenga tale realizzazione certa<sup>437</sup> o solo possibile.

Il consiglio d'amministrazione che, nell'intento di impedire agli azionisti di dare istruzioni al rappresentante indipendente per via elettronica, non predispone quanto necessario a tal fine (p. es. non mette a disposizione l'infrastruttura tecnica) è passibile di pena (art. 154 cpv. 2 n. 3 lett. d AP CP in combinato disposto con l'art. 689c cpv. 6).

Vi è pure dolo diretto (di secondo grado) se l'autore sa per certo che il suo atto realizzerà la fattispecie e, pur non prefiggendosi tale obiettivo, ne accetta la realizzazione in quanto conseguenza necessaria dell'atto o in quanto mezzo per ottenere lo scopo perseguito<sup>438</sup>.

Il consiglio d'amministrazione è così passibile di pena anche se, per risparmiare denaro, non predisporre quanto necessario ben sapendo che in tal modo impedisce agli azionisti di esercitare il loro diritto di voto per via elettronica (cfr. sopra).

Escludendo il dolo eventuale si vuole limitare la punibilità ai casi di una certa gravità sotto il profilo dell'illecito. Occorre certo rilevare che solitamente per i reati contro il patrimonio disciplinati nel CP non è richiesto il dolo diretto. Tuttavia, poiché le comminatorie previste sono piuttosto severe, questa limitazione appare giustificata sotto il profilo del principio della proporzionalità (cfr. anche cap. 1.3.4.3). Inoltre per la realizzazione della componente soggettiva della fattispecie non è richiesto lo scopo di lucro. Infine, questa esclusione si prefigge di evitare le difficoltà che può presentare la distinzione tra dolo eventuale e negligenza cosciente.

<sup>436</sup> Cfr. art. 260<sup>quinquies</sup> cpv. 2 CP, formulato in modo analogo.

<sup>437</sup> Occorre rilevare che si può trattare soltanto di una certezza relativa, poiché la certezza assoluta è rara. Cfr. GUNTER ARZT, Art. 260<sup>quinquies</sup> StGB, § 5 N 32, in: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäsche, N. Schmid (ed.), 2<sup>a</sup> ed., Zurigo, 2007.

<sup>438</sup> Sui dettagli del dolo diretto cfr. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MÄDER, Art. 12 N 43 segg., in: Basler Kommentar Strafrecht I, M. A. Niggli/H. Wiprächtinger (ed.), 3<sup>a</sup> ed., Basilea 2013.

#### Capoverso 4

Il capoverso 4 disciplina la commisurazione della pena pecuniaria che, secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost., può ammontare al massimo a sei retribuzioni annuali.

In deroga all'articolo 34 capoverso 2 primo periodo CP, il giudice non è vincolato all'aliquota giornaliera massima per il calcolo della pena pecuniaria. La somma capitalizzata della pena pecuniaria non deve però eccedere il sestuplo della retribuzione annuale percepita dalla società interessata nel momento dell'atto.

Come nel diritto vigente il calcolo della pena pecuniaria si fonda sul sistema dell'aliquota giornaliera (art. 34 CP). Il numero massimo permesso di aliquote giornaliere è quindi di 360. Secondo l'articolo 34 capoverso 2 secondo periodo CP il giudice fissa l'importo dell'aliquota giornaliera secondo la situazione personale ed economica dell'autore nel momento della pronuncia della sentenza. L'articolo 34 capoverso 2 primo periodo fissa a 3 000 franchi il limite massimo dell'aliquota giornaliera. La somma totale massima delle aliquote giornaliere è pertanto di 1,08 milioni di franchi<sup>439</sup>. Poiché la somma capitalizzata massima secondo il diritto vigente potrebbe essere inferiore alle sei retribuzioni annuali secondo la disposizione costituzionale, il giudice non deve essere vincolato all'importo massimo di 3 000 franchi per aliquota giornaliera previsto nell'articolo 34 capoverso 2 secondo periodo CP (cfr. art. 34 cpv. 2 per. 1 AP CP). Tuttavia, per evitare che il giudice possa pronunciare pene pecuniarie di importo illimitato, l'articolo 154 capoverso 3 AP CP prevede che la somma capitalizzata della pena pecuniaria, vale a dire il numero di aliquote giornaliere moltiplicato per l'importo dell'aliquota, non deve eccedere le sei retribuzioni annuali<sup>440</sup> che l'autore riceveva dall'impresa interessata nel momento dell'atto.

Il sestuplo della retribuzione annuale costituisce in ogni caso il limite superiore della pena pecuniaria capitalizzata anche se si situa al di sotto della soglia di 1,08 milioni di franchi prevista dal diritto vigente. Di conseguenza, nel singolo caso a un autore con una retribuzione annuale relativamente modesta potrebbe non essere irrogata una pena pecuniaria adeguata alla sua situazione personale ed economica ed egli riceverebbe un trattamento più favorevole di altri autori condannati a una pena pecuniaria sulla base del CP. Tale sarebbe il caso ad esempio se una persona esercita dei mandati in seno al consiglio d'amministrazione di tre società anonime quotate in borsa. La sua remunerazione per il 2014 è di 10 000 franchi presso la X SA, di 500 000 franchi presso la Y SA e di un milione presso la Z SA. Nel 2014, nell'ambito del mandato presso la X SA, viola l'articolo 154 capoverso 1 AP CP. In questo caso il limite massimo della pena pecuniaria totale sarebbe di 60 000 franchi. Questa situazione è la conseguenza del testo dell'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. Non sarebbe tuttavia né giustificato né proporzionale tenere conto anche delle eventuali altre retribuzioni annuali che il condannato ha percepito sulla base di mandati in altre società (del gruppo o no) in cui non ha commesso reati. La retribuzione annuale pattuita con l'impresa in questione nel momento dell'atto è determi-

<sup>439</sup> 360 aliquote giornaliere di 3 000 franchi = 1 080 000 franchi.

<sup>440</sup> Sulla nozione di retribuzione cfr. art. 734a cpv. 2.

nante per stabilire il limite superiore della pena pecuniaria. Se sono stati commessi più reati nel corso di diversi anni, è determinante la media delle relative retribuzioni annuali.

Indipendentemente dal fatto che, nell'ambito dell'articolo 154 AP CP, il giudice non deve essere vincolato alla soglia massima dell'aliquota giornaliera secondo il diritto vigente (art. 34 cpv. 2 per. 1 CP), il calcolo dell'importo dell'aliquota giornaliera deve invece avvenire conformemente al diritto vigente e alla giurisprudenza attuale<sup>441</sup>. Il tribunale stabilisce l'importo delle singole aliquote giornaliere secondo la situazione personale ed economica dell'autore al momento della pronuncia della sentenza, tenendo segnatamente conto del suo reddito e della sua sostanza, del suo tenore di vita, dei suoi obblighi familiari e di assistenza e del minimo vitale (art. 34 cpv. 2 per. 2 CP).

