Codice delle obbligazioni

Ultima modifica: 21.10.2026

PDF creato il: 21.10.2026

OK
COMMENTARIO ONLINE
IL COMMENTARIO GIURIDICO
IN OPEN ACCESS

INDICE

Art. 11 CO 5
..... 13
..... 19
..... 31
..... 45
..... 67
..... 81
..... 87
..... 95
Art. 143 CO 109
..... 117
..... 125
..... 133
..... 139
..... 145
..... 153
..... 159
Art. 633 CO 165
Art. 701 CO 181
..... 195
..... 213
..... 223
..... 237
..... 271
..... 279
..... 291
..... 297
..... 307

Disposizioni transitorie per la revisione del diritto azionario del 19 giugno 2020 377
..... 449
..... 471
Art. 795b CO 501
..... 513
..... 531

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 11 CO

Un commentario di Susanne Brütsch

CITAZIONE SUGGERITA

Susanne Brütsch, Kommentierung zu Art. 11 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Brütsch, N XXX zu Art. 11 OR.

Art. 11 CO

[1] Per la validità dei contratti non si richiede alcuna forma speciale, se questa non sia prescritta dalla legge.

[2] Ove non sia diversamente stabilito circa l'importanza e l'efficacia d'una forma legalmente prescritta, dalla osservanza di questa dipende la validità del contratto.

STRUTTURA

I. Il principio: Libertà di forma 7
II. Tipi di requisiti formali 7
A. Forma scritta semplice 7
B. Forma scritta qualificata 8
C. Certificazione pubblica 8
III. Estensione dei requisiti formali 9
IV. Effetti giuridici 9
A. In generale 9
B. In caso di mancato rispetto dei requisiti di forma 10
V. Diritto internazionale privato 11
Bibliografia 11

I. IL PRINCIPIO: LIBERTÀ DI FORMA

In conformità al principio generale della libertà contrattuale, l'Art. 11 cpv. 1 CO stabilisce la libertà di forma come regola generale. I contratti, pertanto, richiedono una forma speciale solo (ma sempre) se tale forma è espressamente richiesta dalla legge (federale). Contrariamente alla sua formulazione, la regola dell'art. 11 CO non si applica solo ai contratti, ma anche ai contratti che non sono stati stipulati. 11 CO non si applica solo ai contratti, ma a qualsiasi atto giuridico. 1

I requisiti formali hanno molteplici scopi. In primo luogo, hanno un effetto cautelativo che dissuade le parti dal concludere contratti in modo affrettato. I requisiti formali servono anche a creare certezza giuridica e a fornire una chiara prova dell'accordo scritto delle parti. Aumentano la trasparenza perché incarnano l'atto giuridico in una forma fisica, rendendolo percepibile e visibile ai terzi (ad esempio, anche per le autorità di registrazione). 2

Se per la validità di un atto giuridico è richiesta una forma specifica, le parti devono rispettare il requisito formale indipendentemente dal fatto che il suo scopo (come descritto sopra) sia altrimenti garantito nel caso in questione. L'osservanza dei requisiti formali deve essere valutata ed esaminata separatamente e indipendentemente dalla validità sostanziale dell'atto giuridico e dalla sua interpretazione. 3

I requisiti formali previsti dalla legge devono essere interpretati in modo restrittivo sulla base del principio del favor negotii. Tuttavia, ciò non cambia il fatto che i requisiti formali sono leggi obbligatorie e come tali non soggette alla disposizione delle parti. Tuttavia, le parti possono concordare una forma più rigorosa di quella prevista dalla legge (cfr. art. 16 cpv. 1 CO). 4

II. TIPI DI REQUISITI FORMALI

A. Forma scritta semplice

La forma scritta semplice ("einfache Schriftlichkeit", "forma scritta semplice") è il più blando di tutti i requisiti formali. È richiesto che le dichiarazioni d'intenti siano fatte per iscritto su un oggetto fisico di qualsiasi tipo o almeno 5

che la dichiarazione sia registrata in modo da consentire una riproduzione permanente e immutata sotto forma di testo.

6 Ulteriori requisiti specifici sono indicati in modo esaustivo negli Artt. 12-15 CO. In particolare, il documento (o l'oggetto) contrattuale deve essere firmato da ciascuna delle parti a cui impone obblighi (cfr. art. 165 CO in caso di contratto di cessione).

B. Forma scritta qualificata

7 La forma scritta qualificata ("qualifizierte Schriftlichkeit", "forme écrite qualifiée") richiede l'osservanza di ulteriori requisiti formali o contestuali, come la firma manoscritta di un intero testo (ad es. in caso di testamento, art. 505 cpv. 1 CC) o l'obbligo di utilizzare moduli specifici forniti dalle autorità (ad es. in caso di disdetta di contratti di locazione abitativa o commerciale, art. 266l cpv. 2 e art. 165 CO). 266l cpv. 2 e art. 269d CO). 269d CO).

C. Certificazione pubblica

8 La certificazione pubblica o l'autenticazione notarile ("öffentliche Beurkundung", "forme authentique") è il requisito formale più rigoroso. L'accordo delle parti (o l'atto giuridico) deve essere registrato da una persona ufficialmente incaricata dallo Stato (ad esempio un'autorità giudiziaria o amministrativa o un notaio) secondo le procedure applicabili.

9 Questo requisito formale si applica di solito quando l'atto giuridico è alla base di un'iscrizione (obbligatoria) nei registri pubblici (ad esempio, per le transazioni immobiliari) o è particolarmente sensibile (ad esempio, per i patti matrimoniali o i contratti di successione).

10 Non è la legge federale, ma quella cantonale a disciplinare le modalità di redazione degli atti pubblici sul loro territorio (art. 55 cpv. 1 del titolo finale del CC). In termini di standard minimi, il notaio trascrive l'accordo delle parti in modo veritiero e completo, legge ad alta voce il testo registrato in loro presenza e chiede il loro consenso affinché il testo rifletta il loro accordo. L'atto notarile si conclude con la sigillatura e la firma dell'atto con luogo e data.

III. ESTENSIONE DEI REQUISITI FORMALI

La portata dell'applicazione dei requisiti formali è regolata dalla legge federale. 11

Mentre in alcuni casi la legge estende i requisiti formali a uno specifico atto giuridico nel suo complesso (ad esempio, per la vendita di beni immobili, che è soggetta a certificazione pubblica ai sensi dell'art. 216 cpv. 216 para. 1 CO), i requisiti formali possono anche riguardare solo alcune parti/clausole tipicamente incluse in un quadro contrattuale più ampio (ad esempio, le clausole di non concorrenza all'interno dei contratti di lavoro, cfr. art. 340 cpv. 1 CO). 340 cpv. 1 CO o in caso di fideiussione personale, cfr. art. 493 CO). 493 CO). 12

Detto questo, solo le cosiddette parti oggettivamente o soggettivamente essenziali di un accordo (essentialia negotii) sono soggette a requisiti formali. Poiché la legge non fornisce ulteriori indicazioni su questa distinzione, è soprattutto la giurisprudenza a determinare le parti (oggettivamente e soggettivamente) essenziali di un accordo in considerazione del suo scopo e della sua natura giuridica. 13

I requisiti formali si applicano anche alle modifiche del contratto principale (cfr. art. 12 CO) e possono estendersi anche agli accordi accessori, se tali accordi sono collegati al contratto principale. 14

IV. EFFETTI GIURIDICI

A. In generale

Il rispetto dei requisiti formali della forma scritta semplice o qualificata non comporta un aumento del valore probatorio. Non è possibile trarre conclusioni sull'accuratezza del contenuto del documento o sull'autenticità delle firme sulla base di questa sola circostanza. 15

Tuttavia, ai sensi dell'art. 9 CC, gli atti pubblici costituiscono piena prova dei fatti da essi attestati, a meno che non se ne dimostri l'inesattezza del contenuto. Inoltre, gli atti pubblici possono, a determinate condizioni, essere eseguiti come le decisioni giudiziarie ai sensi dell'art. 347 CPC e del DEBA. 347 CPC e del DEBA. 16

B. In caso di mancato rispetto dei requisiti di forma

17 Gli atti giuridici o i contratti che non soddisfano i requisiti di forma applicabili sono considerati nulli (art. 11 cpv. 2 CO).

18 Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, invalidità significa nullità. Tale nullità deve essere rilevata d'ufficio e può essere fatta valere in qualsiasi momento (senza cadere in prescrizione) e anche da terzi non direttamente coinvolti nel rapporto giuridico invalido. D'altra parte, questa visione rigorosa è contestata dalla dottrina giuridica, che sostiene una valutazione caso per caso. Tuttavia, il Tribunale federale non ha ritenuto necessario rivedere la propria giurisprudenza in una recente decisione e non ha affrontato la critica della dottrina giuridica.

19 Se solo alcune parti di un contratto non soddisfano i requisiti formali, si può ipotizzare una nullità parziale in applicazione analogica dell'art. 20 cpv. 2 CO (tranne nel caso in cui il contratto non sia conforme ai requisiti formali). 20 cpv. 2 CO (salvo che le parti non avrebbero stipulato il contratto senza la parte invalida).

20 Se un contratto è (irreversibilmente) nullo a causa dell'inosservanza dei requisiti formali, nessuna parte può chiedere l'adempimento o pretendere un indennizzo (salvo casi particolari come la culpa in contrahendo) e le parti devono restituirsi reciprocamente quanto già scambiato o pagato in base alle disposizioni sull'arricchimento senza causa (art. 62 e segg. CO) o sul diritto di proprietà (rei vindicatio, art. 641 cpv. 1 CC). Questo principio si applica anche nel caso in cui il contratto fosse del tutto valido (ad eccezione del requisito formale). In tal caso, una parte non può richiedere l'adempimento del contratto né pretendere alcun risarcimento. Tuttavia, in alcuni casi, la Corte Suprema Federale accoglie una richiesta di risarcimento per affidamento o culpa in contrahendo ("Vertrauenshaftung").

21 Tuttavia, nel caso in cui entrambe le parti abbiano adempiuto ai propri obblighi contrattuali nonostante l'invalidità del contratto (e con piena consapevolezza) o nel caso in cui una parte abbia deliberatamente causato l'invalidità formale del contratto, la successiva affermazione dell'invalidità del contratto può essere qualificata come abuso di diritto (cfr. art. 2, comma 2, CC). La questione va valutata alla luce di tutte le circostanze del caso specifico, in particolare del comportamento delle parti al momento e dopo la conclusione del contratto.

Infine, se un atto giuridico formalmente invalido soddisfa tutti i requisiti di un altro tipo di contratto, in alcuni casi può essere reinterpretato come tale (attraverso la "conversione", Art. 18 CO). 22

V. DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

In base alla regola generale dell'art. 124 PILA, i contratti sono validi se sono stati stipulati in un altro modo. 124 PILA, i contratti sono validi se soddisfano i requisiti stabiliti dalla legge ad essi applicabile o dalla legge del luogo in cui sono stati conclusi. Tuttavia, possono essere applicate norme speciali per determinati tipi di contratti. Ad esempio, i contratti relativi alla proprietà sono principalmente regolati dalla lex rei sitae (cfr. art. 119, comma 3, frase 1 PILA). 23

BIBLIOGRAFIA

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988.

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 11. Edition, 2020.

Gauch Peter/Stöckli Hubert: Präjudizienbuch OR, die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Edition, 2021 (cit. [Author], Präjudizienbuch).

Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2014 (cit. KUKO OR-[Author]).

Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. Edition, 2016 (cit. CHK-[Author]).

Müller Christoph, in: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 CO (...), 2018 (cit.: BK-Müller).

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6. Edition, 2019.

Thevenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Edition, 2021 (cit. CR CO I-[Author]).

Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Edition, 2020 (cit. BSK OR I-[Author]).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 12 CO

Un commentario di Susanne Brütsch

CITAZIONE SUGGERITA

Susanne Brütsch, Kommentierung zu Art. 12 OR, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Brütsch, N. XXX zu Art. 12 OR.

II. Forma scritta

1. Richiesta dalla legge

a. Portata

Art. 12

Quando la legge prescrive per un contratto la forma scritta, questa s'intende richiesta per ogni modificazione del contratto medesimo, ad eccezione di quelle stipulazioni complementari accessorie, che non siano in contraddizione coll'atto.

STRUTTURA

I. Scopo e ambito di applicazione dell'art. 12 CO 15
II. Modifiche e integrazioni di un contratto 15
III. "Clausole collaterali integrative" 16
IV. Art. 12 CO vs. 115 CO 16
V. Effetti legali in caso di mancata osservanza dell'art. 12 CO. 17
Bibliografia 17

I. SCOPO E AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 12 CO

L'art. 12 CO è in linea di principio un'integrazione dell'art. 11 CO. Salvo disposizioni speciali, l'art. 12 CO estende i requisiti formali dei contratti e degli atti giudiziari definiti nell'art. 11 CO. 12 CO estende i requisiti formali dei contratti e degli atti giudiziari di cui all'art. 11 CO alle loro modifiche ("Abänderungen", "modifiche"). 11 CO alle loro modifiche ("Abänderungen", "modifiche"). Contrariamente alla sua formulazione, l'Art. 12 CO non si applica solo quando la legge richiede la semplice forma scritta per un atto giudiziario, ma anche in caso di pubblico rogito. Tuttavia, l'Art. 12 CO non si applica se le parti hanno concordato una forma specifica (cfr. art. 16 CO). 1

II. MODIFICHE E INTEGRAZIONI DI UN CONTRATTO

Modificare un contratto o una sua specifica disposizione significa, rispettivamente, (i) modificare il contratto o (ii) integrare il contratto aggiungendo ulteriori disposizioni senza modificarne il contenuto essenziale. 2

- La modifica di un contratto significa che una disposizione contrattuale viene completamente eliminata o sostituita da un'altra (ad esempio, modificando una determinata scadenza, consentendo pagamenti rateali anziché in un'unica soluzione o modificando il pegno, ecc.) L'art. 12 CO si applica anche quando un contratto viene cancellato. 12 CO si applica anche quando un contratto viene trasferito nella sua interezza a un terzo. Tuttavia, l'Art. 12 CO non si applica se le parti descrivono o definiscono ulteriormente obblighi contrattuali già esistenti. Ciò può avvenire in qualsiasi forma.
- Integrando un contratto ai sensi dell'Art. 12 CO le parti aggiungono una disposizione al contratto esistente (che richiede una forma).

In pratica, i contratti possono essere emendati/modificati sia (i) distruggendo il vecchio contratto ed emettendo nuovi documenti/certificati, (ii) emettendo addendum separati al contratto esistente o (iii) correggendo a mano le disposizioni pertinenti. Tuttavia, è sconsigliabile utilizzare quest'ultimo metodo a causa della difficoltà di correzione in futuro. 3

III. "CLAUSOLE COLLATERALI INTEGRATIVE"

4 Come eccezione alla regola precedente, l'art. 12 CO fa riferimento alle "ergänzt". 12 CO fa riferimento alle "ergänzende Nebenbestimmungen" o "stipulations complémentaires", che in inglese si traducono come "clausole collaterali supplementari" di un contratto.

5 Tali "clausole collaterali", che si limitano a specificare o integrare un contratto o che riguardano solo clausole non essenziali di un contratto, non devono rispettare alcun requisito formale specifico, a meno che la disposizione o le disposizioni non siano in conflitto con il documento originale. Tuttavia, se una "clausola collaterale" contraddice il contratto principale, ma non deve soddisfare alcun requisito formale specifico (cioè se non contiene punti soggettivamente o oggettivamente essenziali di un contratto), secondo la Corte Suprema Federale e la maggior parte della dottrina giuridica, può essere conclusa senza alcun requisito formale.

IV. ART. 12 CO VS. 115 CO

6 L'art. L'art. 115 CO presenta analogie con l'art. 12 CO. Secondo l'Art. 115 CO, non è richiesta alcuna forma particolare per l'estinzione di un credito mediante accordo anche quando l'obbligazione stessa non potrebbe essere assunta senza soddisfare determinati requisiti formali richiesti dalla legge o scelti dalle parti. Ciò significa che, a determinate condizioni, una parte può estinguere un debito senza rispettare alcuna forma particolare.

7 Per evitare che le parti contrattuali aggirino l'Art. 12 CO, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato alcune teorie per distinguere le due disposizioni. Nel caso di contratti unilaterali (in cui solo una parte rinuncia a un credito), l'art. 115 CO dovrebbe prevalere sull'art. 12 CO. 115 CO dovrebbe prevalere sull'art. 12 CO. 12 CO. Tuttavia, l'art. 115 CO non si applica nel caso di un contratto (sinallagmatico), a meno che tutte le obbligazioni siano completamente annullate e il contratto sia revocato nella sua interezza. Pertanto, la conclusione di una transazione (extragiudiziale) non rientra nell'ambito di applicazione dell'Art. 12 CO (in quanto non si qualifica come un'operazione di risarcimento del danno). 12 CO (in quanto non si qualifica come "modifica", si veda la precedente sezione II), e può quindi essere conclusa senza alcun requisito formale.

Se un'obbligazione viene semplicemente ridotta o indebolita per una parte, come nel caso in cui venga annullata o modificata l'obbligazione di una sola parte, l'Art. 12 CO rimane applicabile (in quanto si tratta di una fattispecie che non può essere considerata come "modifica"). 12 CO rimane applicabile (in quanto è molto probabile che ciò abbia un effetto negativo sull'obbligo o sugli obblighi dell'altra parte). 8

In pratica, va notato che, soprattutto in caso di notariato pubblico, l'atto revocato (ad esempio una transazione immobiliare) potrebbe ancora comparire nel registro fondiario (su cui i terzi possono fare affidamento in buona fede). 9

V. EFFETTI LEGALI IN CASO DI MANCATA OSSERVANZA DELL'ART. 12 CO.

Se le parti contrattuali modificano il loro contratto principale senza rispettare i requisiti formali, la modifica è considerata nulla. Il "vecchio" contratto rimane in vigore. 10

BIBLIOGRAFIA

Brütsch Susanne, Commentary to Art. 11 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (eds.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht, https://onlinekommentar.ch/en/kommentare/or11, visited on 30.5.2023, (cit. OK-Brütsch).