Questo modo di procedere si impone per motivi di parità di trattamento e di coerenza del diritto penale. Se il calcolo si fondasse soltanto sulla retribuzione annuale che l'autore ha percepito dalla società interessata per i suoi servizi, si potrebbe tenere conto soltanto di una parte del suo reddito; ciò avrebbe per conseguenza una disparità di trattamento rispetto agli altri autori condannati a una pena pecuniaria per altri reati e per i quali il calcolo dell'aliquota giornaliera si fonda sul reddito complessivo, indipendentemente dalla sua origine. Un tale trattamento speciale per i membri del consiglio d'amministrazione e della direzione di una società, passibili di pena per la violazione della presente norma penale, non sarebbe giustificata.

*Art. 325<sup>bis</sup>*      Violazione delle disposizioni sulla relazione sui pagamenti a favore di enti statali

La presente disposizione si riallaccia alla norma penale concernente l'inosservanza delle norme legali sulla contabilità (art. 325 CP). Infatti l'obbligo di presentare una relazione sui pagamenti agli enti statali è collocata, sotto il profilo sistematico, nel titolo trentesimo secondo del Codice delle obbligazioni. La normativa dell'articolo 325 CP riguarda unicamente i libri contabili secondo l'articolo 957 CO, vale a dire i libri contabili necessari, a seconda del genere e delle dimensioni dell'impresa, per definirne la situazione finanziaria, lo stato dei debiti e dei crediti connessi con l'esercizio aziendale e il risultato dei singoli esercizi annuali (segnatamente il libro principale, i libri ausiliari, il bilancio, il conto economico, l'inventario, se del caso il conto del flusso di fondi e la relazione annuale). L'articolo 325 CP non si applica pertanto alla relazione sui pagamenti agli enti statali.

La cerchia degli autori è limitata alle persone assoggettate all'obbligo di riferire sui pagamenti agli enti statali (lett. a) o all'obbligo di conservare i relativi documenti (lett. b). La violazione delle prescrizioni concernenti la relazione sui pagamenti agli enti statali costituisce quindi un reato speciale propriamente detto. L'obbligo di riferire sui pagamenti agli enti statali è disciplinato nell'articolo 964a, l'obbligo di conservazione risulta dall'articolo 964e.

La norma penale serve ad attuare le prescrizioni sulla relazione concernente i pagamenti agli enti statali (cfr. cap. 1.4.6).

<sup>441</sup> Sui dettagli del calcolo: ANNETTE DOLGE, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2<sup>a</sup> ed., Basilea 2007, Art. 34 N e 42 segg.



Per le imprese individuali e le società di persone non occorre una regolamentazione analoga perché il problema si pone soltanto per le persone giuridiche provviste di un capitale con valore nominale (cfr. art. 621 e 773).

### **2.3.7                    Legge federale del 14 dicembre 1990<sup>443</sup> sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni**

*Art. 31 cpv. 3<sup>bis</sup> e 5*                    Basi temporali

Per quanto concerne il capoverso 3<sup>bis</sup> si vedano i commenti all'articolo 80 capoverso 1<sup>bis</sup> AP LIFD.

Nel diritto commerciale e nel diritto fiscale, il patrimonio, rispettivamente la sostanza sono determinati in base al principio della chiusura del bilancio. Quindi secondo il capoverso 5 la conversione del capitale proprio deve essere effettuata in base al corso delle divise (vendita) alla fine del periodo fiscale. Ciò vale anche se l'assoggettamento fiscale è inferiore a un anno (cfr. art. 80 cpv. 1<sup>bis</sup> AP LIFD).

### **2.3.8                    Legge federale del 25 giugno 1982<sup>444</sup> sulla previdenza per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità**

*Art. 49 cpv. 2 n. 21*                    Libertà operativa

Poiché la nozione di «casse pensioni» impiegata nell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost.<sup>445</sup> comprende tutti gli istituti di previdenza che accordano agli assicurati un diritto a prestazioni previdenziali, l'articolo 49 capoverso 2 numero 21 AP LPP prevede che gli obblighi di voto e di divulgazione secondo gli articoli 71a e 71b AP LPP valgono anche per gli istituti di previdenza attivi nell'ambito della previdenza più estesa.

*Art. 53g cpv. 1*                    Scopo e diritto applicabile

Nella presente disposizione il rimando alle disposizioni del Codice civile (CC) non è più attuale ed è pertanto modificato. La disposizione non subisce modifiche di portata materiale.

*Art. 65a cpv. 3*                    Trasparenza

Per motivi di proporzionalità si rinuncia all'obbligo dell'organo superiore dell'istituto di previdenza di far pervenire automaticamente agli assicurati il regolamento che stabilisce i principi sull'esercizio del diritto di voto (cfr. art. 71a LPP) e ogni relativa modifica. Secondo l'articolo 65 capoverso 3 AP LPP, l'organo superiore dell'istituto di previdenza deve però essere in grado di fornire informazioni sui

<sup>443</sup> RS **642.14**

<sup>444</sup> RS **831.40**

<sup>445</sup> RS **101**

principi relativi all'esercizio dell'obbligo di voto in quanto azionista (cfr. art. 71a e 86b AP LPP).

#### *Art. 71a* Obbligo di voto in quanto azionista

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. le casse pensioni devono votare nell'interesse dei loro assicurati. Nella lingua parlata la nozione di «casse pensioni» è usata come sinonimo di «istituto di previdenza» (cfr. inoltre cap. 1.3.4.2). Poiché l'obbligo di voto va esercitato nell'interesse degli assicurati, la disposizione costituzionale obbliga gli istituti di previdenza a votare nei casi in cui sono toccati gli interessi degli assicurati. Tale è il caso se, in virtù del loro regolamento, gli istituti di previdenza accordano agli assicurati un diritto a prestazioni previdenziali.

Secondo il capoverso 1 primo periodo, l'obbligo di voto vale in linea di massima soltanto per le azioni direttamente detenute dall'istituto di previdenza. In casi eccezionali, il capoverso 1 secondo periodo obbliga gli istituti di previdenza a esprimere il loro voto anche per le azioni che non detengono direttamente; si tratta dei casi in cui un contratto gliene dà la possibilità (e non soltanto la possibilità di comunicare preferenze non vincolanti alla direzione del fondo) o dei casi in cui controllano un fondo d'investimento (p. es. fondo a investitore unico).

Gli istituti di previdenza devono partecipare a tutti i voti e le elezioni annunciate che avvengono in seno a una società quotata in borsa. L'obbligo di voto secondo l'articolo 22 capoverso 1 numeri 1–3 OReSA<sup>446</sup> è più limitato di quello previsto dall'articolo 95 capoverso 3 Cost<sup>447</sup>. A ciò vi è un motivo legato allo Stato di diritto: la disposizione costituzionale sul diritto di voto richiedeva un'interpretazione approfondita e nel momento dell'elaborazione dell'ORESA non era ancora certo che prevedesse un obbligo generale di voto<sup>448</sup>. Già allora non vi era quindi alcun motivo materiale convincente di ritenere che l'istituto di previdenza non dovesse votare anche sull'approvazione del conto annuale e sui flussi di fondi (rimborso delle riserve da capitale, versamento di dividendi, riduzioni di capitale) o sul discarico dei membri del consiglio d'amministrazione.

La rinuncia anticipata all'esercizio del diritto di voto non è permessa. Gli istituti di previdenza possono tuttavia astenersi dal voto come gli altri azionisti. Devono tuttavia essere consapevoli del fatto che secondo l'avamprogetto, l'astensione dal voto, in linea di massima, non è più considerata un voto negativo, ma una non partecipazione al voto in questione (cfr. art. 703 seg.). L'astensione è ammissibile soltanto nell'interesse degli assicurati.

A seconda dell'ordinamento interno dell'istituto di previdenza, il diritto di voto può essere esercitato dall'organo superiore, da un comitato, dall'amministratore del patrimonio, dal direttore o da un rappresentante indipendente. La responsabilità per il corretto esercizio del diritto di voto incombe però all'organo superiore (cfr. in seguito cpv. 3).

Gli istituti di previdenza votano nell'interesse dei loro assicurati conformemente al capoverso 2. Tale interesse è considerato rispettato se il voto serve alla durevole prosperità dell'istituto di previdenza. La nozione di durevole prosperità è impiegata

<sup>446</sup> RS **221.331**

<sup>447</sup> RS **101**

<sup>448</sup> Cfr. rapporto complementare dell'8 ott. 2013 sul disegno di ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società quotate in borsa (ORESA), pag. 12.

in diverse disposizioni del CO sul diritto della società anonima e sul diritto contabile (cfr. tra l'altro art. 673, 673 cpv. 2, 717 cpv. 1<sup>bis</sup>, 960a cpv. 4 CO). Ciò significa in particolare che l'organo superiore deve fissare principi che assicurino una equa e adeguata distribuzione dell'utile dell'impresa agli azionisti, in modo tale che l'istituto di previdenza possa utilizzare questi fondi a favore degli assicurati.

L'organo superiore dell'istituto di previdenza è competente conformemente al capoverso 3 per fissare i principi che concretano l'interesse degli assicurati nell'esercizio del diritto di voto. Nella legge non è possibile definire l'interesse degli assicurati in un solo modo generale e astratto che valga per tutti gli istituti di previdenza. Va tenuto conto delle particolarità del singolo istituto di previdenza, come ad esempio della sua organizzazione (istituto di previdenza di un'impresa, fondazione comune, istituto di previdenza d'associazione ecc.) e della struttura dei suoi fondi. Deve essere l'organo superiore dell'istituto di previdenza ad assumere questo compito adottando un regolamento generale e astratto che tenga conto della struttura dell'istituto.

Per quanto concerne l'informazione degli assicurati sui principi per l'esercizio dell'obbligo di voto in quanto azionista e per il relativo regolamento, si veda l'articolo 86b capoverso 2 AP LPP.

#### *Art. 71b* Relazione e trasparenza sul diritto di voto

Poiché il diritto di voto deve essere esercitato nell'interesse degli assicurati (cfr. art. 71a cpv. 2 AP LPP), occorre garantire loro trasparenza.

Secondo il capoverso 1, gli istituti di previdenza riferiscono ai loro assicurati almeno una volta all'anno in una relazione riassuntiva. La scadenza annuale vale per gli istituti di previdenza, per gli uffici di revisione e per le autorità di vigilanza. Gli istituti di previdenza evitano così oneri sproporzionati. La divulgazione può avvenire sul sito internet dell'istituto o in altro modo adeguato in occasione della presentazione del conto annuale. L'allegato del conto annuale è verificato dall'ufficio di revisione ed è un ambito particolarmente adeguato per presentare queste informazioni perché garantisce una certa continuità nelle modalità della divulgazione.

Per evitare un onere amministrativo spropositato all'istituto di previdenza, il capoverso 2 prevede una divulgazione dettagliata soltanto sui punti in cui l'istituto di previdenza non ha seguito le proposte del consiglio d'amministrazione, vale a dire in caso di rifiuto della proposta o di astensione. La divulgazione deve avvenire al più tardi nell'anno civile che segue l'assemblea generale. Riferire con maggiore frequenza o in modo più dettagliato è però possibile poiché l'articolo 71b prevede soltanto regole minime.

#### *Art. 76* Delitti

L'articolo 76 LPP è riformulato per motivi redazionali.

La comminatoria penale (cfr. sotto) contenuta nell'articolo 76 comma 8 LPP è adeguata al nuovo sistema delle sanzioni della Parte generale del Codice penale ed è ora disciplinata nella frase introduttiva del capoverso 1.

Nelle lettere a–g del capoverso 1 sono elencati i comportamenti passibili di pena che nel diritto vigente sono disciplinati nei comma 1–7. Queste disposizioni non sono modificate sotto il profilo materiale.

Le infrazioni dell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. secondo cui le casse pensioni devono votare nell'interesse dei loro assicurati sono ora previste nella lettera h AP LPP.

Per soddisfare il principio di determinatezza, la cerchia delle persone passibili di pena secondo la presente disposizione deve essere definita in modo più chiaro. Si può trattare soltanto di persone che dispongono di una certa competenza decisionale. Le persone che ne sono prive possono tuttavia essere punite come partecipanti per istigazione o complicità.

I reati passibili di pena sono connessi con gli articoli 71a e 71b AP LPP. Da una parte vi sono il mancato esercizio del diritto di voto (art. 71a cpv. 1), il voto contrario agli interessi degli assicurati o ai principi fissati nel regolamento (art. 71a cpv. 2 e cpv. 3) e il fatto di non stabilire in un regolamento come vada valutato l'interesse degli assicurati (art. 71a cpv. 3). Dall'altra è passibile di pena secondo l'articolo 71b il fatto di non pubblicare almeno una volta all'anno una relazione riassuntiva sull'esercizio del diritto di voto.

L'autore che agisce con dolo diretto realizza la componente soggettiva della fattispecie. Ciò risulta dall'articolo 76 capoverso 2 AP LPP. Quindi il dolo eventuale non è punito. Ciò permette in particolare di evitare difficoltà di delimitazione (cfr. art. 154 AP CP). In considerazione del grado di illiceità molto inferiore a quello dei reati previsti nell'articolo 154 capoverso 1 AP CP (cfr. cap. 1.3.4.3), la comminatoria penale per questi reati è relativamente lieve e corrisponde a quelle previste nella LPP per reati con un grado di illiceità comparabile. Nel presente ambito, la comminatoria penale prevista nell'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. non è ragionevole. Infatti, a volte i membri dell'organo superiore dell'istituto di previdenza nemmeno ricevono una retribuzione pecuniaria per l'attività che esercitano in tale collegio parallelamente al loro lavoro. Inoltre, le sanzioni più lievi sono state approvate da molti partecipanti all'indagine conoscitiva sull'ORESA (allora: ORAbu)<sup>449</sup>.