Gauch Peter/Stöckli Hubert, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020), 10. Edition, Zurich 2021.

Jäggi Peter, Commentary to Art. 12 CO, in: Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter (eds.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Edition, Zurich 1973 (cit. ZK-Jäggi).

Müller Christoph, Commentary to Art. 12 CO, in: Aebi-Müller Regina/Müller Christoph (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (cit. BK-Müller).

Schmidlin Bruno, Commentary to Art. 12 CO, in: Kramer Ernst/Scmidlin Bruno (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (cit. BK-Schmidlin).

Schwenzer Ingeborg, Kommentierung zu Art. 12 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Edition, Basel 2019 (cit. BSK-Schwenzer).

Xoudis Julia, Commentary to Art. 12 CO, in: Thevenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Edition, 2021 (cit. CR-Xoudis).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 50 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 50 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 50 OR.

VI. Responsabilità di più persone

1. Per atto illecito

Art. 50

[1] Se il danno è cagionato da più persone insieme, tutte sono tenute in solido verso il danneggiato, senza distinguere se abbiano agito come istigatori, autori o complici.

[2] È lasciato al prudente criterio del giudice il determinare se e in quali limiti i partecipanti abbiano fra loro un diritto di regresso.

[3] Il favoreggiatore è responsabile solo del danno cagionato col suo personale concorso o degli utili ritrattine.

STRUTTURA

I. Osservazioni generali 21
A. Concetto di responsabilità solidale 21
B. Responsabilità solidale perfetta e imperfetta 21
II. La responsabilità solidale secondo il cpv. 1 22
A. Requisiti 22
1. Causa comune del danno 22
2. Colpa congiunta 23
3. Tipi di autori di illeciti 24
B. Responsabilità solidale come conseguenza giuridica 24
III. Regresso tra debitori solidali ai sensi del cpv. 2 25
A. Regresso e surrogazione 25
B. Estensione del regresso 25
C. Prescrizione del diritto di regresso 26
IV. Responsabilità dell'autore del reato ai sensi del cpv. 3 CO 26
Bibliografia 27

I. OSSERVAZIONI GENERALI

A. Concetto di responsabilità solidale

Se più autori hanno causato congiuntamente un danno, essi sono responsabili in solido nei confronti del danneggiato (art. 50 cpv. 1 CO). Ciò significa che ogni autore del reato risponde dell'intero debito (art. 143 cpv. 1 CO). Di conseguenza, la parte lesa può recuperare tutti i danni da un unico autore del reato. La parte lesa può anche citare in giudizio più di un autore del reato o citare uno o tutti gli autori del reato solo per una parte del danno (art. 144 cpv. 1 CO). Tuttavia, la sua richiesta può essere soddisfatta una sola volta. Il rapporto tra la parte lesa, da un lato, e i responsabili in solido, dall'altro, viene definito rapporto esterno. 1

Se un autore del reato viene ritenuto responsabile dalla parte lesa per un importo superiore alla sua responsabilità, può rivalersi sugli altri autori del reato per l'importo pagato in eccesso nel rapporto esterno (art. 50 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 148 cpv. 2 CO). Il rapporto tra gli autori del reato è detto rapporto interno. 2

B. Responsabilità solidale perfetta e imperfetta

Il Tribunale federale distingue tra la cosiddetta responsabilità solidale perfetta e imperfetta. La responsabilità solidale perfetta si configura se la legge ne prevede esplicitamente l'applicazione. Art. 50 cpv. 1 CO prevede esplicitamente la responsabilità solidale in caso di colpa comune delle parti coinvolte. La responsabilità solidale imperfetta, invece, sussiste se la legge non riconosce espressamente la responsabilità solidale, ma le sue regole vengono applicate mutatis mutandis (responsabilità solidale per analogiam). Ai sensi dell'art. 51 cpv. 1 CO, il diritto di regresso nei confronti di altri autori del danno per motivi giuridici diversi rispetto alla colpa comune è disciplinato dalle norme dell'art. 50 cpv. 2 CO. La possibilità di chiedere il risarcimento dei danni nell'ambito del rapporto interno presuppone la responsabilità solidale nel rapporto esterno. 3

L'importanza pratica della distinzione della Corte Suprema Federale può essere vista in tre casi: (1) nei casi di responsabilità solidale imperfetta in cui le azioni di un attore che interrompono il periodo prescrittivo nei confronti di 4

un autore di un illecito ai sensi dell'art. 136 cpv non hanno effetto nei confronti degli altri autori del fatto illecito; (2) quando la surrogazione dei diritti del creditore ai sensi dell'art. 149 CO si applica solo nel caso in cui l'attore non sia in grado di esercitare il suo diritto di recesso. 149 CO si applicano solo in caso di responsabilità solidale perfetta; e (3) in caso di responsabilità solidale imperfetta, quando il Tribunale federale presume che non siano escluse cause di riduzione individuali. Tuttavia, è necessaria una grande cautela nel far valere i motivi individuali di riduzione. Ad eccezione dei tre casi citati, la responsabilità solidale perfetta e quella imperfetta coincidono in larga misura per quanto riguarda i presupposti e le conseguenze giuridiche, soprattutto perché il Tribunale federale applica le disposizioni sulla responsabilità solidale (perfetta) di cui agli Artt. 143 e segg. CO analogamente all'applicazione della responsabilità solidale imperfetta.

5 Tra gli studiosi di diritto, questa distinzione è oggetto di critiche. La maggioranza respinge la distinzione tra responsabilità solidale perfetta e imperfetta. Le ragioni addotte sono che l'introduzione dell'art. 51 CO da parte del legislatore è stata piuttosto una scelta di tipo "solidaristico". 51 CO da parte del legislatore è stata piuttosto incidentale e che gli interessi comparabili dei due tipi di responsabilità solidale non giustificherebbero una distinzione. Inoltre, si sostiene che la rilevanza delle diverse conseguenze giuridiche è scarsa e che, in virtù di un principio non scritto del diritto della responsabilità civile, la responsabilità solidale dovrebbe generalmente esistere nel rapporto esterno. Alcuni autori sostengono la differenziazione.

II. LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE SECONDO IL CPV. 1

A. Requisiti

1. Causa comune del danno

6 La responsabilità solidale di cui all'art. 50 para. 1 CO richiede la cooperazione di più autori di un danno e la partecipazione di ciascuno deve essere determinata in modo da essere legalmente causale per il danno. Un evento è giuridicamente causale se, secondo il corso abituale degli eventi e l'esperienza generale della vita, è di per sé in grado di produrre un risultato del tipo di quello verificatosi. È irrilevante quale parte abbia indotto la causa finale del danno.

Il danno ai sensi dell'art. 50 CO comprende principalmente il danno da fatto illecito. 50 CO comprende in primo luogo il danno da fatto illecito, ossia il danno che deriva dalla violazione di un diritto giuridicamente tutelato o di una norma di comportamento che protegge i propri beni. Anche le richieste di risarcimento per sofferenze personali sono coperte dal regolamento. Per i danni contrattuali si applica l'Art. 50 CO si applica tramite l'art. 99 para. 3 CO. 7

Il nesso di causalità può essere raggiunto, da un lato, con un atto comune delle parti coinvolte. D'altro canto, anche gli atti compiuti separatamente ma con uno scopo comune possono portare a una responsabilità solidale. Pertanto, non è vantaggioso per un gruppo di autori di illeciti se essi dividono i loro atti (nel tempo o nel luogo) ma perseguono uno scopo comune o causano un danno uniforme. 8

Art. 50 cpv. 1 CO comprende anche le azioni giuridicamente "congiunte". Il comportamento colposo di un organo di governo di una persona giuridica obbliga sia l'organo di governo (art. 55 cpv. 3 CC) sia la persona giuridica (art. 55 cpv. 2 CC), dando luogo a una responsabilità solidale. 9

Resta da notare che anche l'omissione di un atto in violazione di un dovere può causare danni e quindi contribuire al nesso di causalità. 10

2. Colpa congiunta

La responsabilità solidale ai sensi dell'art. 50 cpv. 1 CO richiede una colpa congiunta da parte dei responsabili. Il presupposto è che i partecipanti sappiano o possano sapere del comportamento dell'altro in violazione del dovere. Questo è il caso se i partecipanti intendono il danno comune, se lo considerano solo un mezzo per raggiungere un fine, se lo accettano nel senso di un intento contingente o se non considerano il danno come il risultato della loro comune negligenza in violazione del dovere (negligenza). Il grado di colpa individuale dei partecipanti è irrilevante ai fini della responsabilità solidale nel rapporto esterno. La parte lesa può avanzare una richiesta di risarcimento nei confronti di tutti i responsabili per l'intero importo. Solo nel contesto del rapporto interno si tiene conto delle rispettive colpe individuali. 11

Se i responsabili agiscono indipendentemente l'uno dall'altro e non sono consapevoli della loro cooperazione, non c'è colpa comune. Pertanto, non si applica la responsabilità solidale perfetta. Esiste invece un concorso di crediti, che viene gestito ai sensi dell'art. 51 CO. 51 CO. La responsabilità solidale è 12

negata anche nel caso in cui l'autore del reato non sia colpevole, come nel caso di un minore che può essere incapace di giudizio (cfr. artt. 16 e 18 CC). Se non viene accertata la responsabilità, non esiste una responsabilità solidale nel rapporto esterno.

3. Tipi di autori di illeciti

13 Art. 50 cpv. 1 CO elenca l'istigatore, l'autore e il complice come tipi di illeciti e chiarisce che queste categorie sono irrilevanti nel rapporto esterno. Il grado di partecipazione e la colpa sono presi in considerazione solo nel rapporto interno. Tuttavia, non tutti gli atti di partecipazione sono considerati legalmente causali rispetto al danno che si è verificato, e non tutti gli atti di partecipazione che hanno un'influenza promozionale soddisfano il requisito. È necessaria una connessione sufficientemente stretta con l'atto stesso.

14 Oltre alle tre tipologie menzionate nell'art. 50, par. 1, lettera a), del Codice Civile. 50 cpv. 1 CO, è responsabile anche l'abusatore. La conseguenza giuridica è determinata dal cpv. 3.

B. Responsabilità solidale come conseguenza giuridica

15 Se i requisiti di cui all'Art. 50 cpv. 1 CO, gli autori del reato sono responsabili in solido nei confronti della parte lesa nel rapporto esterno. Ciascuno di essi può essere ritenuto individualmente responsabile dell'intero danno (art. 144 cpv. 1 CO) senza poter obiettare di avervi contribuito solo in parte.

16 Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, nel rapporto esterno non esistono motivi individuali di riduzione, come la colpa lieve ai sensi dell'art. 43 cpv. 1 CO. 43 cpv. 1 CO, anche se la maggior parte dei giuristi sostiene l'ammissibilità di motivi individuali di riduzione. La situazione giuridica è invece diversa per le contestazioni derivanti dal rapporto personale tra il debitore solidale e il creditore, come l'assoluzione, la dilazione o la compensazione (art. 145 cpv. 1 var. 1 CO), che possono essere fatte valere nel rapporto esterno. Lo stesso vale per le obiezioni basate sulla natura o sul motivo collettivo dell'obbligazione solidale (art. 145 cpv. 1 var. 2 CO). Tra queste rientrano, tra l'altro, la colpa del creditore o altre circostanze a lui imputabili (cfr. art. 44 cpv. 1 CO).

III. REGRESSO TRA DEBITORI SOLIDALI AI SENSI DEL CPV. 2

A. Regresso e surrogazione

Se il danneggiato avanza una richiesta di risarcimento nei confronti di un debitore solidale, si pone il problema di sapere se e in che misura questi possa rivalersi sugli altri debitori solidali. Il Tribunale federale definisce il regresso come la situazione in cui chi ha effettuato un pagamento a un beneficiario al posto di un terzo può agire contro quest'ultimo per ottenere un risarcimento. Anche se il debitore solidale citato in giudizio dalla parte lesa è responsabile esternamente fino all'intero ammontare del danno, può essere ritenuto responsabile internamente solo in misura proporzionale. Art. 50 cpv. 2 (in combinato disposto con l'art. 148 cpv. 2) CO autorizza il debitore solidale ad agire nei confronti di altri debitori. Il diritto di regresso sorge al momento dell'adempimento nei confronti della parte lesa. 17

Oltre al diritto di regresso originario di cui all'art. 50 cpv. 2, in combinato disposto con l'art. 148 cpv. 2 CO, il diritto di regresso sorge al momento dell'adempimento nei confronti della parte lesa. 50 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 148 cpv. 2 CO, il debitore solidale ha anche il diritto di surrogazione ai sensi dell'art. 149 CO. In questo caso, la pretesa del creditore danneggiato passa al debitore nei confronti del quale è stata avanzata una pretesa come cessione di diritto insieme ai diritti accessori (cfr. artt. 166 e 170 CO). Il debitore assume la posizione di creditore e può far valere il credito surrogato, meno la quota a suo carico, nei confronti degli altri autori del danno. 18

B. Estensione del regresso

Se e in quale misura il responsabile in solido possa rivalersi sui suoi coobbligati nel rapporto interno è a discrezione del tribunale (art. 50 cpv. 2 CO). Il tribunale tiene conto innanzitutto della gravità della colpa di ciascuna parte, per cui un autore o un istigatore deve di solito sopportare una quota maggiore rispetto a un complice. Inoltre, si deve tenere conto degli interessi potenzialmente diversi dei partecipanti. Solo a questo punto i coobbligati possono far valere i singoli motivi di riduzione tra di loro. 19

20 La costellazione di più coobbligati ai sensi dell'art. 50, par. 1, lett. b), del Codice Civile, è un'ipotesi di riduzione del danno. 50 cpv. 1 e 2 CO costituisce un'eccezione legale all'art. 148 cpv. 1 e 2 CO. 148 cpv. 1 CO che richiede una deviazione dalla ripartizione per teste. Inoltre, non esiste una responsabilità solidale nel rapporto interno tra i debitori. Il creditore di regresso può citare in giudizio gli altri autori del danno solo per l'importo della loro quota interna. L'incapacità di pagamento di un autore dell'illecito è disciplinata dall'art. 148 para. 3 CO.

C. Prescrizione del diritto di regresso

21 Il termine di prescrizione relativo del diritto di regresso ai sensi dell'art. 50 cpv. 2 CO è disciplinato dall'art. 148 cpv. 3 CO. 50 cpv. 2 CO è disciplinato dall'Art. 139 CO. Di conseguenza, il diritto di regresso del debitore si estingue tre anni dopo il giorno in cui ha soddisfatto la parte lesa ed è a conoscenza dei suoi coobbligati. La maggior parte degli studiosi ipotizza anche un termine di prescrizione assoluto di dieci anni che, secondo la tesi sostenuta nel presente commento, decorre dal momento in cui il danneggiato viene soddisfatto dal primo debitore solidale.

22 Se il debitore da cui il creditore recupera si avvale di una surrogazione ai sensi dell'art. 149 cpv. 149 cpv. 1 CO, sia il credito, compresi i diritti accessori, sia il termine di prescrizione, che è già iniziato, passano a lui. La data di inizio e la durata del termine sono determinate dal credito principale che è stato trasferito.

IV. RESPONSABILITÀ DELL'AUTORE DEL REATO AI SENSI DEL CPV. 3 CO

23 Il termine "abettor" utilizzato nella traduzione inglese del Codice delle obbligazioni deve essere innanzitutto chiarito. Non si tratta di una persona che aiuta o incoraggia l'autore del reato a causare il danno. Piuttosto, il complice ai sensi del cpv. 3 agisce solo dopo che il danno è stato causato. 3 agisce solo dopo che il danno è stato fatto, assicurando il risultato che si è già verificato. Può, ad esempio, agire come ricettatore di beni rubati o riciclatore di denaro. A causa della mancanza di un nesso di causalità giuridica, l'abettante è responsabile solo per i danni conseguenti causati dalla sua

condotta (oltre che per l'eventuale quota di profitto ricevuta) e non per i danni causati dall'illecito principale.

La responsabilità dell'abettante richiede la colpa, anche se la legge non la menziona esplicitamente. A differenza del reato di ricettazione di cui all'art. 160 c.p., che richiede l'intenzione, la negligenza è un requisito fondamentale. 160 del Codice Penale, che richiede l'intenzione, è sufficiente la negligenza. 24

Art. 50 cpv. 3 CO distingue due varianti. Da un lato, il complice è responsabile nella misura in cui ha ricevuto una parte del guadagno o ha comunque beneficiato di un risparmio di spesa. È il caso, ad esempio, di chi riceve una parte dei beni rubati in cambio del loro occultamento o della guida di un'auto rubata. D'altro canto, il complice diventa responsabile del danno che ha causato: ad esempio, la vendita di un oggetto rubato. 25

La conseguenza giuridica dell'Art. 50 cpv. 3 CO è la responsabilità solidale. 3 CO è la responsabilità solidale dell'autore dell'abuso con gli autori del reato di cui al cpv. 1. Tuttavia, l'estensione della responsabilità solidale è limitata dal punto di vista dell'autore dell'abuso. Essa si estende solo nella misura in cui essi sono responsabili ai sensi del cpv. 3 e non necessariamente a tutti i danni. 3 e non necessariamente a tutti i danni. Se anche l'autore del reato agisce in qualità di complice prima e durante la causazione del danno, la sua responsabilità solidale è disciplinata esclusivamente dal cpv. 1. 26

BIBLIOGRAFIA

Brehm Roland, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5th ed., Bern 2021.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, Zurich et al. 2010.