#### *Art. 86b cpv. 1 lett. d e cpv. 2*                      Informazione degli assicurati

In considerazione dell'obbligo di trasparenza secondo l'articolo 71b AP LPP al capoverso 1 è aggiunta una lettera d.

Il capoverso 2, in seguito alla modifica dell'articolo 65a capoverso 3 AP LPP sancisce il diritto degli assicurati di essere informati, se ne fanno richiesta, sui principi dell'esercizio del diritto di voto in quanto azionista o di ricevere il relativo regolamento. L'istituto di previdenza può pubblicare tali informazioni su Internet, anche insieme alla relazione annuale sull'esercizio del diritto di voto, o in un'altra sede adeguata (cfr. art. 71b AP LPP).

<sup>449</sup> Cfr. ricapitolazione delle prese di posizione: avamprogetto d'ordinanza contro le retribuzioni abusive dell'Ufficio federale di giustizia del 4 set. 2013, pag. 8.

### **2.3.9                    Legge del 23 giugno 2006<sup>450</sup> sugli investimenti collettivi**

*Art. 137 cpv. 2*    Dichiarazione di fallimento

Il rimando alle disposizioni sulla procedura concordataria e sulla comunicazione del tribunale è stato adeguato all'eliminazione del differimento del fallimento e alle nuove disposizioni del diritto della società anonima sull'avviso al giudice (cfr. cap. 2.1.33). Per il rimanente rimangono applicabili per analogia i (nuovi) obblighi del consiglio d'amministrazione in caso di rischio di insolvenza, di perdita di capitale e di indebitamento eccessivo (cfr. art. 725 segg.).

### **2.3.10                   Legge dell'8 novembre 1934<sup>451</sup> sulle banche**

*Art. 25 cpv. 3*    Misure in caso di rischio d'insolvenza; condizioni

Il rimando alle disposizioni sulla procedura concordataria e sulla comunicazione del tribunale è stato adeguato all'eliminazione del differimento del fallimento e alle nuove disposizioni del diritto della società anonima sull'avviso al giudice (cfr. cap. 2.1.33). Per il rimanente rimangono applicabili per analogia alle banche e alle casse di risparmio i (nuovi) obblighi del consiglio d'amministrazione in caso di rischio di insolvenza, di perdita di capitale e di indebitamento eccessivo (cfr. art. 725 segg.).

### **2.3.11                   Legge del 17 dicembre 2004<sup>452</sup> sulla sorveglianza degli assicuratori**

*Art. 53 cpv. 2*    Dichiarazione di fallimento

Il rimando alle disposizioni sulla procedura concordataria e sulla comunicazione del tribunale è stato adeguato all'eliminazione del differimento del fallimento e alle nuove disposizioni del diritto della società anonima sull'avviso al giudice (cfr. cap. 2.1.33). Per il rimanente rimangono applicabili per analogia alle imprese d'assicurazione i (nuovi) obblighi del consiglio d'amministrazione in caso di rischio di insolvenza, di perdita di capitale e di indebitamento eccessivo (cfr. art. 725 segg.).

<sup>450</sup>...RS **951.31**

<sup>451</sup>...RS **952.0**

<sup>452</sup>...RS **961.01**

### **3 Ripercussioni**

#### **3.1 Ripercussioni sulla Confederazione**

##### **3.1.1 Ripercussioni sulle finanze**

Le disposizioni previste non hanno alcuna ripercussione sulle finanze della Confederazione, nel senso che non comportano spese supplementari. Non sono in particolare previste nuove autorità né si prevede di potenziare le autorità esistenti.

Non è possibile prevedere con precisione se date società anonime quotate in borsa sposteranno le loro sedi all'estero con la conseguente perdita di entrate fiscali, contributi sociali e posti di lavoro. Non si prevedono molti nuovi trasferimenti all'estero, poiché l'OReSA<sup>453</sup> ha già posto in essere molte delle misure più incisive previste dall'articolo 95 capoverso 3 Cost.<sup>454</sup>. In queste condizioni vi sono stati alcuni trasferimenti di sede, a volte soltanto della sede di società holding quotate in borsa. È più probabile invece che diminuiranno i trasferimenti delle società che attualmente hanno sede in Svizzera e a cui si applicano le severe disposizioni previste per le società quotate in borsa. Questa tendenza è tuttavia in atto già dall'accettazione dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive».

##### **3.1.2 Ripercussioni sul personale**

La nuova normativa non prevede la creazione di nuovi posti di lavoro federali. L'esecuzione del diritto della società anonima continua a essere soprattutto di competenza delle società anonime e degli uffici del commercio cantonali. Le inchieste su eventuali violazioni delle nuove disposizioni penali spettano alle autorità cantonali di perseguimento penale (cfr. cap. 1.5).

L'Ufficio federale del registro di commercio (UFRC), che fa parte dell'Ufficio federale di giustizia ed è competente per esercitare l'alta vigilanza in materia di registro di commercio (art. 5 ORC<sup>455</sup>), dovrà sottoporre a revisione totale l'ordinanza sul registro di commercio. Dovrà inoltre provvedere a un'applicazione per quanto possibile uniforme delle nuove disposizioni nell'ambito del registro di commercio (p. es. mediante comunicazioni<sup>456</sup>). Il temporaneo aumento della mole di lavoro sarà sbrigato con il personale attualmente a disposizione.

In particolare per quanto concerne le società quotate in borsa, l'esercizio agevolato dei diritti degli azionisti in materia di diritto della società anonima e di procedura civile (cfr. art. 697j seg., 699 cpv. 3, 699a cpv. 1 rispettivamente art. 107 cpv. 1<sup>bis</sup> AP CPC) può essere connesso con un certo aumento dei procedimenti dinanzi al Tribunale federale, in particolare se devono essere prese decisioni di principio. Non si parte tuttavia dal presupposto che sarà necessario aumentare le risorse in termini di personale del Tribunale federale.

<sup>453</sup> RS **221.331**

<sup>454</sup> RS **101**

<sup>455</sup> RS **221.411**

<sup>456</sup> Cfr. <http://www.zefix.ch> (fondamenti giuridici).

## **3.2 Riperussioni sui Cantoni**

Dopo l'entrata in vigore delle disposizioni dell'avamprogetto e della nuova ordinanza sul registro di commercio che ne dipende, il volume di lavoro degli uffici del registro di commercio aumenterà per un certo periodo. Ogni importante modifica del diritto societario, in particolare del diritto della società anonima, ha come conseguenza siffatti incrementi di lavoro. Occorre tra l'altro attuare nuovi istituti giuridici come ad esempio il margine di variazione del capitale (cfr. art. 653s segg.). Gli uffici del registro di commercio sono però sostenuti dall'Ufficio federale del registro di commercio. Dopo questa fase transitoria, il lavoro diminuirà soprattutto in considerazione della flessibilità delle prescrizioni sulla costituzione (cfr. cap. 1.3.1.3) e sulla diminuzione del capitale (cfr. ad esempio art. 653k). Inoltre la revisione dell'ordinanza sul registro di commercio permette di migliorare altri aspetti che hanno comportato difficoltà nella prassi dei registri di commercio. Anche ciò, avrà delle riperussioni positive, al più tardi a medio termine, riguardo all'onere lavorativo degli uffici del registro di commercio. Occorre inoltre menzionare il fatto che è già in corso una modernizzazione del registro di commercio che molto probabilmente avrà un effetto positivo sull'attuazione della presente revisione<sup>457</sup>.

L'esercizio agevolato dei diritti degli azionisti in particolare nelle società quotate in borsa può causare un certo aumento dei procedimenti dinanzi alle giurisdizioni civili e commerciali cantonali (cfr. cap. 3.1.2). Non si prevede tuttavia che le nuove disposizioni renderanno necessario aumentare il personale delle autorità giudiziarie.

Malgrado le due nuove disposizioni penali (cfr. art. 154 AP CP e art. 76 AP LPP) non si prevede un aumento della mole di lavoro delle autorità di perseguimento penale o dei giudici penali rispetto al carico di lavoro che affrontano in esecuzione della vigente ordinanza sulle retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (ORESA<sup>458</sup>).

Per quanto concerne gli aspetti fiscali si rinvia per analogia ai commenti sulle riperussioni finanziarie per la Confederazione (cfr. cap. 3.1.1).

## **3.3 Riperussioni per l'economia nazionale**

### **3.3.1 Struttura del capitale**

Le novità legislative in materia di costituzione, liberazione, modifica e utilizzazione del capitale azionario previste dall'avamprogetto si prefiggono segnatamente una maggiore flessibilità che consolidi la competitività delle società sui mercati dei capitali. Le prevedibili conseguenze di queste riforme per le imprese e gli altri attori dell'economia sono le seguenti:

- la possibilità di costituire il capitale azionario ad esempio in dollari statunitensi o in euro (art. 621, 733) permetterà di eliminare le contraddizioni tra il nuovo diritto contabile e il diritto della società anonima. Porrà termine alle

<sup>457</sup> Cfr. <https://www.bj.admin.ch/content/bj/it/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>  
<sup>458</sup> RS 221.331

attuali incertezze del diritto e agevolerà la tenuta della contabilità in moneta estera;

- l’eliminazione del valore nominale minimo permetterà alle imprese di scegliere il valore delle loro azioni in funzione delle loro necessità (art. 622 cpv. 4, 774 cpv. 1). Diverrà più semplice ridurre il capitale azionario diminuendo il valore nominale;
- l’obbligo di liberare almeno il valore nominale di ogni azione garantirà l’intera liberazione del capitale azionario. La società, i suoi azionisti e i suoi creditori saranno meglio protetti contro il rischio di insolvenza del conferente. Le società costituite prima dell’entrata in vigore del nuovo diritto non saranno tuttavia tenute ad adeguarsi alla nuova normativa (art. 4 disp. trans.). La soppressione della possibilità di liberare parzialmente il capitale azionario aumenterà l’importo necessario per costituire una società anonima ma non dovrebbe costituire un ostacolo alla creazione di nuove società di capitali. In effetti, i fondatori che non possono riunire i 100 000 franchi necessari a costituire una società anonima potranno sempre costituire una società a responsabilità limitata con un capitale minimo di soli 20 000 franchi (art. 773);
- la soppressione della (prevista) assunzione di beni dalla lista dei casi di costituzione qualificata e di aumento qualificato del capitale azionario (art. 628 cpv. 2 e 652e CO) farà risparmiare alle società i costi delle relazioni sulla costituzione e sull’aumento di capitale e dell’attestato di verifica. Le transazioni proibite dalle vigenti disposizioni sulla (prevista) assunzione di beni resteranno vietate, segnatamente dalle regole sulla protezione del capitale e sulla tenuta della contabilità. Queste transazioni possono essere la causa di un’azione di responsabilità e/o di restituzione del diritto della società anonima, possono essere contestate secondo le norme della LEF<sup>459</sup> o dare luogo a un perseguimento penale. La modifica legislativa proposta non dovrebbe di conseguenza far aumentare i casi di (prevista) assunzione dei beni a condizioni sfavorevoli per la società;
- il risanamento delle imprese sarà agevolato dalla precisazione delle disposizioni concernenti l’ammissibilità di una liberazione mediante compensazione di un credito in caso di risanamento (art. 634a cpv. 2). Inoltre, gli obblighi del consiglio d’amministrazione, segnatamente in caso di rischio di insolvenza della società dovrebbero permettere un ricorso più rapido alle procedure di risanamento (art. 725 segg.);
- la nuova normativa sull’aumento e la riduzione del capitale azionario (art. 650 segg.) permetterà al consiglio d’amministrazione di pianificare le ristrutturazioni con maggiore flessibilità, migliorando la protezione degli interessi degli azionisti minoritari e dei creditori;
- l’istituzione del margine di variazione del capitale accelererà e agevolerà il processo di adeguamento dell’importo del capitale azionario ai bisogni del mercato dei capitali (art. 653s segg.);
- la soppressione del limite dell’importo del capitale di partecipazione al doppio del capitale azionario se i buoni di partecipazione della società sono quo-

tati in borsa (art. 656b cpv. 1) darà alle società interessate maggiore libertà nella definizione della struttura del loro capitale;

- l'applicazione del limite specifico del 20 per cento di azioni proprie in caso di acquisizione nell'ambito di un'azione di scioglimento (art. 659 cpv. 3, 736 cpv. 1 n. 4) permetterà alla società di ricorrere in più ampia misura all'alternativa allo scioglimento che consiste nel riscattare le proprie azioni e permetterà agli azionisti di minoranza di lasciare più facilmente le società anonime private;
- la possibilità di servirsi delle riserve da capitale per rimborsare gli azionisti se le riserve legali eccedono la metà del capitale azionario (art. 671 cpv. 2 n. 4) sancisce nel diritto della società anonima il principio del conferimento di capitale adottato con la seconda riforma dell'imposizione delle imprese entrata in vigore il 1° gennaio 2011<sup>460</sup>. La consacrazione di questo principio permetterà di dissipare le attuali incertezze giuridiche riguardo all'ammissibilità, nell'ottica delle regole sulla protezione del capitale, del rimborso dei conferimenti. Permettendo agli azionisti di recuperare quanto versato alle società in difficoltà finanziarie, la nuova normativa dovrebbe migliorare le loro prospettive di risanamento. Le società che vogliono effettuare un rimborso di capitale dovranno tuttavia farsi carico dei costi dell'attestato del revisore abilitato secondo cui i crediti rimangono coperti e non vi sono rischi di insolvenza (art. 671 cpv. 3).