Däppen Robert K., commentary on Art. 139 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Deschenaux Henri/Tercier Pierre, La responsabilité civile, 2nd ed., Bern 1982.

Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.

Fischer Willi/Böhme Anna/Gähwiler Fabian, commentary on Art. 50 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, Zurich et al. 2009.

Graber Christoph K., commentary on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Heierli Christian, Geldwäscher als «Begünstiger» (Art. 50 Abs. 3 OR), in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (eds.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich et al. 2018, p. 565–588.

Mazan Stephan, commentary on Art. 50 CO, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich et al. 2016.

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zurich 1995.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, Zurich et al. 2017.

Pichonnaz Pascal, commentary on Art. 139 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Rey Heinz/Wildhaber Isabelle, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5th ed., Zurich et al. 2018.

Schönenberger Beat, commentary on Art. 50/51 CO, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014.

Schwander Ivo, commentary on Art. 139 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Werro Franz/Perritaz Vincent, commentary on Introduction to Art. 50–51 CO, on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127–142 OR, Bern 2021.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 51 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 51 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 51 OR.

2. Per cause diverse

Art. 51

[1] Quando più persone siano responsabili per lo stesso danno, ma per diverse cause, atto illecito, contratto o disposizione di legge, si applica per analogia la disposizione relativa al regresso fra le persone che hanno cagionato insieme un danno.

[2] Di regola la responsabilità incombe in prima linea a colui che ha cagionato il danno con atto illecito, in ultima a colui che senza propria colpa né obbligazione contrattuale ne risponde per legge.

STRUTTURA

I. Osservazioni generali 33
II. Concorso di crediti nel rapporto esterno 33
III. Ricorso nel rapporto interno 34
A. Ricorso in generale 34
B. Estensione della rivalsa 35
C. Ricorso in caso di responsabilità solidale multitipica 35
1. Gruppi di responsabilità 35
2. Responsabilità a cascata 37
D. Ricorso in caso di responsabilità solidale monotipica 38
E. Priorità di quota del danneggiato 39
F. Prescrizione del diritto di regresso 39
IV. Il regresso dell'assicuratore 40
Bibliografia 41

I. OSSERVAZIONI GENERALI

L'Art. 51 CO disciplina il regresso tra i responsabili che hanno causato lo stesso danno per motivi giuridici diversi (ossia in base al diritto civile, al diritto contrattuale o alla legge) e rinvia a tal fine alla disciplina del regresso di cui all'art. 50 CO. Tuttavia, l'art. 51 cpv. 2 CO stabilisce un regime di responsabilità indipendente. L'Art. L'art. 51 CO riguarda principalmente il rapporto interno tra gli autori del reato e non menziona esplicitamente il rapporto esterno. 1

L'ambito di applicazione della disposizione non è limitato ai danni causati da una pluralità di responsabili per motivi giuridici diversi. Anche i danni causati da più responsabili per lo stesso motivo giuridico sono oggetto di controversia ai sensi dell'art. 51 CO. Inoltre, la disposizione si applica alle richieste di risarcimento per sofferenze personali e, tramite l'art. 99, cpv. 1, del Codice civile. 99 para. 3 CO, alle richieste contrattuali di risarcimento danni. Al di fuori del Codice delle obbligazioni, le leggi speciali fanno talvolta riferimento all'art. 51 CO. Infine, l'art. 51 CO prevale sul diritto cantonale che prevede un diverso ordine di ricorso. 2

II. CONCORSO DI CREDITI NEL RAPPORTO ESTERNO

A causa della regolamentazione dell'azione di regresso tra gli autori del reato prevista dall'art. 51 CO, nel rapporto esterno deve esistere una responsabilità solidale. 51 CO, nel rapporto esterno deve sussistere una responsabilità solidale. A questo proposito, ciascuno dei responsabili risponde dell'intero danno a cui ha contribuito. La parte lesa può decidere il responsabile contro cui procedere. 3

Dato che la parte lesa ha richieste individuali nei confronti di ciascuno degli autori del reato, esistono più richieste affiancate. Poiché il danneggiato può essere soddisfatto una sola volta, le richieste di risarcimento sono in concorrenza tra loro. Pertanto, nel rapporto esterno si verifica il cosiddetto concorso di domande. Poiché l'art. 51 CO non prevede esplicitamente la responsabilità solidale, il rapporto viene definito anche responsabilità solidale imperfetta. In generale, le conseguenze giuridiche del concorso di crediti sono le stesse della responsabilità solidale (perfetta). 4

5 Poiché i responsabili agiscono separatamente nel contesto dell'Art. 51 CO, si pone la questione se i responsabili agiscono separatamente nel contesto dell'Art. 51 CO. 51 CO, si pone la questione se un autore del reato possa affermare, nei confronti della parte lesa, di avere una colpa solo lieve rispetto agli altri autori del reato. Ciò potrebbe comportare una riduzione della responsabilità (art. 43 cpv. 1 CO). Il Tribunale federale consente teoricamente di far valere tali motivi individuali di riduzione del rapporto esterno. Tuttavia, l'applicazione è limitata ai casi in cui la colpa dell'autore del reato citato in giudizio dalla parte lesa è talmente inferiore e sproporzionata rispetto alla colpa di un altro autore del reato che sarebbe manifestamente ingiusto e inaccettabile rendere il primo responsabile di tutti i danni nel rapporto esterno. La maggioranza degli studiosi di diritto auspica un margine di manovra più ampio per l'affermazione di motivi individuali di riduzione del rapporto esterno.

6 Le obiezioni che possono essere sollevate congiuntamente dai responsabili e quelle a cui un responsabile ha diritto personalmente devono essere ammesse nel rapporto esterno senza restrizioni.

7 Va notato che, secondo il Tribunale federale, in caso di responsabilità solidale imperfetta ai sensi dell'art. 51 CO, le azioni del creditore sono ammesse senza limitazioni. 51 CO, le azioni del creditore che interrompono la prescrizione colpiscono solo l'autore o gli autori del reato interessati, ma non gli altri autori del reato (cfr. art. 136 cpv. 1 CO).

III. RICORSO NEL RAPPORTO INTERNO

A. Ricorso in generale

8 Se la parte lesa ha avanzato una richiesta di risarcimento nei confronti di un autore del reato e tale richiesta ammonta a un importo superiore a quello che l'autore del reato avrebbe dovuto sostenere nel rapporto interno, il diritto di regresso nei confronti degli altri autori del reato sorge ex iure proprio. Non appena il debitore contro cui è stato realizzato il credito ha soddisfatto la parte lesa, il diritto di regresso sorge e diventa esigibile, compresi gli interessi sul credito.

Un ulteriore diritto di surrogazione, ai sensi dell'art. 149 CO, non sussiste nel caso in cui il credito di regresso sia stato soddisfatto dalla parte lesa. 149 CO, non esiste in caso di responsabilità solidale imperfetta. 9

B. Estensione della rivalsa

Per quanto riguarda l'estensione della rivalsa, occorre distinguere tra due costellazioni. L'art. 51 CO disciplina il caso in cui più persone siano responsabili per motivi giuridici diversi (la cosiddetta responsabilità solidale multitipica). Esiste inoltre la variante in cui più persone sono responsabili per gli stessi motivi giuridici, ma non possono essere accusate di colpa comune. Questa cosiddetta responsabilità solidale atipica è anche coperta, almeno per analogia, dall'art. 51 CO. 51 CO. L'ordine di ricorso in caso di responsabilità solidale multitipica è determinato dalla cascata prevista dall'Art. 51 cpv. 2 CO. L'estensione del ricorso in caso di responsabilità solidale atipica è determinata dalla discrezionalità del giudice. 10

Nel rapporto interno non esiste più la responsabilità solidale. L'autore del reato avente diritto di regresso può citare in giudizio gli altri autori del reato solo nella misura della loro quota interna. Un'eccezione a questo principio si trova nella rivalsa dell'assicuratore sociale ai sensi dell'art. 72, cpv. 2, della Legge federale del 6 giugno 2003. 72 cpv. 2 della Legge federale del 6 ottobre 2000 sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (RS 830.1; di seguito: GPSL). L'incapacità di pagamento dell'autore dell'illecito è disciplinata dall'art. 148 cpv. 3 CO. 11

C. Ricorso in caso di responsabilità solidale multitipica

1. Gruppi di responsabilità

L'art. 51 cpv. 2 CO distingue tre tipi di gruppi di responsabilità: la responsabilità per fatto illecito, quella per contratto e quella per legge. 12

I responsabili di illeciti civili ai sensi dell'art. 51 cpv. 2 CO sono in primo luogo coloro che sono responsabili per fatto illecito. 51 cpv. 2 CO sono in primo luogo i responsabili ai sensi dell'art. 41 CO e devono essere personalmente responsabili. 41 CO e devono essere personalmente responsabili. Se anche una persona responsabile per legge è in colpa, deve essere assegnata a questa categoria. È incluso anche chi è contemporaneamente responsabile per lo 13

stesso danno sia in base al diritto contrattuale che a quello extracontrattuale. Infine, anche una persona giuridica può essere responsabile per fatto illecito a causa del comportamento colposo dei suoi organi direttivi (art. 55 cpv. 2 CC).

14 Il secondo gruppo comprende i responsabili di diritto contrattuale. La responsabilità in base al diritto contrattuale comprende gli obblighi primari di prestazione, come gli obblighi contrattuali di assunzione dei danni o di riparazione dei danni (ad esempio, un contratto di garanzia o un'obbligazione di indennizzo). Inoltre, comprende obblighi secondari di adempimento, come la violazione del contratto ai sensi degli artt. 97 e segg. CO o la responsabilità per gli associati ai sensi dell'art. 101 CO. Nel frattempo, la rivalsa dell'assicuratore è disciplinata esclusivamente dal diritto speciale. Pertanto, è escluso dall'ordine di regresso di cui all'art. 51 cpv. 2 CO.

15 L'ultimo gruppo è quello dei responsabili di illeciti per legge. La responsabilità per legge consiste in due tipi di responsabilità oggettiva: la responsabilità oggettiva semplice e la responsabilità oggettiva aggravata. La prima comprende gli standard di responsabilità legale che sono collegati alla violazione dell'obbligo di diligenza o a una condizione difettosa. Tra queste rientrano, ma non solo, la responsabilità delle persone prive di capacità di intendere e di volere (art. 54 CO), dei datori di lavoro (art. 55 CO), dei proprietari di immobili (art. 58 CO), del capofamiglia (art. 333 CC) e dei proprietari terrieri (art. 679 CC). La responsabilità oggettiva aggravata è invece legata al semplice utilizzo di un oggetto pericoloso. La base di questo principio si trova, ad esempio, nell'art. 58 della Legge federale del 19 dicembre 1958 sulla sicurezza degli oggetti pericolosi. 58 della Legge federale del 19 dicembre 1958 sulla circolazione stradale (RS 741.01; di seguito: ACR) per i proprietari di veicoli a motore, nell'art. 64 della Legge federale del 21 dicembre 1948 sulla circolazione stradale (di seguito: art. 6.1 CC). 64 della Legge federale del 21 dicembre 1948 sull'aviazione (RS 748.0) per i proprietari di aeromobili, nell'art. 33 della Legge federale del 4 ottobre 1963 sull'aviazione (RS 748.0) per i proprietari di aeromobili. 33 della Legge federale del 4 ottobre 1963 sugli impianti di condutture per il trasporto di combustibili liquidi o gassosi e di carburanti per autotrazione (RS 746.1; di seguito: Legge sulle condutture) per i proprietari di un impianto di condutture, o nell'Art. 27 della Legge federale del 24 giugno 1902 sul trasporto di combustibili e carburanti. 27 Legge federale del 24 giugno 1902 sugli impianti elettrici a corrente debole e forte (RS 734.0) per i proprietari di tali impianti.

Una menzione particolare merita il ricorso del datore di lavoro. Supponiamo che un dipendente rimanga inabile a causa di un incidente stradale. In questo caso, il datore di lavoro ha l'obbligo di continuare a pagare il salario ai sensi dell'art. 324a CO. Tuttavia, poiché ha adempiuto al suo obbligo legale o contrattuale indipendentemente dall'evento dannoso, il datore di lavoro non rientra in nessuno dei gruppi menzionati nell'art. 51 cpv. 2 CO. Tuttavia, in questo caso, il Tribunale federale ha stabilito che l'art. 51 cpv. 2 CO si applica per analogia. 51 cpv. 2 CO si applica per analogia, concedendo al datore di lavoro un diritto di regresso nei confronti della parte responsabile per legge. L'obbligo di continuare a pagare i salari non va a favore della parte strettamente responsabile. L'entità del diritto di regresso è pari al danno ipotetico che il lavoratore avrebbe subito senza i pagamenti del datore di lavoro. 16

2. Responsabilità a cascata

I tre tipi di responsabili individuati in precedenza non sono ugualmente responsabili del soddisfacimento di una richiesta di risarcimento. Piuttosto, l'art. 51 cpv. 2 CO presenta una cascata di responsabilità. 51 cpv. 2 CO presenta piuttosto una cascata di responsabilità, secondo la quale è soprattutto la parte responsabile per motivi illeciti a dover risarcire i danni all'attore. I responsabili per motivi contrattuali sono responsabili in seconda istanza. Infine, chi è responsabile per motivi legali deve provvedere al risarcimento. Ne consegue che una persona responsabile per legge, nei confronti della quale la parte lesa ha realizzato la propria pretesa, deve procedere contro una persona responsabile per fatto illecito al fine di recuperare i danni. Se oltre al responsabile civile esiste un responsabile contrattuale, la sua quota interna è pari a zero e non può essere citata in giudizio dal responsabile oggettivo. La parte contrattualmente responsabile ha una quota interna solo se non esiste una parte responsabile per fatto illecito. 17

Se più responsabili contro i quali si chiede l'azione di regresso fanno parte dello stesso gruppo di responsabilità, la ripartizione della quota interna è a discrezione del tribunale, in particolare in base alla colpa personale di ciascuna parte (art. 50 cpv. 2 CO analogamente). L'incapacità di pagare di un responsabile deve essere sostenuta dagli altri responsabili dello stesso gruppo e non dal responsabile di un gruppo più privilegiato. 18

19 La legge descrive la cascata come una regola, anche se sono possibili eccezioni. Tuttavia, i tribunali si considerano molto legati alla regola del regresso di cui all'art. 51 cpv. 2 CO e difficilmente se ne discostano. 51 cpv. 2 CO e difficilmente se ne discostano. Nella causa BGE 144 III 319, il Tribunale federale ha concesso una notevole eccezione alla regola. Un dipendente aveva riportato ustioni in un pozzo a causa di una fuga di gas perché fumava durante il lavoro. In discussione c'era la responsabilità contrattuale del datore di lavoro per non aver vietato il fumo, nonché la responsabilità oggettiva del proprietario del sistema di condutture da cui è fuoriuscito il gas (art. 33 della legge sulle condutture). Secondo la Corte Suprema Federale, il tipico pericolo operativo derivante dalle condutture si manifestava nella miscela aria-gas indipendentemente dalla violazione del contratto. Il comportamento in violazione del contratto aveva solo influenzato l'innesco del pericolo. Di conseguenza, è stata necessaria una deviazione dalla cascata di responsabilità e il danno è stato suddiviso in parti uguali tra il datore di lavoro e il proprietario della conduttura.

20 La cascata si applica solo nel rapporto interno. Nel rapporto esterno, la parte lesa è libera di scegliere se rivolgersi alla parte strettamente responsabile o direttamente alla parte responsabile per fatto illecito.

D. Ricorso in caso di responsabilità solidale monotipica

21 Il ricorso in caso di responsabilità solidale atipica è valutato a libera discrezione del giudice. In assenza di motivi giuridici diversi, l'applicazione della cascata di cui al paragrafo 2 deve essere omessa. La ripartizione della responsabilità per il risarcimento dei danni si basa sui seguenti fattori:

22 In caso di pluralità di responsabili per colpe distinte, la ripartizione deve avvenire in base alla gravità delle singole colpe. Ulteriori fattori possono essere la parentela, l'interesse nell'atto dannoso o ulteriori motivi di responsabilità. Nel caso di colpa uguale, la ripartizione è uguale. Come già detto, se la colpa dell'organo di governo è attribuita alla persona giuridica, questa è responsabile illecitamente nel rapporto esterno. Tuttavia, nel rapporto interno la colpa dell'organo direttivo è applicata alla persona giuridica per legge (art. 55 cpv. 2 CC). Ciò garantisce alla persona giuridica un pieno diritto di rivalsa nei confronti del membro colpevole dell'organo direttivo.

Se più parti sono responsabili in base al diritto contrattuale, la ripartizione è ancora una volta a discrezione del tribunale. L'entità della colpa (contrattuale) e la natura particolare del negozio giuridico svolgono un ruolo importante. Per quanto riguarda il ricorso dell'assicuratore, si veda più avanti. 23

Se esistono più parti responsabili per legge, la ripartizione è anch'essa a discrezione del tribunale, a meno che una disposizione di legge speciale non preveda diversamente (cfr. art. 60 cpv. 2 RTA). Molti giuristi ipotizzano che i soggetti tenuti al risarcimento a titolo di responsabilità oggettiva aggravata, a causa del rischio operativo che comportano, debbano sopportare una parte del danno in anticipo, a condizione che concorrano con i soggetti tenuti al risarcimento a titolo di responsabilità oggettiva semplice. 24

E. Priorità di quota del danneggiato

Può accadere che il danneggiato non possa richiedere l'intero danno al responsabile del danno. Ciò può essere dovuto al fatto che l'autore del reato può far valere una ragione di riduzione o è contrattualmente responsabile solo fino a un certo importo. In questo caso, si pone la questione del rapporto tra il credito residuo del danneggiato e l'eventuale diritto di regresso del debitore responsabile, se entrambi vogliono agire contro un altro autore del reato. Il problema sorge se anche la quota di responsabilità del debitore di regresso deve essere ridotta e non deve rispondere dell'intero danno. In questo caso, la parte lesa ha una priorità di quota che le consente di soddisfare il proprio credito residuo prima del credito di regresso dell'altro autore del danno. 25

Finora la giurisprudenza ha applicato la priorità di quota solo se il diritto di regresso si basa sulla surrogazione. Tuttavia, gli studiosi di diritto la applicherebbero anche alle azioni di regresso ai sensi dell'art. 51 CO. In alcune leggi speciali, la priorità di quota è già stata introdotta nella codificazione (ad esempio, l'art. 88 RTA o l'art. 73 cpv. 1 GPSL). 26

F. Prescrizione del diritto di regresso

Il diritto di regresso si prescrive in tre anni a partire dal giorno in cui la parte lesa è stata soddisfatta e il danneggiante avente diritto al regresso è venuto a conoscenza del suo diritto di regresso (art. 139 CO). Inoltre, dal momento dell'adempimento al danneggiato si presume un termine di prescrizione assoluto di dieci anni. 27

28 Inoltre, il Tribunale federale ha dedotto dall'art. 2, cpv. 2, CC che il diritto di regresso si prescrive in dieci anni dal momento dell'adempimento al danneggiato. 2 cpv. 2 CC che il creditore di regresso deve notificare al debitore di regresso (non appena sia ragionevole farlo) l'intenzione di avanzare una richiesta di risarcimento nei suoi confronti. In caso contrario, secondo il Tribunale federale, il diritto di regresso decade. In alcune circostanze, il termine di prescrizione del diritto di regresso potrebbe non essere ancora stato prescritto, mentre la responsabilità del debitore di regresso nel rapporto esterno è già stata prescritta. Senza tale notifica, il debitore di regresso corre il rischio di eliminare le prove a discarico.

IV. IL REGRESSO DELL'ASSICURATORE

29 Ai sensi dell'art. 95c cpv. 2 della Legge sulle polizze assicurative del 2 aprile 1908 (SR 221.229.1; di seguito: IPA), l'assicuratore di indennità interviene nei diritti dell'assicurato per il danno da lui coperto. Si tratta di una surrogazione ai sensi dell'art. 149 CO. L'assicuratore può quindi rivalersi su tutti gli autori del danno, indipendentemente dal fatto che siano responsabili in base al diritto della responsabilità civile, al diritto contrattuale o a disposizioni di legge. Fino all'entrata in vigore dell'art. 95c IPA il 1° gennaio 2022, la disposizione sulla rivalsa dell'assicuratore era disciplinata dall'art. 72 IPA. La vecchia disposizione prevedeva al cpv. 1 che la richiesta di risarcimento nei confronti di terzi 1 che la richiesta di risarcimento nei confronti di terzi derivante da un atto illecito fosse trasferita all'assicuratore. Pertanto, per molto tempo, il Tribunale federale ha ritenuto che l'assicuratore avesse diritto di rivalsa solo nei confronti di terzi responsabili di illeciti. Non era prevista la possibilità di rivalersi su terzi responsabili per contratto o per legge in applicazione della cascata di responsabilità di cui all'art. 51 cpv. 2 CO. Nella sentenza BGE 144 III 209, la Corte ha modificato la propria giurisprudenza e ha riconosciuto all'assicuratore il diritto di regresso nei confronti di tutti coloro che non sono responsabili contrattualmente ai sensi degli artt. 41 e segg. CO, includendo quindi anche le persone responsabili per legge. L'art. 51 cpv. 2 CO non è più applicabile.

30 I diritti dell'assicurato sono inoltre surrogati all'assicuratore di responsabilità civile ai sensi dell'art. 95c cpv. 2 IPA. Tuttavia, l'assicuratore è ancora vincolato alla cascata di responsabilità di cui all'art. 51 cpv. 2 CO. In caso contrario, la posizione delle altre parti responsabili si deteriorerebbe.

L'art. 96 IPA si applica all'assicuratore a somma fissa. In base a questa disposizione, il credito della parte lesa nei confronti del responsabile del danno non viene trasferito all'assicuratore. Si tratta piuttosto di due diritti distinti, che non si escludono a vicenda, nei confronti dell'autore dell'illecito e della compagnia di assicurazione. 31

L'istituto di previdenza sociale ha un diritto di regresso integrale ai sensi dell'art. 72 GPSL. La cascata di cui all'art. 51 cpv. 2 CO non si applica. 51 cpv. 2 CO non si applica. I diritti dell'assicurato sono surrogati fino all'importo delle prestazioni legali (art. 72 cpv. 1 LPSG). In linea di principio, l'assicuratore sociale può rivalersi integralmente su qualsiasi autore di illeciti e gli autori dell'illecito sono responsabili in solido nei confronti dell'assicuratore (art. 72 cpv. 2 LPS). Tuttavia, l'art. 75 GPSL prevede limitazioni alla pretesa dell'istituzione a favore di coniugi, parenti, datori di lavoro e altri. In recenti sentenze del Tribunale federale, il diritto di rivalsa dell'istituzione è stato ulteriormente limitato. La parte strettamente responsabile, che non è privilegiata dall'art. 75 GPSL, è responsabile solo nei confronti del coniuge, dei parenti, dei datori di lavoro e di altri. 75 GPSL, è responsabile nei confronti dell'assicuratore sociale solo nella misura in cui dovrebbe sostenere il danno nel rapporto interno con il datore di lavoro responsabile della parte lesa, come se il privilegio del datore di lavoro non esistesse. Successivamente, l'assicuratore sociale non può più vantare una pretesa nei confronti dell'autore dell'illecito strettamente responsabile, a causa della cascata di responsabilità di cui all'art. 51 cpv. 2 CO che favorisce il datore di lavoro responsabile. 51 cpv. 2 CO che favorisce l'autore dell'illecito per disposizione di legge rispetto al datore di lavoro contrattualmente responsabile. 32

BIBLIOGRAFIA

Brehm Roland, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41–61 OR, 5th ed., Bern 2021.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, Entlebuch 1982.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, Zurich et al. 2010.

Deschenaux Henri/Tercier Pierre, La responsabilité civile, 2nd ed., Bern 1982.

Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.

Fischer Willi/Böhme Anna/Gähwiler Fabian, commentary on Art. 50 CO and on Art. 51 CO, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 4th ed., Zurich 2022.

Graber Christoph K., commentary on Art. 51 CO, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Graber Christoph K./Casanova Gion Christian, commentary on Art. 95c IPA and on Art. 96 IPA, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (eds.), Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2nd ed., Basel 2023.

Mazan Stephan, commentary on Art. 51 CO, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich et al. 2016.

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zurich 1995.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, Zurich et al. 2017.

Perritaz Vincent, commentary on Art. 95c IPA and on Art. 96 IPA, in: Brulhart Vincent/Frésard-Fellay Ghislaine/Subilia Olivier (eds.), Commentaire romand, Loi sur le contrat d'assurance, Basel 2022.

Schaer Roland, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel et al. 1984.

Schönenberger Beat, commentary on Art. 50/51 CO, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Werro Franz, Le recours du responsable civil (art. 51 al. 2 CO), celui de l'assureur privé (art. 95c al. 2 LCA) et la prescription de l'action récoursoire (art. 139 CO), ZSR 140 (2021) I, p. 3-32.

Werro Franz/Perritaz Vincent, commentary on Introduction to Art. 50–51 CO and on Art. 51 CO, in: Thévenoz Luc/Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 84 CO

Un commentario di Sascha Lanz

CITAZIONE SUGGERITA

Sascha Lanz, Commentario all'art. 84 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (a cura di), Commentario online alla Codice delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Lanz, art. 84 CO N. XXX.

D. Pagamento

I. Moneta del paese

Art. 84

[1] I debiti pecuniari devono essere pagati con mezzi legali di pagamento della moneta in cui è stato contratto il debito.

[2] Se il debito è espresso in una moneta che non è moneta del Paese nel luogo di pagamento, questo potrà farsi in moneta del Paese al corso del giorno della scadenza, a meno che con la parola «effettiva» o con altra simile aggiunta non sia stato stipulato l'adempimento letterale del contratto.

STRUTTURA

I. Generalità ... 48
A. Ambito di applicazione e contenuto normativo dell'Art. 84 CO. 84 CO ... 48
B. Concetto di denaro ... 48
C. Forme di moneta e natura giuridica ... 49
1. Il denaro contante ... 49
2. Moneta scritturale ... 49
3. Altre forme di moneta ... 50
a. Sistemi monetari privati ... 50
b. Criptovalute ... 50
c. Moneta digitale delle banche centrali ... 50
D. Costituzione monetaria ... 51
II. Art. 84 para. 1 CO ... 51
A. Concetto di debito pecuniario ... 51
B. Valore di un debito monetario (principio del valore nominale) ... 52
1. Generalità ... 52
2. Principio del valore nominale ... 52
3. Eccezioni al principio del valore nominale ... 52
a. Debiti monetari di valore ... 52
b. Ritenzione di valore contrattuale ... 52
c. Adeguamento normativo o giudiziario ... 53
C. Adempimento di un debito pecuniario ... 53
1. Obbligo del debitore di adempiere in moneta legale ... 53
2. Obblighi del creditore ... 53
3. Modalità di adempimento ... 55
a. Pagamento in contanti ... 55
b. Pagamento senza contanti ... 55
4. Momento e luogo dell'adempimento ... 56
III. Art. 84 cpv. 2 CO ... 56
A. Concetto di debito in valuta estera ... 56
B. Definizione del debito in valuta estera ... 56
C. Diritto del debitore all'adempimento in valuta locale ... 57
D. Conversione di un debito in valuta estera ... 57
1. Tasso di conversione applicabile ... 57
2. Danno da fluttuazioni del tasso di cambio ... 58
E. Compensazione dei debiti in valuta estera ... 58
F. Esecuzione di un debito in valuta estera ... 59
1. Preghiera in caso di debito in valuta estera ... 59
2. Calcolo del valore in contestazione di un debito in valuta estera ... 59
3. Esecuzione di un debito in valuta estera ... 59

4. Debiti in valuta estera nel fallimento, nel pignoramento e nell'amministrazione controllata 60
Bibliografia 61
I Materiali 65

I. GENERALITÀ

A. Ambito di applicazione e contenuto normativo dell'Art. 84 CO. 84 CO

1 Gli Artt. 84-90 CO trattano il pagamento in denaro come forma di adempimento sotto la dicitura "Pagamento". L'**ambito di applicazione** dell'Art. 84 CO è limitato ai debiti pecuniari. 84 CO è limitato ai debiti pecuniari. Tuttavia, gli Artt. 85-90 CO, che rientrano nello stesso margine, si applicano anche ad altre forme di adempimento.

2 **Art. 84 cpv. 1 CO** stabilisce che il debitore deve saldare il suo debito pecuniario con la moneta avente corso legale. **L'art. 84 cpv. 2 CO integra questo principio. 84 cpv. 2 CO** integra questo principio stabilendo che un debito in valuta estera può essere pagato anche in "valuta locale", purché ciò non sia escluso da una clausola che utilizzi il termine "valuta effettiva" (*"effektiv"*) o una clausola simile.

B. Concetto di denaro

3 Il termine "denaro" si trova in numerose disposizioni, ma non è definito dalla legge. Nonostante l'ampia letteratura, non è stata stabilita una definizione uniforme di denaro nemmeno a livello teorico. La distinzione tra "denaro in senso stretto" (*"Geld im engeren Sinne"*) e "denaro in senso lato" (*"Geld im weiteren Sinne"*) sembra essere opportuna. Il**denaro in senso stretto** comprende solo la moneta legale, ossia il denaro con cui il debitore può adempiere alle proprie obbligazioni ai sensi dell'art. 84, cpv. 1, lettera a), del Codice Civile. 84 par. 1 CO. In Svizzera, hanno corso legale le monete emesse dalla Confederazione (art. 2 lett. a CPIA), le banconote emesse dalla Banca nazionale svizzera (art. 2 lett. b CPIA) e i depositi denominati in franchi svizzeri presso la Banca nazionale svizzera (art. 2 lett. c CPIA). La**moneta in senso più ampio** comprende ogni forma di denaro utilizzabile e quindi tutti i mezzi di pagamento di fatto utilizzati nelle operazioni di pagamento. Oltre alla moneta scritturale, sono comprese anche le criptovalute e altre valute virtuali emesse privatamente. Se non diversamente specificato, la maggior parte delle disposizioni del CO e del CC si basa sul concetto di moneta in senso lato.

C. Forme di moneta e natura giuridica

1. Il denaro contante

Il contante comprende monete e banconote nazionali ed estere. La **natura giuridica del contante è oggetto di controversia**. Di solito viene descritto come una passività della banca centrale, a favore della quale c'è il fatto che le banconote in circolazione sono sempre contabilizzate dalle banche centrali nel lato passivo del bilancio, il che significa che le banconote appaiono come diritti o crediti relativi nei confronti della banca centrale. Altre voci accademiche, tuttavia, negano che le banconote abbiano il carattere di crediti, in quanto le banconote - a differenza della moneta scritturale - non contengono alcuna pretesa di scambio con un altro bene (più). La banca centrale deve ai detentori di contante nient'altro che il contante. Kumhof et al. propongono di qualificare la moneta della banca centrale come un "capitale sociale". Zellweger-Gutknecht suggerisce di qualificarla come una forma di capitale proprio della banca centrale o come un tipo di diritto di partecipazione e la classifica come un diritto assoluto, che implicherebbe i rispettivi aggiustamenti di bilancio della BNS. 4

2. Moneta scritturale

La moneta scritturale rappresenta un **credito del titolare del conto** nei confronti della banca che lo detiene per la restituzione della valuta nazionale. 5

Oltre al contante, l'uso della moneta scritturale è da tempo consolidato nelle operazioni di pagamento quotidiane. Tuttavia, il legislatore ha deliberatamente deciso di non dichiarare la moneta bancaria come moneta legale. 6

A differenza dei depositi bancari delle banche commerciali, i **depositi a vista** denominati in franchi **presso la BNS** (cfr. art. 9 cpv. 1 lett. a LBN) sono disponibili solo per un gruppo limitato di persone giuridiche (in particolare banche commerciali). Tali saldi sono utilizzati dai titolari dei conti per soddisfare gli obblighi di liquidità e di riserva obbligatoria previsti dalla legge e per accedere al sistema di pagamento interbancario (SIC). I depositi a vista presso la BNS non sono (o non sono più) strutturati come crediti. La BNS può esonerarsi completamente accreditando i depositi a vista denominati in franchi. 7

3. Altre forme di moneta

a. Sistemi monetari privati

8 I soggetti privati possono istituire sistemi di pagamento. Questi non hanno corso legale. Un esempio significativo è la moneta WIR ("CHW") creata dalla WIR Bank Cooperative. Tali saldi di credito rappresentano generalmente un **credito nei confronti dell'emittente**, in linea con la moneta contabile delle banche commerciali. Qualsiasi obbligo legale di accettare i mezzi di pagamento privati esiste solo per le parti che partecipano al sistema di pagamento privato.

b. Criptovalute

9 Dall'inizio del 2009 le criptovalute e altri beni basati sulla tecnologia dei libri mastri distribuiti si sono diffusi in tutto il mondo. Con un'unica eccezione, le criptovalute non hanno corso legale in nessun Paese. La **natura giuridica** delle criptovalute è **controversa**. A causa delle loro particolari caratteristiche tecniche, le criptovalute come Bitcoin ed Ethereum non possono essere qualificate come diritti relativi o assoluti. Tuttavia, le criptovalute hanno un valore economico misurabile e possono essere parte di una transazione, motivo per cui devono essere considerate almeno beni di fatto (*"faktische Vermögenswerte*").

c. Moneta digitale delle banche centrali

10 Numerose banche centrali in tutto il mondo stanno attualmente valutando la possibilità di emettere moneta digitale della banca centrale. La moneta digitale della banca centrale deve essere distinta dalle criptovalute: Le criptovalute sono create da soggetti privati, mentre la moneta digitale della banca centrale è emessa dalla banca centrale. Nell'ambito delle valute digitali delle banche centrali si distingue tra un mezzo di pagamento accessibile al pubblico ("**CBDC al dettaglio**", rCDBC) e un mezzo di pagamento limitato che può essere utilizzato solo da un certo gruppo di operatori del mercato finanziario ("**CBDC all'ingrosso**", wCBDC). La Banca nazionale è attualmente impegnata in progetti di wCBDC. Per il momento, il lancio di una rCBDC sembra essere fuori discussione per la BNS. La natura giuridica della moneta digitale della banca centrale dipenderà dalla sua specifica progettazione.