### 3.3.2 Governo d'impresa e diritti degli azionisti

Rafforzare il governo d'impresa consolidando lo statuto giuridico degli azionisti è uno dei maggiori obiettivi della presente revisione. La modifica delle disposizioni sui diritti sociali degli azionisti (art. 689 segg.) e l'organizzazione dell'assemblea generale (art. 699 segg.) si prefiggono di migliorare l'equilibrio funzionale tra i diversi organi della società consolidando il controllo degli azionisti sul consiglio d'amministrazione e sulla direzione. Possono così essere raggiunti gli scopi del governo d'impresa, vale a dire garantire che sia tenuto conto degli interessi degli azionisti, che i valori della società siano gestiti in modo ottimale e che vi sia una certa protezione contro gli sviluppi dannosi<sup>461</sup>. La riforma dovrebbe favorire la crescita a lungo termine delle imprese e migliorarne le prestazioni finanziarie.

Il consolidamento dei meccanismi del governo d'impresa permetterà di ridurre i rischi che gli organi agiscano in modo contrario agli interessi della società recando pregiudizio alla società stessa, ai suoi azionisti, ai creditori e all'economia nel suo insieme. Si prevede tuttavia che le modifiche proposte saranno causa di oneri amministrativi e costi supplementari per le società interessate. Ma tali costi supplementari saranno compensati dai numerosi miglioramenti della revisione. Inoltre, per le piccole e medie imprese, l'impatto dovrebbe rimanere contenuto grazie alla norma-

<sup>460</sup> Legge federale del 23 mar. 2007 sul miglioramento delle condizioni quadro fiscali per le attività e gli investimenti imprenditoriali (Legge sulla riforma II dell'imposizione delle imprese, RU 2008 2893).

<sup>461</sup> BÖCKLI PETER, HUGUENIN CLAIRE ET DESSEMONTET FRANÇOIS, Expertenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance» zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004, pag. 19 seg.

tiva differenziata adottata nell'avamprogetto, normativa che riduce i requisiti per le piccole società non quotate.

Per il momento non è facile stabilire i vantaggi e gli svantaggi economici delle modifiche legislative proposte. Ci si attendono tuttavia le seguenti ripercussioni per le imprese e gli altri attori dell'economia:

- la revisione legislativa proposta contribuisce a migliorare il governo d'impresa facilitando l'accesso degli azionisti alle informazioni di cui hanno bisogno per prendere le decisioni ed esercitare i loro diritti (diritti d'informazione, art. 696 segg.). Le possibilità degli azionisti di sottoporre proposte all'assemblea generale saranno estese (diritto di far iscrivere oggetti all'ordine del giorno, art. 699a; diritto all'istituzione di una verifica speciale, art. 697c; diritto di promuovere un'azione a spese della società, art. 697j seg.);
- le riforme concernenti la rappresentanza degli azionisti in seno all'assemblea generale (art. 689 segg.), la tenuta dell'assemblea in più luoghi o all'estero (art. 701a cpv. 2 e 701b), l'impiego di mezzi di comunicazione elettronici (art. 701c segg.) e la possibilità di prevedere un dividendo più elevato per gli azionisti che esercitano il loro diritto di voto in seno all'assemblea generale o un dividendo ridotto per gli azionisti che non lo fanno (art. 661 cpv. 2 e 3) permetteranno agli azionisti di partecipare in modo più attivo al processo di formazione della volontà della società, il che è pure nell'interesse del governo d'impresa. Peraltro, la possibilità di fare maggiore ricorso ai mezzi elettronici nella fase di preparazione dell'assemblea generale e durante la sua tenuta permetterà a molte società che lo desiderano di ridurre le loro spese;
- i nuovi diritti d'informazione concessi agli azionisti delle imprese le cui azioni non sono quotate in borsa potranno generare una maggiore mole di lavoro amministrativo in queste società (art. 697 cpv. 2-4). Il fatto però che gran parte delle società anonime private ha soltanto pochi azionisti permetterà di contenere il maggior onere sopportato da questa categoria di imprese, in particolare nelle imprese i cui soci sono tutti implicati nella gestione e hanno di conseguenza un accesso diretto a tutte le informazioni sull'andamento degli affari;
- la riduzione degli ostacoli alla promozione delle azioni di responsabilità e di restituzione (art. 678 seg., 697j seg. e 758 cpv. 2) contribuirà ad aumentare l'efficacia dell'azione sociale. Le nuove disposizioni eserciteranno un effetto dissuasivo più forte sugli organi, scoraggiandoli dal recare pregiudizio alla società violando i loro doveri (cfr. cap. 1.3.6.5);
- la modifica del regime di responsabilità dell'ufficio di revisione (art. 759) si iscrive nella tendenza in atto nella normativa europea<sup>462</sup>. Essa intende garantire il buon funzionamento del mercato delle imprese di revisione che verificano i conti delle grandi imprese. È pure nell'interesse del governo d'impresa perché permetterà di migliorare l'equilibrio tra le responsabilità dei diversi organi della società ripristinando così la particolare posizione dell'ufficio di revisione. Il nuovo articolo 759 capoverso 2 trasferisce il ri-

<sup>462</sup> Raccomandazione 2008/473/CE della Commissione del 5 giu. 2008 relativa alla limitazione della responsabilità civile dei revisori legali dei conti e delle imprese di revisione contabile.

schio d'insolvenza dell'ufficio di revisione, solidalmente responsabile, alle imprese, agli azionisti e ai creditori che hanno subito un danno. Questi ultimi non potranno più chiedere la riparazione dell'intero danno ai revisori che hanno commesso soltanto una negligenza. Per ottenere la riparazione dovranno promuovere l'azione contro gli altri responsabili, principalmente contro i membri del consiglio d'amministrazione o della direzione. Se questi altri responsabili sono insolventi, le parti lese potrebbero subire una perdita finanziaria. Questo tipo di situazione dovrebbe tuttavia essere eccezionale perché, in generale, sono le assicurazioni degli organi convenuti o delle imprese lese a farsi carico del risarcimento;

- l'estensione dei diversi diritti degli azionisti potrebbe far aumentare il numero dei procedimenti giudiziari in materia societaria. Gran parte di questi procedimenti sono tuttavia nell'interesse delle imprese. Tale è in linea di massima il caso delle azioni di responsabilità (art. 756) e di restituzione (art. 678) che perseguono il risarcimento di un danno cagionato alla società. Per il rimanente, le condizioni formali e materiali di esercizio dei diritti degli azionisti sono sufficientemente restrittive da limitare il rischio che le società siano vittime di azioni vessatorie o abusive;
- alcune società dovranno adeguare i loro statuti e i loro regolamenti alle nuove disposizioni imperative entro un termine di due anni (art. 2 cpv. 1 disp. trans.). Da ciò risulteranno spese per la consulenza giuridica, per l'atto pubblico con cui verrà modificato lo statuto della società e per l'iscrizione nel registro di commercio.

### **3.3.3 Attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.**

Il fatto di sancire nella legge le disposizioni d'esecuzione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. previste nell'ORESA<sup>463</sup>, in vigore dal 1° gennaio 2014, non dovrebbe di per sé avere alcun impatto (cfr. cap. 1.3.4). Le novità dell'avamprogetto che non figurano nell'ORESA poiché la base costituzionale non era sufficiente, concretizzano o precisano le norme esistenti, consentendo così di ridurre le incertezze giuridiche attuali senza avere ripercussioni economiche importanti per le imprese interessate.