D. Costituzione monetaria

La politica monetaria è di competenza della Confederazione (art. 99 cpv. 1 Cost.). Il mandato di politica monetaria è specificato nel CPIA e nella LBN. La Confederazione ha il **monopolio delle monete e delle banconote** (art. 99 cpv. 1 Cost.). Il monopolio delle monete è esercitato dalla Confederazione stessa (art. 4 CPIA). Il monopolio delle banconote è esercitato dalla BNS in quanto banca centrale indipendente (art. 7 CPIA; art. 99 cpv. 2 Cost.). 11

II. ART. 84 PARA. 1 CO

A. Concetto di debito pecuniario

Un debito pecuniario rappresenta l'obbligo di pagare una certa **somma di denaro** (*"Summenschuld"*). Meno comune, ma ugualmente ammissibile, è la pattuizione di un debito pecuniario come **debito per unità** (*"Stückschuld"*) o come **debito per categoria** (*"Gattungsschuld"*; cfr. art. 71 CO). Nel primo caso, le denominazioni monetarie dovute sono determinate individualmente. Nel secondo caso, i tagli monetari dovuti sono determinati per categoria (ad esempio, pagamento in un certo tipo di banconote o in "Goldvreneli"; il cosiddetto *"Geldsortenschuld"*). 12

Solo nel caso di un debito monetario devono essere pagati gli interessi di mora ai sensi dell'art. 104, cpv. 1, lettera a). 104 cpv. 1 CO. 1 CO. 13

L'adempimento di un debito pecuniario per somma non può diventare **impossibile** in senso giuridico. Al contrario, nel caso di un debito pecuniario per unità, il debitore è liberato dall'obbligo di adempiere, se i gettoni monetari designati individualmente sono morti. Nel caso di un debito per categoria, è anche possibile che la categoria di denaro concordata non sia più in circolazione al momento dell'adempimento e abbia quindi cessato di esistere. In questo caso, il debitore deve generalmente adempiere nella nuova categoria di denaro che sostituisce quella precedente. 14

L'**importo dovuto** può essere **determinato direttamente** (ad esempio, "CHF 150.00") o **indirettamente** (ad esempio, con riferimento a una certa tariffa di un'associazione professionale o a una situazione di fatto [ad esempio, il prezzo di un'azione in una certa data limite]). 15

B. Valore di un debito monetario (principio del valore nominale)

1. Generalità

16 Per loro natura, i debiti pecuniari sono debiti di valore e sono quindi soggetti a **fluttuazioni di valore**. Spesso intercorre un certo periodo di tempo tra la disposizione e l'accordo esecutivo, il che solleva la questione del momento di valutazione di un debito monetario. In pratica, questo aspetto è particolarmente rilevante nel contesto dell'inflazione, che può portare a uno spostamento dell'equilibrio tra le prestazioni reciproche, soprattutto nel caso di obbligazioni contrattuali a lungo termine.

2. Principio del valore nominale

17 Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, si applica il **principio del valore nominale** (non legale), in base al quale un debito monetario rimane immutabile dal momento della sua origine - a prescindere da eventuali fluttuazioni di valore. L'importo dovuto è sempre quello in cui il debito è stato denominato fin dall'inizio *("Ein Franken bleibt ein Franken"*). Il rischio di svalutazione della moneta nel periodo che intercorre tra l'origine e il pagamento del debito è quindi generalmente a carico del creditore. Il principio del valore nominale si applica anche ai debiti in valuta estera.

3. Eccezioni al principio del valore nominale

a. Debiti monetari di valore

18 I debiti di valore non ammontano a una somma fissa. Sono invece finalizzati al risarcimento (ad esempio, il risarcimento danni) o al soddisfacimento di un bisogno specifico (ad esempio, gli alimenti nel diritto di famiglia). Se il debito di mantenimento del valore è specificamente quantificato in una sentenza del tribunale, anch'esso diventa un debito monetario soggetto a fluttuazioni di valore.

b. Ritenzione di valore contrattuale

19 Al fine di proteggere il creditore di un debito monetario da eventuali svalutazioni, le parti possono concordare contrattualmente di trattenere il valore del debito monetario, cosa particolarmente comune nel caso di

obbligazioni a lungo termine. Il valore del debito monetario è fissato solo al momento dell'adempimento e corrisponde al valore intrinseco del debito monetario al momento della stipula del contratto. La più comune tra le varie tipologie di clausole di mantenimento del valore è l'**indicizzazione**, in base alla quale il valore del debito è legato alle variazioni di un indice specifico (ad esempio, l'indice nazionale dei prezzi al consumo) e viene adeguato di conseguenza al momento dell'adempimento. Le clausole di conservazione del valore sono riconosciute come valide, sebbene alcune disposizioni di legge contengano numerose restrizioni esplicite (ad es. art. 269b CO) o analoghe (ad es. art. 783 cpv. 2 CC; art. 794 cpv. 1 CC).

c. Adeguamento normativo o giudiziario

In casi eccezionali, esiste la possibilità di una **rivalutazione legale del** franco svizzero, che finora si è verificata solo una volta. 20

Inoltre, in caso di crollo improvviso di una valuta, l'applicazione della **clausula rebus sic stantibus** prevede la possibilità di una rivalutazione giudiziaria di un debito monetario, se sono soddisfatte le condizioni necessarie. 21

C. Adempimento di un debito pecuniario

1. Obbligo del debitore di adempiere in moneta legale

Ai sensi dell'art. 84 cpv. 1 CO, i debiti pecuniari devono essere pagati in moneta legale della valuta dovuta. La disposizione si applica sia ai debiti pecuniari contrattuali che a quelli extracontrattuali. Art. 84 para. 1 CO **contiene due elementi relativi all'adempimento** dei debiti pecuniari mediante pagamento. Da un lato, stabilisce che i debiti pecuniari devono essere saldati nella valuta dovuta (*"Schuldwährung"*) e, dall'altro, che a tal fine deve essere utilizzata una valuta legale. Entrambi gli elementi non costituiscono disposizioni obbligatorie. 22

2. Obblighi del creditore

Dall'obbligo del debitore di adempiere in moneta nazionale deriva l'obbligo del creditore di accettarla in pagamento, altrimenti il creditore è inadempiente (art. 91 CO). Le **banconote** devono essere accettate in pagamento senza limitazioni (art. 3 cpv. 2 CPIA), mentre **le monete** in 23

circolazione possono essere accettate solo fino a 100 pezzi per ogni debito monetario (art. 3 cpv. 1 frase 1 CPIA).

24 Non avendo corso legale, il creditore non è obbligato ad accettare **pagamenti senza contanti** o moneta scritturale. Se il contratto non contiene una disposizione sulla modalità di adempimento, si deve determinare in base alla costruzione se la presunta intenzione delle parti fosse effettivamente quella di saldare il debito in contanti.

25 L'**accordo di un pagamento senza contanti** si presume se il creditore comunica al debitore i propri dati di pagamento (ad esempio, sulla carta intestata, sulla fattura o sul sito web di e-commerce). Per ragioni di praticità e sicurezza, si deve inoltre presumere che il debito venga saldato senza contanti nel caso di somme maggiori e di pagamenti a distanza.

26 È discutibile se la semplice **apertura di un conto bancario** costituisca già un tacito consenso ad accettare un pagamento senza contanti. Il Tribunale federale lo ha affermato in una sentenza del 7 novembre 1996. Considerato che oggi quasi tutti gli individui in Svizzera possiedono un conto bancario, si sostiene che in questo caso il pagamento in contanti dovrebbe essere espressamente stipulato in ogni transazione, il che sarebbe contrario alle disposizioni dell'art. 84 cpv. 84 cpv. 1 CO. 1 CO. Nell'ambito di applicazione dell'art. 84 cpv. 1 CO, la semplice apertura o il mantenimento di un conto bancario senza la comunicazione pubblica dei dettagli del pagamento a un determinato debitore non può quindi essere interpretata in generale come un consenso implicito e tacito all'accettazione di un pagamento senza contanti.

27 Per quanto riguarda i **depositi a vista presso la BNS**, i creditori che hanno un conto presso la BNS sono tenuti ad accettare l'accredito di tali depositi come pagamento (art. 3 cpv. 3 CPIA). Le tesorerie pubbliche della Confederazione e della BNS sono poi tenute ad accettare senza restrizioni le monete di normale emissione, le monete commemorative e le monete d'oro al valore nominale (art. 3 cpv. 1 frase 2 CPIA).

28 **Altri mezzi di pagamento** (ad esempio banconote straniere o criptovalute) non devono essere accettati da un creditore, a meno che non sia stato concordato contrattualmente.

3. Modalità di adempimento

a. Pagamento in contanti

Il pagamento in contanti sta diventando sempre meno popolare. Tuttavia, il pagamento in contanti rappresenta ancora il concetto generale di pagamento previsto dalla legge e, in considerazione del fatto che l'unica valuta legale disponibile per il pubblico sono le banconote e le monete, il pagamento in contanti rimarrà la forma fondamentale di adempimento di un debito monetario. 29

In quanto **oggetti fisici**, le banconote e le monete sono soggette alle disposizioni del **diritto di proprietà**. Il trasferimento di denaro contante avviene tramite consegna fisica, ossia tramite il trasferimento del possesso di un bene mobile (art. 714 cpv. 1 CC). Il trasferimento della somma di denaro contante con il valore nominale della somma dovuta estingue il debito monetario. 30

b. Pagamento senza contanti

Oggi la maggior parte dei debiti monetari viene saldata con mezzi di pagamento senza contanti (ad es. bonifico bancario, carta di credito, Twint, ecc.). **Maggiore è il valore della transazione, minore è la percentuale di pagamenti in contanti.** 31

Entrambe le parti contraenti necessitano di un conto (bancario) per elaborare le transazioni senza contanti. La base giuridica è costituita da un accordo contrattuale a lungo termine tra la banca e il cliente, soggetto alle disposizioni sui **mandati semplici** (art. 394 e segg. CO). L'accordo prevede che la banca si occupi di tutte le operazioni di pagamento per conto del contraente. La banca è tenuta a eseguire gli ordini di bonifico del contraente (parte attiva del contratto) e ad accreditare le somme dirette al conto del contraente (parte passiva del contratto). 32

Quando si **elabora un bonifico specifico**, questo livello contrattuale è integrato da un livello di istruzione. Il cliente (parte ordinante) incarica la sua banca (parte istruita) di accreditare un determinato importo a un terzo (destinatario dell'istruzione). La “cerniera” tra il livello contrattuale e quello istruttivo è l'ordine di pagamento emesso dall'ordinante, che da un lato rappresenta un'istruzione ai sensi del diritto contrattuale (art. 397 cpv. 1 CO) 33

da parte dell'ordinante alla sua banca detentrice del conto che specifica l'accordo contrattuale esistente e dall'altro rappresenta un'**istruzione ai sensi dell'art. 466** CO **. 466 CO.** L'istruzione di pagamento (art. 466 e segg. CO) non costituisce un contratto.

34 Un pagamento valido senza contanti costituisce un **adempimento e non un semplice adempimento sostitutivo**.

4. Momento e luogo dell'adempimento

35 I debiti pecuniari sono generalmente debiti da **pagare al domicilio del creditore** (art. 74 cpv. 2 n. 1 CO; *"Bringschulden"*).

36 Il creditore deve poter disporre dell'importo dovuto l'**ultimo giorno** del periodo di pagamento specifico. Inoltre, gli artt. 75 e segg. CO.

III. ART. 84 CPV. 2 CO

A. Concetto di debito in valuta estera

37 Un debito in valuta estera è un debito monetario denominato in **valuta estera** dal punto di vista del luogo di pagamento. Il luogo di pagamento è determinato ai sensi dell'art. 74 CO. 74 CO. Il debito è costituito da monete, banconote o altri beni espressi in valuta estera. Ciò può includere anche una valuta completamente virtuale.

B. Definizione del debito in valuta estera

38 Di solito, la valuta in cui il debito monetario deve essere adempiuto è espressamente indicata nel contratto. Se la relativa clausola è **imprecisa** (ad esempio "dollaro" anziché "dollaro USA" o "dollaro neozelandese"), il contratto deve essere **interpretato** secondo le norme del diritto nazionale applicabile (cfr. art. 147, cpv. 2, PILA).

39 L'art. L'art. 84 cpv. 2 CO non riguarda la determinazione dell'importo del debito in valuta estera, ma solo la questione del diritto di conversione. Pertanto, anche i debiti in valuta estera sono soggetti al **principio** del **valore nominale**.

40 Le **richieste di risarcimento danni** di **natura contrattuale** sono generalmente denominate nella valuta del contratto. Nel caso di **richieste di**

risarcimento per illecito civile, la valuta dovuta deve essere valutata in base alle circostanze specifiche del singolo caso. Di norma, è probabile che sia determinante la valuta estera del luogo in cui si è verificato il danno, che di solito è la valuta nazionale del domicilio della parte lesa.

Se una **persona che si è arricchita ingiustamente** è obbligata a fornire il rimborso ma ha già cambiato l'importo in valuta estera ingiustamente ricevuto in valuta locale, non è obbligata a cambiarlo di nuovo. Il rimborso può invece essere effettuato in valuta locale. L'importo da rimborsare in valuta locale è determinato dal tasso di cambio della valuta locale e della valuta estera alla data del ricevimento. 41

C. Diritto del debitore all'adempimento in valuta locale

L'art. 84 cpv. 2 CO prevede che il debitore di un debito in valuta estera il cui luogo di pagamento si trova in Svizzera abbia il diritto di adempiere in valuta nazionale svizzera (franchi svizzeri, CHF). Questo diritto del debitore rappresenta un'**autorizzazione alternativa** prevista dalla legge. Il pagamento è dovuto principalmente in valuta estera. Tuttavia, il debitore è libero di adempiere in valuta locale senza il consenso del creditore. 42

D'altra parte, **il creditore può richiedere l'adempimento solo nella valuta estera**. Se il creditore rifiuta il pagamento del debitore in valuta estera o nazionale, cade in mora (art. 91 CO). 43

L'autorizzazione alternativa prevista per legge dall'**art. 84** cpv. 2 CO non si applica. **84 cpv. 2 CO non si applica**, se l'adempimento letterale è richiesto dall'inserimento nel contratto dell'espressione “moneta effettiva” o di parole in tal senso. Inoltre, l'adempimento alternativo in moneta nazionale è escluso nel caso in cui il debito monetario sia definito in modo specifico. Tale debito esiste, ad esempio, se è stato concordato l'acquisto di determinati tagli di valuta estera. 44

D. Conversione di un debito in valuta estera

1. Tasso di conversione applicabile

Ai sensi dell'Art. 84 cpv. 2 CO, i debiti in valuta estera possono essere regolati in valuta locale “al tasso di cambio in vigore il giorno della scadenza”. L'importo convertito in franchi svizzeri deve quindi corrispondere in valore 45

all'importo dovuto in valuta estera al momento della scadenza del debito in valuta estera (art. 75 CO). Ciò comporta le seguenti implicazioni: Il diritto di sostituzione ai sensi dell'Art. Il diritto di sostituzione ai sensi dell'art. 84 cpv. 2 CO **si applica solo dopo la scadenza**, in quanto il tasso di cambio rilevante non è noto in anticipo. Il debitore non può quindi saldare il debito in valuta locale prima della scadenza. In secondo luogo, il creditore si assume il rischio di cambio tra la data di scadenza e l'inadempimento del debitore, in quanto quest'ultimo risponde delle perdite di cambio solo a partire dal momento dell'inadempimento (art. 103 CO). Se il debitore non viene immediatamente escusso dal creditore alla data di scadenza, ciò lascia al primo un certo margine di speculazione.

46 Localmente è decisivo il **tasso di cambio** del luogo di pagamento stabilito per legge o per contratto. Il tasso di cambio da applicare (prezzo di domanda o di offerta) dipende dalle circostanze specifiche. In generale, il **prezzo richiesto** è decisivo, poiché il creditore dovrebbe essere in grado di ottenere l'importo in valuta estera effettivamente dovuto al momento della scadenza.

2. Danno da fluttuazioni del tasso di cambio

47 Se il debitore è inadempiente (art. 102 cpv. 1 CO), è responsabile dei danni derivanti dalle fluttuazioni del cambio (art. 103 e segg. CO). Se il creditore chiede un risarcimento per il ritardo ai sensi dell'art. 106 CO, che supera gli interessi di mora del tasso di cambio (art. 103 e segg. CO). 106 CO che superano l'interesse di mora del 5% (art. 104 CO), si applica la **presunzione naturale** che il creditore avrebbe cambiato la valuta estera ricevuta in valuta nazionale del suo Paese (di domicilio) alla data di scadenza. Questa presunzione, che serve ad alleggerire l'onere della prova per il creditore in caso di perdite di cambio, deve essere considerata a suo sfavore anche in caso di utili di cambio, per cui il creditore ha il diritto di fornire la prova contraria.

E. Compensazione dei debiti in valuta estera

48 Se non è stata concordata alcuna clausola ai sensi dell'art. 84 cpv. 2 CO. 84 cpv. 2 CO, la **compensazione** di debiti monetari denominati in valute diverse è **ammessa** secondo il Tribunale federale, a condizione che esista un tasso di conversione tra le diverse valute.