### **3.3.4 Rappresentanza dei sessi in seno al consiglio d'amministrazione e nella direzione**

A lungo termine, le nuove regole sulla rappresentanza dei sessi (art. 734e) dovrebbero portare a una rappresentanza paritaria in seno ai consigli d'amministrazione e alle direzioni.

Secondo molti studi, la parità uomo-donna in seno ai consigli d'amministrazione e alle direzioni delle società potrebbe permettere di migliorare le prestazioni finanziarie favorendo la creazione di un ambiente di lavoro più produttivo e innovativo. Il valore di riferimento non si applica alle piccole e medie imprese ma soltanto alle grandi società e alle società quotate in borsa. Il termine di 15 anni concesso alle società interessate per adeguarsi alla nuova regolamentazione (art. 5 disp. trans.) è

<sup>463</sup> RS 221.331

sufficiente per evitare rivolgimenti nei consigli d'amministrazione e nelle direzioni che potrebbero nuocere al loro buon funzionamento. Per il rimanente, occorre rilevare che vi è un gran numero di donne ampiamente qualificate per sedere nei consigli d'amministrazione e nelle direzioni.

La riforma proposta è nell'interesse dell'economia anche perché permetterà di trarre maggior profitto dalle capacità professionali delle donne in posti dirigenziali. Contribuirà a lenire l'aumento in corso degli effetti dell'invecchiamento della popolazione e della penuria di competenza. Inoltre, dovrebbe incitare maggiormente le donne a entrare sul mercato del lavoro e a rimanervi, il che porterà a un aumento del loro tasso d'occupazione. Anche se riduce il margine di manovra di cui dispongono le società interessate per costituire i loro consigli d'amministrazione e le loro direzioni, questo nuovo valore di riferimento non dovrebbe nuocere all'attrattiva della piazza economica svizzera. In effetti, un sistema analogo vige, o è in corso di adozione, in molti Paesi.

### **3.3.5 Soppressione del consolidamento al valore contabile**

L'avamprogetto aumenta i valori soglia applicabili ai conti di gruppo, imponendone nel contempo l'allestimento secondo una norma contabile riconosciuta (art. 963a cpv. 1 e 963b cpv. 1). Concretamente, l'aumento di questi valori soglia libererà loro di ridurre i costi. Il rapporto del Consiglio federale del 13 dicembre 2013 sui costi della regolamentazione valuta a 23,5 milioni di franchi il potenziale di riduzione dei costi in caso di soppressione del consolidamento al valore contabile<sup>464</sup>. Le società quotate in borsa e la maggior parte delle società interessate applicano già oggi una norma contabile riconosciuta. Non dovranno quindi sostenere spese supplementari. Le altre imprese che presentavano conti consolidati al valore contabile dovranno adottare una norma contabile riconosciuta. Le maggiori spese occasionate dalla presentazione dei conti secondo una tale norma piuttosto che in base al valore contabile saranno compensate dalla maggiore utilità dei conti di gruppo per le società interessate.

## **3.4 Relazione dell'indice «Protecting Investors» della Banca mondiale con l'avamprogetto**

Dal 2003 la Banca mondiale pubblica ogni anno il rapporto «Doing Business» che valuta le normative statali applicabili alle imprese private. La valutazione si fonda su dieci sottoindici che analizzano diversi stadi del ciclo di vita di un'impresa. L'*Index Doing Business*<sup>465</sup> valuta 189 Paesi tra i quali la Svizzera che si colloca al 20° posto.

È nel sottoindice *Protecting Investors* che la Svizzera ottiene il peggior risultato (78° posto). Fondandosi sul caso standard della transazione compiuta dal direttore di una società anonima per il suo arricchimento personale, questo sottoindice misura:

<sup>464</sup> Rapport sur les coûts de la réglementation, Estimation des coûts engendrés par les réglementations et identification des possibilités de simplification et de réduction des coûts, Berna dic. 2013, pag. 31 (soltanto in tedesco e francese).

<sup>465</sup> Cfr. <http://www.doingbusiness.org>.

1) gli obblighi di trasparenza e di approvazione delle transazioni che riguardano persone vicine, 2) la responsabilità dei manager per i contratti con sé stessi e 3) la possibilità degli azionisti di promuovere un'azione in caso di comportamento abusivo dei membri del consiglio d'amministrazione e della direzione. Il rapporto 2015 tiene conto anche dei principi generali del governo d'impresa, ad esempio i diritti degli azionisti in caso di decisioni importanti, la struttura della direzione e la comunicazione delle informazioni che non riguardano le finanze. La prestazione relativamente scadente della Svizzera in questo sottoindice è soprattutto dovuta al fatto che gli autori della valutazione potrebbero interpretare diversamente la situazione giuridica della Svizzera. Ad esempio il calcolo dell'indice non tiene conto del fatto che la direzione di un'impresa potrebbe essere perseguita per amministrazione infedele in base all'articolo 158 CP<sup>466</sup> (cfr. anche art. 24 OReSA<sup>467</sup>).

Ciononostante l'adozione delle seguenti disposizioni dell'avamprogetto può verosimilmente migliorare la posizione della Svizzera nel sottoindice *Protecting Investors*, o perlomeno mantenerla invariata nella misura in cui si tratta di disposizioni già previste nell'OReSA. Occorre tuttavia operare una distinzione tra le società quotate in borsa e quelle che non lo sono. Per quanto concerne i diritti degli azionisti e il ruolo dell'assemblea generale occorre tra l'altro rilevare quanto segue:

- l'inasprimento dell'azione di restituzione che la società o gli azionisti possono promuovere contro il consiglio d'amministrazione o la direzione (cfr. art. 678 seg.);
- le modalità di promozione agevolata dell'azione di restituzione e di responsabilità (cfr. art. 697j seg.);
- l'aumento del numero delle deliberazioni che richiedono una maggioranza qualificata (cfr. art. 704);
- il principio dell'elezione annuale dei singoli membri e del presidente del consiglio d'amministrazione nelle società quotate in borsa (cfr. art. 710).

Per quanto concerne il ruolo del consiglio d'amministrazione e della direzione occorre tra l'altro rilevare che:

- i membri del consiglio d'amministrazione sono espressamente obbligati a fornire al presidente informazioni complete sui conflitti d'interesse; se necessario, il presidente deve informarne l'intero consiglio d'amministrazione (cfr. art. 717a cpv. 1-3);
- il regolamento del consiglio d'amministrazione sull'organizzazione della società deve contenere regole analoghe sui conflitti d'interesse dei membri della direzione (cfr. art. 716b cpv. 2 n. 4);
- il consiglio d'amministrazione è espressamente obbligato ad adottare le misure necessarie per la tutela degli interessi della società e a far sì che gli interessati si ricusino in occasione delle decisioni in merito (cfr. art. 717a cpv. 3);
- il membro del consiglio d'amministrazione o della direzione che reca un danno alla società comportandosi in modo scorretto nell'ambito di un conflit-

<sup>466</sup> RS 311.0

<sup>467</sup> RS 221.331

to d'interesse di cui avrebbe dovuto avere conoscenza deve risponderne (art. 717a in combinato disposto con l'art. 754 CO);

- tutte le retribuzioni, i mutui e i crediti concessi ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione delle società quotate in borsa devono essere divulgati nella relazione sulle retribuzioni verificata dall'ufficio di revisione (cfr. art. 734a-c, art. 728a cpv. 1 n. 4).