F. Esecuzione di un debito in valuta estera

1. Preghiera in caso di debito in valuta estera

Un credito in valuta estera deve essere presentato dal creditore nella valuta concordata. **Se il creditore presenta il credito in una valuta diversa, il credito sarà respinto**, in quanto il debitore - secondo la giurisprudenza del Tribunale federale - non può essere condannato a pagare qualcosa di diverso dal dovuto. Questa pratica è criticata dalla dottrina. Si propone invece l'utilizzo di un approccio basato sul valore: In un'azione di risarcimento monetario, in genere si chiede un valore astratto o una "certa misura del potere d'acquisto". La valuta in cui è denominato il pagamento monetario nella preghiera non dovrebbe quindi essere determinante per la natura della richiesta. Di conseguenza, all'attore non verrebbe riconosciuto "nulla di diverso" (art. 58 cpv. 1 CPC), se la domanda è riconosciuta in una valuta diversa da quella richiesta. 49

Il Tribunale federale è consapevole delle critiche mosse alla dottrina. Tuttavia, si attiene alle sue precedenti sentenze. Un'azione in una valuta sbagliata continua quindi a comportare il licenziamento. Tuttavia, il Tribunale federale ha affermato che un'azione nella valuta sbagliata ha l'effetto di interrompere il periodo di prescrizione, anche se l'azione stessa deve essere respinta. Inoltre, il rigetto di una richiesta di risarcimento presentata erroneamente in franchi svizzeri non preclude una nuova richiesta di pagamento dell'importo in valuta estera effettivamente dovuto. 50

2. Calcolo del valore in contestazione di un debito in valuta estera

Il valore della controversia è determinato dalle richieste di risarcimento (art. 91 cpv. 1 CPC). Nel caso di un credito in valuta estera, la **conversione in franchi svizzeri** deve essere effettuata alla data della litispendenza (art. 61 cpv. 1 CPC). I tassi di cambio applicabili si considerano noti al tribunale e non devono essere provati. 51

3. Esecuzione di un debito in valuta estera

Art. 67 para. 1 n. 3 DEBA prevede che l'importo del credito sia indicato nella richiesta di esecuzione in franchi svizzeri. Questa **conversione** è prevista per ragioni di opportunità e non comporta una novazione (art. 116 CO); il credito è 52

ancora dovuto in valuta estera. Il debitore può quindi liberarsi pagando in valuta estera fino alla chiusura della procedura esecutiva.

53 Per la conversione è determinante il **tasso di cambio del luogo e del giorno della richiesta di esecuzione**. In caso di richiesta di prosecuzione (cfr. art. 88 DEBA), l'importo del credito può essere nuovamente convertito in valuta nazionale su richiesta del creditore al tasso di cambio del giorno della richiesta di prosecuzione (art. 88 cpv. 4 DEBA).

54 Se il tasso di cambio cambia nel corso della procedura esecutiva e il debitore ha pagato di più, ha il diritto di **chiedere il recupero** (art. 86 DEBA). In caso contrario, il creditore può richiedere la differenza attraverso una **nuova procedura esecutiva**.

55 I debiti in valuta estera ai sensi dell'art. 84 cpv. 2 CO e i debiti in valuta estera ai sensi dell'art. 84 cpv. 3 CO. 84 cpv. 2 CO e i debiti pecuniari determinati per categoria (*"Geldsortenschuld"*) non vengono eseguiti secondo le disposizioni del DEBA, ma mediante **esecuzione forzata ai sensi degli artt. 335 CPC e seguenti.**

4. Debiti in valuta estera nel fallimento, nel pignoramento e nell'amministrazione controllata

56 Nell'**istanza di fallimento**, il creditore deve convertire il credito in franchi svizzeri (cfr. art. 211 DEBA). Anche la **richiesta di pignoramento** (cfr. art. 271 DEBA) deve essere espressa in franchi svizzeri. Se la procedura esecutiva è già stata avviata, è determinante la conversione in base alla domanda di esecuzione (art. 67 cpv. 1 n. 3 DEBA), altrimenti è il momento della domanda di pignoramento. Nel caso di un **accordo di ristrutturazione dei debiti ordinario** (cfr. art. 314 DEBA) e di un **accordo di ristrutturazione dei debiti nel fallimento** (cfr. art. 332 DEBA), non è richiesta alcuna conversione. Tuttavia, nel caso di un **accordo di ristrutturazione del debito con cessione dei beni** (cfr. Art. 317 DEBA), è necessario effettuare una conversione, il cui tasso di conversione si basa sul momento in cui è stata concessa la moratoria per la ristrutturazione del debito.

BIBLIOGRAFIA

Bärtschi Harald/Jacquemart Nicolas/Meyer Stephan D., Zahlung und Verzug bei virtuellen Währungen, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Zahlungsverkehr, Basel 2018, p. 177-248 (cit. Bärtschi/Jacquemart/Meyer).

Bech Morten/Garratt Rodney, Central bank crytpocurrencies, BIS Quarterly Review, September 2017, p. 55-70 (cit. Bech/Garratt).

Beck Benjamin, Bitcoin als Geld im Rechtssinne, NJW 2015, p. 580-586 (cit. Beck).

Bettschart Sébastien, Virement en chaîne et assignation bancaire, in: Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Gérard Hertig (Hrsg.), Etudes suisses de droit bancaire, Vol. 61, Zurich 2000 (cit. Bettschart).

Biagio Bossone/Massimo Costa, Money for the Issuer: Liability or Equity?, Economics, vol. 15, no. 1, 2021, p. 43-59 (cit. Bossone/Costa).

Buis Eric, Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen, Diss. Zurich 2001 (cit. Buis).

Carr Philip, Klage in falscher Währung – ergo Klageabweisung?, AJP 2021, p. 161-167 (cit. Carr).

Chaum David/Grothoff Christian/Moser Thomas, How to issue a central bank digital currency, SNB Working Papers, Vol. 3, 2021 (cit. Chaum/Grothoff/Moser).

Dasser Felix, Kommentierung zu Art. 147 IPRG, in: Pascal Grolimund, Leander D. Loacker, Anton K. Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Ed., Basel 2021 (cit. BSK IPRG-Dasser).

Eggen Mirjam, Die rechtliche Ausgestaltung von Retail CBDC, GesKR 2022 p. 147-159. (cit. Eggen, Retail CBDC).

Eggen Mirjam, Tokenisiertes Buchgeld: Programmierbar? Aber sicher!, AJP 2024, p. 293-303 (cit. Eggen, Tokenisiertes Buchgeld).

Enz Benjamin V., Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung, ZStP, 2019, p. 85-107 (cit. Enz, Geldrecht).

Enz Benjamin V., Erfüllung und Vollstreckung von Kryptowährungsforderungen, SJZ 117 (2021) p. 583-595 (cit. Enz, Vollstreckung).

Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, OR AT, Bd. 1 und 2, 11. Ed., Zurich 2020 (cit. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger).

Giovanoli Mario, Bargeld – Buchgeld – Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff?, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Festschrift für Beat Kleiner, Zurich 1993, p. 87-124 (cit. Giovanoli).

Hettich Peter, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Ed., Zurich/St. Gallen 2014 (cit. SGK BV-Hettich).

Kellerhals Franz, in: Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 335 (cit. Kellerhals).

Kleiner Beat, Bankkonto – Giro- und Kontokorrentvertrag, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich 1988, p. 273-284 (cit. Kleiner).

Koller Alfred, Schadenersatzpflicht als Fremdwährungsschuld?, in: Jusletter 6. Mai 2013 (cit. Koller).

Kramer Stefan, Rechtsprobleme des Interbanken Zahlungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des Swiss Interbank Clearing (SIC und euroSIC), Diss. Zurich 2005 (cit. Kramer).

Kumhof Michael/Allen Jason G./Bateman Will/Lastra Rosa M./Gleeson Simon/Omarova Saule T., Central Bank Money: Liability, Asset, or Equity of the Nation?, Cornell Legal Studies Research Paper, 14 November 2020 (cit. Kumhof et al.).

Lanz Sascha, Digitales Zentralbankengeld für die Schweiz: Rechtsnatur und Übertragung einer Retail Central Bank Digital Currency (rCBDC), in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2022 (cit. Lanz).

Medicus Dieter, „Geld Muß Man Haben“: Unvermögen Und Schuldnerverzug Bei Geldmangel, Archiv Für Die Civilistische Praxis, vol. 188, no. 5, 1988, p. 489-510 (cit. Medicus Dieter).

Mercier Gregor, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Ed., Zurich 2016, Art. 84 OR (CHK-Mercier).

Ollivier Nicolas/Geissbühler Grégoire, La monnaie des conclusions dans les litiges bancaires, AJP 2017, p. 1439-1452 (cit. Ollivier/Geissbühler).

Omlor Sebastian, Kryptowährungen im Geldrecht, ZHR 183, 2019, p. 294-345 (cit. Omlor).

Piller François, Virtuelle Währungen – Reale Rechtsprobleme?, AJP 2017, p. 1426-1438 (cit. Piller).

Penon Ilija/Wohlgemuth Marc, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Ed., Zurich 2017, Art. 67 (cit. Penon/Wohlgemuth, SchKG-Komm).

Plenio Martin/Senn Myriam (Hrsg.), Nationalbankgesetz – Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel, Kommentar, Zurich 2020 (NBG/WZG Komm).

Prasad Eswar S., The Future of Money: How the Digital Revolution is Transforming

Currencies and Finance, London 2021 (cit. Prasad).

Reiser Nina/Wyss Lukas, Vollgeld-Initiative und Alternativkonzepte, SZW 2018, p. 164-178 (cit. Reiser/Wyss).

Schraner Marius, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V/1e, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, 3. Ed., Zurich 2000 (cit. ZK OR-Schraner).

Schmid Jörg/Stöckli Hubert/Krauskopf Frédéric, OR BT, 3. Ed., Zurich 2021 (cit. Schmid et al.).

Schroeter Ulrich G., Kommentar zu Art. 84 OR, in: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Ed., Basel 2020 (cit. BSK OR-Schroeter).

Schwander Ivo, Fremdwährungsschulden vor Schweizer Zivilgerichten, ZZZ 60 (2022), p. 457-466 (cit. Schwander).

Simitis Spiros, Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes, AcP 1960/1961, Vol. 159, p. 406-472 (cit. Simitis)

Stein-Wigger Matthias, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Ed., Zurich 2016, Art. 91 (cit. Stein-Wigger, ZPO-Komm).

Thiessen Friedrich, Digitaler Euro: Funktionsweise und kritische Würdigung, Wirtschaftsdienst, Magazine 7, 2021, p. 529-535 (cit. Thiessen).

Vetter Meinard/Züst Anna, Die Durchsetzung von Fremdwährungsforderungen, SJZ 119 (2023), p. 663-668 (cit. Vetter/Züst).

Vischer Frank, Geld- und Währungsrecht im nationalen und internationalen Kontext, Basel 2010 (cit. Vischer).

Von der Crone Hans C., Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer

Überweisung (EFTPOS), Diss. Zurich 1988 (cit. von der Crone).

Weber Rolf H., Berner Kommentar, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Ed., Bern 2005 (cit. BK OR-Weber).

Weber Rolf H., Elektronisches Geld – Erscheinungsformen und rechtlicher Problemaufriss, in: Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Gérard Hertig (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Bankrecht, Vol. 58, Zurich 1999 (cit. Weber, Elektronisches Geld).

Weber Rolf H., Fremdwährungsschulden in der Praxis (Nach einem Vortrag im zivilrechtlichen Institut Zürich vom 27.9.1982), BJM 1983, p. 105-154 (Weber, Fremdwährungsschulden).

Zellweger-Gutknecht Corinne, Digitale Landeswährung – Ein Überblick, Jusletter, 31 October 2016 (cit. Zellweger-Gutknecht, Landeswährung).

Zellweger-Gutknecht Corinne, «Negativzins» und Bilanzsituation der SNB aus monetärrechtlicher Sicht, in: Jusletter 9 February 2015 (cit. Zellweger-Gutknecht, Negativzins).

Zellweger-Gutknecht Corinne, Darf die Nationalbank kryptobasierte Sichtguthaben (wCBDC) ausgeben?, SZW 2023 p. 214-230 (cit. Zellweger-Gutknecht, kryptobasierte Sichtguthaben).

Zogg Samuel, Bitcoin als Rechtsobjekt – eine zivilrechtliche Einordnung, recht 2019, p. 95-120 (cit. Zogg).

I MATERIALI

Federal Council report in fulfilment of the Wermuth postulate (18.3159) of 14.03.2018, Digitales Zentralbankgeld, vom 13. Dezember 2019, available at: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/59636.pdf, last visited on 19/08/2024 (cit. Central bank digital currency report).

Dispatch on the Federal Act on the Adaptation of Federal Law to Developments in the Technology of Distributed Electronic Registers of 27 November 2019, BBl 2020, p. 233 et seq. available at: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/59301.pdf, last visited on 19/08/2024 (cit. BBl 2020).

Dispatch of 27 May 1998 on a new monetary article in the Federal Constitution, BBl 1998, p. 4007 et seq. available at: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1998/4_4007__/de, last visited on 19/08/2024 (cit. BBl 1998).

SNB, Instruction sheet on access to the SIC system and to sight deposit accounts, Zurich 12 December 2022, available at: https://www.snb.ch/dam/jcr:4b5ee0c5-8237-49db-8317-1ba6e49bf814/sicgiro_access_2022_12.de.pdf, last visited on 19/08/2024 (cit. SNB Instruction Sheet).

SNB, Survey on payment methods 2020, June 2021, available at: https://www.snb.ch/de/iabout/cash/cash_paytrans_surveys/id/paytrans_survey_2020_2, last visited on 19/08/2024 (cit. SNB Payment method survey).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 97 CO

Un commentario di Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

CITAZIONE SUGGERITA

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Commentario all'art. 97 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (a cura di), Commentario online alla Codice delle obbligazioni

Breve citazione: OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 97 CO N. XXX.

Capo secondo: Conseguenze dell'inadempimento

A. Inadempimento

I. Responsabilità del debitore

1. In genere

Art. 97

[1] Il debitore che non adempie l'obbligazione o non la adempie nel debito modo, è tenuto al risarcimento del danno derivatone, a meno che provi che nessuna colpa gli è imputabile.

[2] L'esecuzione è regolata dalle disposizioni della legge federale dell'11 aprile 1889 sull'esecuzione e sul fallimento e dal Codice di procedura civile del 19 dicembre 2008 (CPC).

STRUTTURA

I. Contesto e scopo 70
II. Norma generale sulla responsabilità contrattuale 72
A. Un inadempimento 72
B. Un danno 74
C. Un nesso causale 76
D. Colpa 78
Bibliografia 78

I. CONTESTO E SCOPO

1 L'art. 97 del Codice delle obbligazioni ("CO") apre il capitolo sulle conseguenze dell'inadempimento, che comprende gli articoli da 97 a 109 CO. Questo capitolo inizia con l'art. 97 CO, che stabilisce il principio secondo cui un debitore ha il dovere di risarcire il danno causato dal mancato adempimento di un obbligo specifico.

2 Per un lettore non esperto o straniero, il linguaggio dell'art. 97 CO può risultare strano sotto diversi aspetti:

1. Si riferisce a "un obbligo" in termini generali, e non a un obbligo contrattuale in particolare. Ciò è dovuto al fatto che il diritto privato svizzero si basa su una teoria generale del "diritto delle obbligazioni", in cui i contratti sono solo una delle tre fonti da cui possono derivare obbligazioni (il torto [art. 41 e segg. CO] e l'arricchimento senza causa [art. 62 CO] sono le altre due fonti). Pertanto, anche se un lettore non troverà menzionata la parola "contratto", sia l'art. 97 CO e i successivi art. 98-109 CO si applicano direttamente e specificamente a qualsiasi situazione di violazione del contratto, a meno che (i) le Parti abbiano previsto un diverso regime di responsabilità per violazione del contratto (nella misura consentita dalla legge), e/o (ii) il Codice delle obbligazioni (o una convenzione internazionale applicabile come la CISG) preveda disposizioni diverse e prevalenti quando si tratta di tipi specifici di contratti (ad esempio contratto di vendita, contratto di noleggio, contratto di agenzia, ecc.) (il cosiddetto principio di "*Lex specialis derogat lex generalis*").

2. L'art. 97 CO tratta ufficialmente "le conseguenze dell'inadempimento" di tale obbligo, ma sembra concentrarsi solo su una di queste potenziali conseguenze, ovvero l'obbligo di riparare i danni causati dall'inadempimento. Ciò non significa tuttavia che l'obbligo di risarcire un danno sia l'unico rimedio disponibile in caso di inadempimento. In particolare, il diritto di un creditore di richiedere l'adempimento specifico da parte di un debitore inadempiente è implicito nell'art. 97 CO e ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza svizzera. Ulteriori diritti sono stabiliti negli articoli successivi all'art. 97 CO, come il diritto di sostituire la prestazione con quella di un terzo (art. 98 CO) o il diritto di risolvere il contratto (art. 107 e segg. CO).

3. L'art. 97 CO non specifica inoltre quale tipo di "inadempimento" si intenda. È generalmente ammesso che l'art. 97 CO si applichi a tutti i tipi di inadempimento (i cosiddetti "disturbed performance", *Leistungsstörungen*), compresi il ritardo nell'adempimento (il cosiddetto "default", *Verzug / Demeure*, vedi art. 102 e segg. CO), l'adempimento incompleto, l'adempimento difettoso o qualsiasi altro tipo di violazione effettiva o di inosservanza di specifici obblighi contrattuali ("*positive Vertragsverletzung*").

4. Un lettore non esperto o straniero potrebbe inoltre chiedersi perché l'art. 97(2) CO faccia riferimento alla procedura di esecuzione forzata in mezzo alle disposizioni sulla violazione del contratto. Il motivo è che il diritto svizzero prevede un meccanismo molto speciale di esecuzione dei debiti pecuniari, che consente a un creditore in possesso di un titolo specifico che stabilisce un credito pecuniario di far valere tale credito nei confronti del debitore direttamente attraverso la procedura di esecuzione forzata senza dover necessariamente ricorrere a un contenzioso giudiziario per chiedere il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 97 CO. 97 CO. La necessità o meno di far valere prima il diritto al risarcimento dei danni attraverso un procedimento giudiziario dipenderà in ultima analisi dal tipo di titolo posseduto dal creditore e dalla possibilità che il debitore si opponga all'esecuzione del debito.