#### **4 Relazione con il programma di legislatura e le strategie nazionali del Consiglio federale**

La revisione del diritto della società anonima era esplicitamente menzionata nel programma di legislatura 2003–2007<sup>468</sup>, ma non lo è più nel decreto federale del 15 giugno 2012 sul programma di legislatura 2011–2015<sup>469</sup> soprattutto per i due seguenti motivi:

- tra l'inizio 2008 e la sessione estiva 2013 il Parlamento ha dibattuto diversi progetti di revisione del diritto della società anonima (cfr. cap. 1.1);
- il 3 marzo 2013 Popolo e Cantoni hanno accettato l'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» (cfr. cap. 1.1.7).

Nel momento in cui è stato adottato il programma di legislatura 2011–2015 non vi era motivo di fare riferimenti specifici al diritto della società anonima. Il disegno 2007 è stato rinviato dal Parlamento al Consiglio federale soltanto nella sessione estiva 2013 (cfr. cap. 1.1.9).

Nei suoi obiettivi per il 2014, il Consiglio federale ha tuttavia dichiarato esplicitamente che intende avviare la consultazione sulla revisione del diritto delle obbligazioni nel secondo semestre del 2014 (diritto della società anonima compresa l'attuazione dell'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive»). Oltre all'attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost., il nuovo progetto unico intende attuare altri aspetti del governo d'impresa, modernizzare le prescrizioni sul capitale e precisare le disposizioni sull'assemblea generale<sup>470</sup>.

Alcuni importanti aspetti dell'avamprogetto sono annunciati almeno indirettamente nel programma di legislatura 2011–2015:

- ridurre l'onere amministrativo delle imprese (misura 5 dell'obiettivo 2): l'avamprogetto persegue tal fine tra l'altro rendendo più flessibili le disposizioni sul capitale e snellendo le disposizioni in materia di costituzione. Inoltre sono previste alcune misure in materia di presentazione dei conti (soppressione del consolidamento secondo il valore contabile; valore nominale del capitale in moneta straniera). L'attuazione delle disposizioni imperative dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. causerà tuttavia, come è già il caso per l'OReSA<sup>471</sup>, un aumento dell'onere amministrativo nelle società quotate in borsa, ad esempio per quanto concerne le elezioni e i voti annuali;

<sup>468</sup> FF **2004** 969, 984 e 1013

<sup>469</sup> FF **2012** 6413 segg.

<sup>470</sup> Decreto del Consiglio federale del 30 ott. 2003, Obiettivo 2.

<sup>471</sup> RS **221.331**

- aggiornare e attuare la strategia per una società dell'informazione in Svizzera (misura 24 dell'obiettivo 7): l'avamprogetto pone il quadro giuridico che permette agli azionisti di utilizzare mezzi elettronici per esercitare i loro diritti. Inoltre, prescrive alle società quotate in borsa di creare un forum elettronico per lo scambio di informazioni e di opinioni prima di un'assemblea generale;
- seguire la situazione delle imprese svizzere con riguardo all'evoluzione della percentuale di donne nei consigli d'amministrazione e nelle direzioni (misura 113 dell'obiettivo 27): secondo l'avamprogetto la rappresentanza di ciascun sesso nel consiglio d'amministrazione e nella direzione delle società quotate in borsa deve raggiungere almeno il 30 per cento entro un termine di 15 anni.

## **5 Aspetti giuridici**

### **5.1 Costituzionalità**

L'avamprogetto attua l'articolo 95 capoverso 3 Cost.<sup>472</sup>, disposizione costituzionale che prevede regole imperative per le società anonime quotate in borsa, un obbligo di voto e di trasparenza per le casse pensioni e alcune disposizioni penali.

Inoltre, l'avamprogetto poggia su diverse disposizioni della Costituzione federale che prevedono competenze generali:

- l'articolo 98 Cost. che permette di emanare prescrizioni sulle banche, le borse e le assicurazioni;
- l'articolo 122 capoverso 1 Cost. è il fondamento delle modifiche del Codice delle obbligazioni<sup>473</sup>, in particolare del diritto della società anonima e del diritto contabile (26° e tit. 32° CO);
- l'articolo 122 capoverso 1 Cost. permette di modificare il Codice di procedura civile<sup>474</sup>;
- l'articolo 123 capoverso 1 Cost. è il fondamento delle disposizioni penali del Codice penale<sup>475</sup> rispettivamente della legge sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità<sup>476</sup>.

### **5.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera**

L'avamprogetto non riguarda gli impegni internazionali della Svizzera e non ha alcun impatto sui vigenti accordi con l'Unione europea.

<sup>472</sup> RS **101**

<sup>473</sup> RS **220**

<sup>474</sup> RS **272**

<sup>475</sup> RS **311.0**

<sup>476</sup> RS **831.40**

### 5.3 Forma dell'atto

Il diritto della società anonima, il diritto della previdenza professionale e il diritto penale sono già oggi disciplinati da leggi federali (CO<sup>477</sup>, LAVS<sup>478</sup>, CP<sup>479</sup>).

Con l'OReSA il Consiglio federale ha attuato le prescrizioni imperative dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. In base all'articolo 197 numero 10 Cost.<sup>480</sup>, il Consiglio federale abrogherà l'ordinanza nel momento dell'entrata in vigore delle disposizioni di legge in senso formale che danno esecuzione alla citata norma costituzionale (cfr. cap. 1.1.8.4).

### 5.4 Delega di competenze legislative

Il Consiglio federale non riceve nuove competenze legislative (cfr. tuttavia art. 964*h*).

Le disposizioni sulla società anonima dell'ORC<sup>481</sup> dovranno tuttavia essere adeguate al nuovo diritto, in particolare alle norme sulla costituzione e sul capitale del titolo trentesimo del Codice delle obbligazioni (cfr. tra l'altro art. 929 CO)<sup>482</sup>.

Con l'entrata in vigore delle disposizioni di legge che daranno attuazione all'articolo 95 capoverso 3 Cost., l'articolo 197 numero 10 Cost., disposizione che ha permesso al Consiglio federale di emanare l'OReSA<sup>483</sup>, cesserà di avere effetto.

<sup>477</sup> RS **220**

<sup>478</sup> RS **831.40**

<sup>479</sup> RS **311.0**

<sup>480</sup> RS **101**

<sup>481</sup> RS **221.411**

<sup>482</sup> Cfr. anche art. 940 AP CO (modernizzazione del registro di commercio) del 19 dic. 2012 (<https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>).

<sup>483</sup> RS **221.331**