È inoltre degno di nota il fatto che l'art. 97 e segg. CO non sono, salvo pochissime eccezioni trattate di seguito, legge cogente. Le parti possono quindi in linea di principio discostarsi dal regime di responsabilità stabilito in queste disposizioni. 3

In sintesi, l'art. 97 e segg. CO costituisce le disposizioni di default applicabili in caso di violazione del contratto, qualora né il contratto stesso, né il Codice delle obbligazioni (o qualsiasi convenzione internazionale applicabile), preveda altre disposizioni specifiche applicabili al contratto in questione. 4

L'art. 97 e segg. CO non si applica direttamente alla violazione di potenziali obblighi precontrattuali, come l'obbligo di condurre le trattative in buona fede. La responsabilità precontrattuale, nota anche come "*culpa in contrahendo*", è - secondo la dottrina e la giurisprudenza attualmente prevalenti - principalmente soggetta al diritto di responsabilità civile, sebbene alcune disposizioni del presente capitolo possano essere applicate per analogia. Al contrario, l'art. 97 e segg. CO si applica generalmente alle 5

violazioni degli obblighi post-contrattuali, che derivano dal contratto e sussistono oltre la sua risoluzione.

II. NORMA GENERALE SULLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

6 Secondo il diritto svizzero, la responsabilità contrattuale, intesa come l'obbligo di risarcire un danno derivante da un'esecuzione impropria del contratto, è soggetta a quattro requisiti fondamentali:

1. L'inadempimento di uno specifico obbligo contrattuale, ossia una violazione del contratto;

2. Un danno;

3. Un nesso causale tra l'inadempimento e il danno;

4. Un comportamento scorretto da parte della parte inadempiente.

A. Un inadempimento

7 Come accennato in precedenza, il concetto di "inadempimento" di cui all'art. 97 CO comprende tutti i tipi di mancato rispetto degli standard contrattuali. In altre parole, qualsiasi deviazione da qualsiasi obbligo contrattuale o, in mancanza di uno specifico obbligo contrattuale, da qualsiasi obbligo legale applicabile al contratto in questione si qualifica come "inadempimento" ai sensi dell'art. 97 CO.

8 L'art. 97 CO non fa alcuna distinzione nemmeno per quanto riguarda il tipo di obbligo violato. In particolare, l'art. 97 CO non fa alcuna differenza tra i cosiddetti "obblighi principali" (*Hauptpflichten | obligations principales*), che sono gli obblighi caratteristici di un contratto specifico (ad esempio la consegna di un oggetto rispetto al pagamento del suo prezzo in un contratto di vendita, o il trasferimento di denaro rispetto al pagamento degli interessi in un contratto di prestito), e gli "obblighi accessori" (*Nebenpflichten | obblighi secondari*) che circondano gli obblighi principali, come il dovere di esclusività, di non concorrenza, di riservatezza, ecc. Inoltre, non fa alcuna distinzione tra i doveri che consistono in un comportamento attivo (fare qualcosa) e quelli che consistono in un comportamento passivo (tollerare o non fare qualcosa).

L'art. 97 CO non distingue inoltre tra i vari gradi di violazione. Sebbene nella pratica sia comune per le parti attribuire conseguenze diverse a una violazione a seconda della sua gravità, ad esempio in caso di "violazione materiale", l'art. 97 CO non prevede tale distinzione. Tutti i tipi di inadempimento sono trattati allo stesso modo. Tuttavia, quando un debitore viene informato del suo inadempimento e si rifiuta di porvi rimedio entro il termine contrattuale o legale (il cosiddetto "inadempimento del debitore", *Verzug | Demeure*), il creditore ha una più ampia gamma di rimedi a sua disposizione, compreso il diritto alla risoluzione e/o al risarcimento dei danni (vedi art. 102 e segg.). 9

Inoltre, nella fase di accertamento dell'esistenza di un inadempimento, le cause effettive di tale inadempimento sono irrilevanti. Vi sono solo due eccezioni a questo principio: 10

1. **Impossibilità originaria e totale**: se l'adempimento di un obbligo era oggettivamente e totalmente impossibile fin dall'inizio, cioè già al momento della conclusione del contratto, l'obbligo stesso è nullo *ab initio* in base all'art. 20 CO e non è dovuto alcun adempimento. Laddove l'impossibilità di adempiere si verifichi solo dopo la conclusione del contratto, l'art. 20 CO non è applicabile. Invece, laddove l'evento che causa l'impossibilità di adempiere si verifichi dopo la conclusione del contratto e sia al di fuori della sfera di influenza del debitore, l'art. 119(1) CO prevede che l'obbligo in questione si estingua, il che significa che il debitore è liberato dall'obbligo di adempiere e deve restituire ciò che ha già ricevuto (Art. 119(2) CO). Pertanto, l'Art. 119 CO si occupa di ciò che viene comunemente definito *"Forza maggiore"*, anche se l'Art. 119 CO non fornisce una definizione specifica di ciò e si concentra invece sul risultato: l'impossibilità oggettiva di adempiere a causa di fattori esterni. Va notato che l'art. 119 CO non è legge obbligatoria, e le parti possono quindi derogare a questa regola nel loro contratto assegnando rischi specifici a una parte indipendentemente dall'influenza di quest'ultima sulla realizzazione di tale rischio (art. 119(3) CO)). Si prega di fare riferimento al commento all'art. 119 CO per maggiori dettagli sul meccanismo dell'impossibilità sopravvenuta ai sensi del diritto svizzero. Laddove non si applichino né l'art. 20 CO né l'art. 119 CO, un'impossibilità di adempiere sarà trattata come un caso di inadempienza ai sensi dell'art. 97 CO.

2. **Clausula Rebus Sic Stantibus**: quando la situazione originaria e l'equilibrio degli interessi sottesi al contratto sono cambiati in modo

imprevisto e in misura tale che l'adempimento di un determinato obbligo è diventato insostenibile per il debitore e l'insistenza su tale adempimento da parte del creditore creerebbe uno squilibrio abusivo tra i due adempimenti, un debitore può essere esonerato dal suo dovere di adempiere. I requisiti della *Clausula Rebus* sono più rigorosi della dottrina dell'hardship (difficoltà) prevista dalla legge inglese e richiedono che il debitore richieda prima una rinegoziazione del contratto e, nel caso in cui il creditore rifiuti, che imponga una modifica del contratto davanti ai tribunali. La *Clausula Rebus* non dà al debitore il diritto diretto di rifiutare l'adempimento.

11 Pertanto, quando le parti di un contratto vogliono creare delle eccezioni all'obbligo di adempiere a determinati obblighi in caso di eventi di *forza maggiore* o di difficoltà, devono prevedere disposizioni pertinenti nel loro contratto e prestare particolare attenzione alla definizione di tali concetti e alle loro conseguenze.

12 In sintesi, tutti i tipi di violazione di qualsiasi tipo di obbligo contrattuale, derivanti dal contratto o dalla legge, si qualificano come "inadempimento" ai sensi dell'art. 97 CO, indipendentemente dalla ragione di tale inadempimento. Sono possibili eccezioni a una definizione così ampia di inadempimento, ma devono essere previste dalle parti nel loro contratto e sono soggette a determinate limitazioni di legge (vedi sotto art. 100 CO).

B. Un danno

13 La definizione di danno ai sensi del diritto svizzero è molto ampia e comprende qualsiasi diminuzione involontaria del patrimonio di una parte, che può assumere la forma di una riduzione effettiva del valore netto dei suoi beni o di un aumento delle passività. Questa diminuzione del patrimonio o aumento delle passività è misurata come la differenza tra lo stato delle attività e delle passività che sarebbe esistito senza la violazione rispetto al loro stato con la violazione (la cosiddetta "teoria della differenza"; *Differenztheorie*).

14 Quindi, sebbene la definizione di danno sia piuttosto ampia, si concentra sui danni di natura finanziaria. Altri tipi di danno che non si traducono in un chiaro valore monetario, come il pregiudizio morale, il danno alla reputazione o la perdita di opportunità, generalmente non sono considerati danni ai sensi della legge svizzera e quindi non possono essere risarciti.

Secondo la regola generale sull'onere della prova (art. 8 del Codice civile e art. 42 del Codice delle obbligazioni), spetta alla parte che lamenta un danno dimostrare (i) l'esistenza di tale danno, nonché (ii) la sua portata (cioè la quantificazione).

A questo proposito, il diritto svizzero presenta le seguenti caratteristiche particolari: 15

1. Come regola generale, secondo il diritto svizzero tutti i tipi di danni sono risarcibili, purché rientrino nella definizione di danno di cui sopra. In particolare, il diritto svizzero non limita il carattere risarcibile di un danno in base alla sua classificazione come diretto o indiretto, o come danno consequenziale. Anche questi tipi di danni rientrano nella definizione generale di danno e il loro carattere risarcibile dipenderà dal fatto che presentino o meno un nesso causale adeguato alla violazione per essere risarcibili (vedere di seguito la Sezione 2.3).

2. Il danno effettivo costituisce il tetto massimo del potenziale risarcimento. In altre parole, l'importo del risarcimento dovuto non può superare il valore effettivo del danno subito. In particolare, la legge svizzera non riconosce il concetto di "danni punitivi" come noto in alcune giurisdizioni di common law. La legge svizzera consente tuttavia alle parti di prevedere "clausole penali" contrattuali (*Vertragsstrafe | Clause pénale*), che mirano ad aumentare la pressione per l'esecuzione da parte di una parte prevedendo una penale forfettaria in caso di violazione, liberando così il creditore dall'onere di provare qualsiasi danno. Tali clausole devono tuttavia essere previste prima di qualsiasi danno e possono essere ridotte dal giudice in determinate circostanze, in modo che la loro natura e il loro scopo siano ben distinti dal concetto di diritto comune di "danni punitivi" (vedi art. 163 CO).

L'art. 97 CO non impedisce inoltre alle parti di limitare contrattualmente il tipo di danni o di fissare un importo di danni inferiore o diverso dal danno effettivo subito (le cosiddette "somme concordate" o "danni liquidati"). Tuttavia, ciò costituisce una limitazione del regime di responsabilità standard stabilito dall'art. 97 CO ed è quindi soggetto alle restrizioni previste dall'art. 100 CO, che saranno trattate di seguito.

3. Il fatto che la definizione di danno sia ampia non significa che una parte possa chiedere tutti i tipi di danni allo stesso tempo. Ai sensi dell'art. 97 CO, viene fatta una distinzione generale tra il cosiddetto "danno positivo" o

"interesse di adempimento" (*positives Vertragsinteresse*, *Erfüllungsinteresse | dommage positif*) e il "danno negativo" o "interesse di affidamento" (*negatives Vertragsinteresse*, *Nichterfüllungsinteresse | dommage négatif*).

- L'**interesse di prestazione** rappresenta il valore totale del contratto eseguito correttamente. In questo caso, il risarcimento mira a mettere il creditore nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato eseguito completamente e correttamente. Il danno è quindi la differenza tra lo stato delle attività e delle passività del creditore nello scenario di violazione rispetto a quello che sarebbe stato tale stato se il contratto fosse stato eseguito correttamente. Ciò include soprattutto il mancato guadagno (*lucrum cessans*), ma può anche comprendere eventuali costi sostenuti dal creditore a causa dell'esecuzione impropria (*damnum emergens*), come costi aggiuntivi di stoccaggio delle merci, costi di ispezione, costi di riparazione, costi di distruzione, costi di un richiamo di prodotto, sanzioni o danni dovuti dal creditore ai propri clienti in relazione a consegne tardive, ecc.
- L'**interesse di affidamento** rappresenta i costi e le perdite effettivi derivanti dall'esecuzione impropria del contratto. In questo caso, il risarcimento mira a mettere il creditore nella situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto non fosse mai stato concluso. Il danno è quindi la differenza tra lo status del creditore nello scenario di violazione rispetto al suo status prima della conclusione del contratto.

Secondo la legge svizzera, non è possibile richiedere sia l'interesse di esecuzione che l'interesse di affidamento; il creditore può richiedere solo uno di questi due tipi di danni. Finché il contratto rimane in vigore, il creditore può richiedere solo l'interesse di adempimento. Se il creditore decide di risolvere il contratto, può richiedere solo l'interesse di affidamento (art. 107-109 CO). Pertanto, è fondamentale che un creditore valuti attentamente i *pro* e i *contro* di una richiesta di interesse di adempimento rispetto a una richiesta di interesse di affidamento prima di esercitare i rimedi specifici disponibili ai sensi dell'art. 107 e segg. CO.

C. Un nesso causale

16 Mentre alcuni sistemi giuridici richiedono che un danno sia "prevedibile" o distinguono tra danni diretti e indiretti o consequenziali, il diritto svizzero fa

riferimento al concetto di "nesso causale" (*Kausalzusammenhang | lien de causalité*). Affinché un danno sia soggetto a un obbligo di risarcimento, la violazione e le richieste di risarcimento danni devono essere in una relazione di "causa ed effetto", che viene valutata da due angolazioni separate:

1. Deve esserci un nesso causale **di natura** (*natürlicher Kausalzusammenhang | lien de causalité naturelle*): il comportamento in questione, che costituisce la violazione del contratto, deve essere la *conditio sine qua non* del danno. In altre parole, senza la violazione, non si sarebbe verificato alcun danno.

Esempio: un'azienda farmaceutica ha utilizzato un ingrediente sbagliato durante la produzione di un medicinale. Di conseguenza, i pazienti si sono ammalati e il venditore ha dovuto ritirare il medicinale e risarcire i distributori e i pazienti. Se il produttore avesse utilizzato l'ingrediente giusto, il paziente non si sarebbe ammalato e non sarebbe stato necessario alcun richiamo o risarcimento.

2. Questo nesso causale naturale deve anche essere **adeguato (***adäquater Kausalzusammenhang | lien de causalité adequate*): Ciò significa che oltre ad essere la causa naturale del danno, "*il comportamento inadempiente deve essere stato, secondo il corso ordinario delle cose e l'esperienza della vita, in grado di produrre un effetto del tipo che si è verificato, in modo che la probabilità di verificarsi di questo risultato sembrerebbe essere stata generalmente aumentata dal comportamento* inadempiente". Sebbene concepito in modo diverso, il test di causalità adeguata ai sensi della legge svizzera non è, in pratica, così diverso dal test di "prevedibilità" applicato ai sensi della CISG o di altre leggi.

Esempio: secondo la conoscenza e l'esperienza comuni, era prevedibile che l'uso dell'ingrediente sbagliato nel medicinale avrebbe causato la malattia dei pazienti, e quindi avrebbe richiesto un richiamo del prodotto.

Quando il comportamento illecito consiste in un'omissione, il test di causalità deve essere adattato. La questione rilevante è quindi se, secondo il normale corso delle cose e l'esperienza della vita, il risultato dannoso avrebbe potuto essere evitato se la parte interessata avesse agito nel modo richiesto (il cosiddetto **"ipotetico** nesso causale").

D. Colpa

17 Per far scattare la responsabilità per danni ai sensi dell'art. 97 CO, la violazione del contratto da sola non è sufficiente. La violazione deve essere il risultato di un comportamento colpevole da parte del debitore. Tuttavia, l'art. 97 CO stabilisce una presunzione di colpa. In altre parole, il creditore deve solo dimostrare che si è verificata una violazione. Si presume quindi che tale violazione sia il risultato di un comportamento scorretto e spetta al debitore dimostrare che non gli è imputabile alcuna colpa al momento della violazione (la cosiddetta "prova di scagionamento", *Exkulpationsbeweis | Preuve exculpatoire*).

18 Questa è una differenza importante rispetto al criterio di responsabilità per i contratti di vendita internazionali ai sensi della CISG, in cui la colpa non è un requisito di responsabilità per violazione del contratto.

19 Il concetto di colpa è poi ulteriormente affrontato dall'art. 99 CO.

BIBLIOGRAFIA

Acocella Domenico, Kommentierung zu Art. 38 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (eds.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3rd Ed., Basel 2021.

Brunner Christoph, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 97 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Schmid Jörg, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Mohs Florian, Kommentierung zu Art. 61 CISG, in: Schwenger Ingeborg/Schroeter Ulrich G (eds.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, CISG, 7th Ed., Munich 2019.

Müller-Chen Markus, Kommentierung zu Art. 45 CISG, in: Schwenger Ingeborg/Schroeter Ulrich G (eds.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, CISG, 7th Ed., Munich 2019.

Schmid Jörg, Vertragsrecht und Realerfüllung, in: Pierre Tercier/Amstutz Marc/Koller Alfred/Schmid Jörg/Stöckli Hubert (eds.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, pp. 589-604.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Weber Rolf/Emmenegger Susan, Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 18 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne//Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 97 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung Einleitung zu Art. 97–109 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 98 CO

Un commentario di Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

CITAZIONE SUGGERITA

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Commentario all'art. 98 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (a cura di), Commentario online alla Codice delle obbligazioni

Breve citazione: OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 98 CO N. XXX.

2. Per le obbligazioni di fare e non fare

Art. 98

[1] Trattandosi di un'obbligazione di fare, il creditore può farsi autorizzare ad eseguire la prestazione a spese del debitore, riservate le sue pretese pel risarcimento dei danni.

[2] Se l'obbligazione consiste nel non fare, il debitore, che vi contravviene, è tenuto ai danni pel solo fatto della contravvenzione.

[3] Il creditore può inoltre chiedere che sia tolto ciò che fu fatto in contravvenzione alla promessa o farsi autorizzare a toglierlo egli stesso a spese del debitore.

STRUTTURA

I. Contesto e finalità 83
II. Prerequisiti dell'art. 98 cpv. 1 CO – Obbligo di comportamento attivo 84
III. Prerequisiti dell'art. 98 cpv. 2 CO – Obbligo di comportamento passivo 85
IV. Presupposti per il ripristino dello stato legale (art. 98(3) CO) 85
Bibliografia 86

I. CONTESTO E FINALITÀ

Mentre l'art. 97 CO prevede un primo rimedio in caso di inadempimento, ossia l'obbligo di risarcire i danni, l'art. 98 CO prevede un altro tipo di rimedio a seconda della natura dell'obbligazione in questione, ossia se consiste nell'obbligo di fare qualcosa (comportamento attivo) o di astenersi dal fare qualcosa (comportamento passivo). 1

Per quanto riguarda la violazione di un obbligo di fare qualcosa, l'art. 98 (1) CO conferisce al creditore il diritto di affidare a un terzo l'adempimento dell'obbligo in questione per conto del debitore inadempiente (art. 98 (1) CO, la cosiddetta "adempimento sostitutivo" (*Ersatzleistung | Execution par substitution*). 2

Pertanto, l'art. 98(1) CO presenta i seguenti due vantaggi rispetto all'art. 97 CO: (1) l'art. 98(1) CO non richiede che il debitore inadempiente sia in difetto, e (2) il debitore può inoltre essere obbligato ad anticipare i costi della prestazione sostitutiva (art. 98(1) CO). Quindi, a prima vista, l'art. 98(1) CO può sembrare interessante perché il suo scopo principale è quello di garantire il corretto adempimento dell'obbligazione in questione e quindi di prevenire in primo luogo il verificarsi di qualsiasi danno. 3

Tuttavia, l'esercizio del diritto alla sostituzione dell'adempimento è soggetto a condizioni molto rigide, in particolare un'autorizzazione giudiziaria preventiva (vedi sotto). Di conseguenza, l'art. 98 CO è raramente utilizzato nella pratica. 4

In caso di violazione di un obbligo di astensione, l'art. 98(2) CO fornisce al creditore un diritto diretto al risarcimento dei danni basato esclusivamente sulla violazione, e nell'art. 98(3) un diritto al ripristino della situazione contrattuale. 5

L'art. 98 CO è una disposizione legale dispositiva. Le parti di un contratto possono prevedere un diritto alla sostituzione della prestazione rinunciando alla necessità di una previa autorizzazione giudiziaria. Per quanto riguarda gli obblighi di astenersi da un determinato comportamento, le parti possono prevedere una clausola di liquidazione dei danni in caso di violazione (vedi art. 100 CO). 6

II. PREREQUISITI DELL'ART. 98 CPV. 1 CO – OBBLIGO DI COMPORTAMENTO ATTIVO

7 Un obbligo di fare qualcosa implica azioni come l'esecuzione di un lavoro specifico o la conservazione di un oggetto.

8 Affinché un creditore possa avvalersi del diritto alla prestazione sostitutiva ai sensi dell'art. 98(1) CO, deve soddisfare i seguenti requisiti:

1. L'obbligo di fare qualcosa deve rimanere insoddisfatto nonostante la capacità del debitore di adempiere. Contrariamente all'art. 97 CO, tale inadempienza non deve essere collegata a una colpa del debitore.

2. L'adempimento di tale obbligo deve essere dovuto. Non è necessario un ulteriore sollecito ed è sufficiente che sia trascorso il termine contrattuale per l'adempimento. Se non è stato fissato alcun termine, è comunque necessario un avviso di adempimento.

3. L'adempimento di tale obbligo deve essere sostituibile, il che significa che l'art. 98(1) CO non si applica nel caso di servizi altamente personali, come quelli artistici o scientifici, in cui la persona del debitore è fondamentale per l'adempimento dell'obbligo in questione.

4. Il creditore deve aver "ottenuto l'autorizzazione", il che significa che deve prima ottenere una sentenza legalmente vincolante sull'adempimento prima di ricorrere all'adempimento sostitutivo. L'adempimento sostitutivo come strumento di esecuzione può essere ordinato direttamente dal tribunale di primo grado (art. 236(3) e 337(1) CPC) o successivamente dal tribunale dell'esecuzione (art. 338(1) CPC). L'ordinanza di adempimento sostitutivo è a discrezione del tribunale. Gli interessi delle parti sono valutati l'uno rispetto all'altro, per cui l'adempimento sostitutivo non deve essere sproporzionato o costituire un abuso di diritto (art. 2 CC, BGE 130 III 302, E. 3.3).

9 In sintesi, l'art. 98(1) CO non fornisce al creditore un diritto autonomo di ricorrere all'adempimento sostitutivo. Il creditore deve invece ottenere prima un'ordinanza giuridicamente vincolante da un tribunale. Pertanto, il rimedio dell'adempimento sostitutivo ai sensi dell'art. 98 CO non è un vero e proprio rimedio contrattuale, ma piuttosto un mezzo di esecuzione. Di conseguenza, l'art. 98(1) CO è raramente utilizzato nella pratica. È invece prassi comune per le parti che desiderano ricorrere all'adempimento sostitutivo rinunciare al

requisito dell'autorizzazione giudiziaria e definire le modalità di un diritto all'adempimento sostitutivo in modo più pratico.

III. PREREQUISITI DELL'ART. 98 CPV. 2 CO – OBBLIGO DI COMPORTAMENTO PASSIVO

L'obbligo di astenersi dal fare qualcosa consiste nell'astenersi dal compiere determinate azioni in base a un obbligo legale o a un impegno contrattuale. Esistono vari tipi di comportamento passivo, ad esempio l'obbligo di non divulgare determinate informazioni, l'impegno a non cedere determinati diritti o obblighi, l'impegno a non fare concorrenza, l'obbligo di tollerare determinati atti o comportamenti dell'altra parte o di terzi, come l'uso di un oggetto da parte di un inquilino, ecc. 10

Ai sensi dell'art. 98(2) CO, la violazione dell'obbligo di astenersi dal fare qualcosa è di *per sé* sufficiente per il creditore per chiedere il risarcimento dei danni, senza che il creditore debba prima presentare un'azione per provvedimento ingiuntivo o una richiesta di eliminazione della situazione illecita. Tuttavia, la richiesta di risarcimento danni ai sensi dell'art. 98(2) CO è subordinata all'esistenza di una colpa da parte del debitore inadempiente, colpa che è comunque presunta (come per l'art. 97 CO). 11

IV. PRESUPPOSTI PER IL RIPRISTINO DELLO STATO LEGALE (ART. 98(3) CO)

Oltre alla richiesta di risarcimento danni ai sensi dell'art. 98(2), l'art. 98(3) CO fornisce al creditore anche un reclamo per la rimozione della situazione illegale, cioè un reclamo per il ripristino della condizione contrattuale o legale. Questa richiesta può essere fatta valere secondo gli stessi requisiti di cui all'art. 98(1) CO e non richiede un comportamento scorretto da parte del debitore. Se il ripristino è impossibile, ad esempio in caso di violazione di un obbligo di riservatezza, il creditore deve chiedere il risarcimento dei danni invece del ripristino. 12

L'art. 98(3) prevede che il debitore debba sostenere i costi del ripristino della condizione contrattuale o legale, tali costi possono anche essere richiesti come parte del danno da inadempimento ai sensi dell'art. 107(2) CO 13

(applicabile in caso di inadempimento qualificato del debitore). Tuttavia, in tal caso, l'inadempimento deve essere stato colposo.

BIBLIOGRAFIA

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 98 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 98 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 99 CO

Un commentario di Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

CITAZIONE SUGGERITA

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Commentario all'art. 99 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (a cura di), Commentario online alla Codice delle obbligazioni

Breve citazione: OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 99 CO N. XXX.

II. Misura della responsabilità ed estensione del risarcimento

1. In genere

Art. 99

[1] Di regola il debitore è responsabile di ogni colpa.

[2] La misura della responsabilità è determinata dalla natura particolare del negozio e sarà soprattutto giudicata più benignamente, se il negozio non aveva per scopo di recare alcun vantaggio al debitore.

[3] Del resto le disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti sono applicabili per analogia agli effetti della colpa contrattuale.

STRUTTURA

I. Contesto e finalità 89
II. Responsabilità per colpa (art. 99 cpv. 1 CO) 89
III. L'ambito di responsabilità (art. 99 al. 2 e 3 CO) 90
Bibliografia 93

I. CONTESTO E FINALITÀ

Mentre l'art. 97 CO stabilisce lo standard di responsabilità in sé, gli artt. 99-101 CO riguardano l'ambito di responsabilità e di risarcimento dei danni. 1

L'art. 99 CO tratta il concetto di base di colpa e il suo impatto sull'ambito di responsabilità. Per quanto riguarda altri aspetti, come la determinazione del danno o la riduzione del risarcimento, l'art. 99(3) CO contiene un riferimento generale agli art. 42-54 CO che si applicano in caso di responsabilità extracontrattuale. In altre parole, i principi applicabili alla determinazione del danno e dell'entità del risarcimento nella responsabilità extracontrattuale (art. 42-54 CO) si applicano per analogia alle richieste di risarcimento danni per violazione del contratto. 2

L'art. 100 CO tratta poi della limitazione contrattuale della responsabilità e dei danni, mentre l'art. 101 CO tratta della responsabilità per ausiliari/delegati. 3

II. RESPONSABILITÀ PER COLPA (ART. 99 CPV. 1 CO)

L'art. 99(1) CO stabilisce che "**qualsiasi tipo di** colpa" è sufficiente per far scattare la responsabilità per violazione del contratto, senza tuttavia definire il concetto di colpa. In effetti, nel Codice delle obbligazioni non esiste una definizione di "colpa", ma è stata definita dalla giurisprudenza come segue: la deviazione dal comportamento umano medio ("lato oggettivo") da parte di una persona capace di giudizio e di responsabilità ("lato soggettivo"). Il concetto di colpa include sia la condotta intenzionale che la negligenza (sia lieve che grave). 4

Pertanto, l'art. 99(1) CO stabilisce il principio secondo cui un debitore che commette una violazione del contratto sarà ritenuto responsabile indipendentemente dal grado della sua colpa, grave o lieve. Sebbene il grado di colpa sia quindi irrilevante quando si stabilisce la responsabilità in quanto tale, esso avrà comunque un ruolo nel determinare l'entità del risarcimento. Inoltre, il Codice delle obbligazioni prevede alcune eccezioni alla responsabilità generale per colpa, in cui il grado di colpa è rilevante (vedi ad esempio Art. 248, 420(2), 454 CO). Pertanto, è ancora utile distinguere tra i tre tipi tipici di colpa noti nel diritto contrattuale e nel diritto della responsabilità civile svizzeri: 5

1. **Condotta dolosa** (*Vorsatz | Intention*): si ha condotta dolosa quando una parte commette intenzionalmente la violazione, o quando accetta consapevolmente la possibilità che tale violazione si verifichi e non se ne cura (*dolus eventualis*).

2. **Colpa grave** (*grobe Fahrlässigkeit | négligence grave*): La colpa grave si verifica quando la parte inadempiente, senza volere l'inadempimento o accettarne la probabilità, ha ignorato lo standard di diligenza più elementare.

3. **Colpa lieve** (*leichte Fahrlässigkeit | négligence légère*): Nella dottrina e nella giurisprudenza, la colpa lieve è solitamente descritta come una deviazione minore dallo standard di cura che ci si può aspettare da una persona media in una situazione analoga.

6 Nel determinare l'esistenza di una colpa, i tribunali applicheranno una valutazione oggettiva e si baseranno su come una terza persona media si sarebbe generalmente comportata in circostanze simili. Pertanto, in questa fase, le caratteristiche individuali, il background o le competenze del debitore specifico sono irrilevanti, sebbene la capacità civile sia un prerequisito. Tuttavia, nel determinare il livello di diligenza applicabile, devono essere considerate le competenze e gli standard specifici dei mestieri e delle professioni del debitore in questione.

7 Esempio: un medico otorinolaringoiatra ha operato un paziente. L'operazione ha provocato una lesione del nervo facciale e l'apertura del canale semicircolare laterale, che ha portato a una perdita permanente dell'udito e a vertigini anche dopo un intervento chirurgico di revisione. In questo caso, la Corte Suprema Federale ha dovuto esaminare se si potesse ritenere che il medico avesse esercitato la dovuta diligenza in relazione alle sue competenze di otorinolaringoiatra rispetto a quanto avrebbe fatto un medico terzo in possesso di conoscenze e competenze specialistiche simili.

III. L'AMBITO DI RESPONSABILITÀ (ART. 99 AL. 2 E 3 CO)

8 Lo scopo dell'art. 99(2) CO non è molto chiaro quando si legge la sua formulazione. Si riferisce alla “natura della transazione specifica” e alla misura in cui il debitore “doveva guadagnare” da tale transazione. È generalmente ammesso che questa disposizione mira a introdurre un motivo per ridurre l'ambito di responsabilità laddove il debitore non abbia realmente beneficiato della transazione. Più basso è il guadagno per il debitore, più clemente può

essere il giudice nel determinare l'ambito di responsabilità. Esempio: quando un donatore che offre un bene gratuitamente non lo imballa correttamente, e il bene si rompe durante il trasporto al beneficiario.

Altrimenti, l'art. 99(3) CO si riferisce semplicemente alle disposizioni applicabili in caso di responsabilità extracontrattuale senza tuttavia specificare direttamente tali disposizioni. Si tratta degli articoli 42-54 CO ad eccezione dell'art. 52 CO, alcuni dei quali sono tuttavia più rilevanti di altri nel contesto della responsabilità contrattuale. 9

Daremo una breve panoramica dello scopo e della portata di queste disposizioni e faremo riferimento al commento delle stesse disposizioni: 10

1. L'**art. 42 CO** riguarda l'onere della prova in relazione al danno. L'art. 42(1) CO stabilisce che spetta alla parte lesa dimostrare il danno subito. Si tratta di una mera applicazione del principio generale dell'onere della prova di cui all'art. 8 CC. La prova del danno si riferisce sia alla sua esistenza che alla sua entità (quantificazione). L'art. 42(2) CO introduce quindi un'eccezione per quanto riguarda l'entità del danno, stabilendo che "*se il valore esatto del danno non può essere quantificato, il tribunale ne stima il valore a sua discrezione alla luce del normale corso degli eventi e delle misure adottate dalla persona che ha subito il danno*". In altre parole, l'art. 42(2) CO sembra affermare che, laddove un danno non possa essere quantificato dal debitore stesso, il tribunale può valutare e determinare tale danno direttamente. Sfortunatamente, questa disposizione è molto raramente applicata nella pratica, principalmente perché lo standard per stabilire la natura non quantificabile del danno è molto alto.

2. L'**art. 43 CO** stabilisce il principio generale secondo cui l'entità del risarcimento da concedere deve essere valutata in base alle circostanze specifiche e al grado di colpa. Ciò, tuttavia, non significa che un danno causato da una lieve negligenza comporti automaticamente una riduzione dell'entità del risarcimento (vedi tuttavia l'art. 44(2) CO). La logica alla base di questa disposizione è invece che il giudice può ridurre il risarcimento qualora il danno sia sproporzionato rispetto al grado di colpa. Allo stesso modo, il giudice non può aumentare il risarcimento oltre l'ammontare del danno effettivo, anche in caso di comportamento doloso molto grave (vedi sopra art. 97 CO). Per legge il risarcimento massimo è sempre il danno effettivo, tranne

nel caso in cui le parti abbiano previsto contrattualmente una clausola penale (vedi art. 163 CO) o un risarcimento forfettario (vedi sotto art. 100 CO).

3. L'**art. 44 CO** prevede poi due motivi specifici per la riduzione del risarcimento: (i) in caso di concorso di colpa o di consenso, ossia quando la parte lesa ha contribuito a causare il danno per colpa o per consenso, e (ii) in caso di lieve negligenza, a condizione che un risarcimento completo metterebbe il debitore in una situazione di difficoltà finanziaria.

4. **Gli articoli da 45 a 49 CO** trattano quindi i danni per omicidio, lesioni personali e violazione dei diritti della personalità. Queste disposizioni hanno una rilevanza pratica limitata nel contesto della responsabilità contrattuale e pertanto rimandiamo al commento agli articoli da 45 a 49 CO per ulteriori dettagli.

5. Gli **articoli 50 e 51 CO** trattano la situazione in cui più debitori hanno causato congiuntamente il danno, per illecito civile e/o violazione contrattuale. Il principio è che questi debitori sono responsabili in solido nei confronti del creditore (vedi art. 143(2) CO), e che - tra di loro - il debitore responsabile per illecito o per violazione intenzionale della legge deve fornire un risarcimento prima, seguito dai debitori che hanno contribuito al danno attraverso una violazione del contratto o una violazione non colposa della legge. Ci sono alcune limitate eccezioni a questo principio gestite con molta cautela dalla Corte Suprema Federale.

6. L'**art. 53** e l'**art. 54 CO** trattano la questione della mancanza di capacità di giudizio (*Urteilsfähigkeit | imputabilità*). In primo luogo, l'art. 53 CO stabilisce che il concetto di capacità di giudizio nel diritto civile è indipendente dallo stesso concetto nel diritto penale. L'art. 54 CO stabilisce poi un'eccezione al principio di responsabilità per colpa. Come accennato in precedenza, la responsabilità richiede colpa e la colpa presuppone capacità civile. La capacità di giudizio è un aspetto della capacità civile. Pertanto, chi non ha la capacità di giudizio non è in linea di principio soggetto a responsabilità civile. L'art. 54 CO stabilisce un'eccezione a tale principio consentendo al giudice di ordinare un risarcimento parziale o totale quando l'equità lo richiede. Queste disposizioni hanno una rilevanza pratica molto limitata nel contesto della responsabilità contrattuale, pertanto rimandiamo al commento di tali disposizioni per ulteriori dettagli.

BIBLIOGRAFIA

Brunner Hans-Ulrich, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Freiburg 1991.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 99 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Graber Christoph K., Kommentierung zu Art. 51 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 42 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 43 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5th Ed., Bern 2023.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Widmer Lüchinger Corinne/Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 99 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 100 CO

Un commentario di Clarisse von Wunschheim / Cristina Wullschleger

CITAZIONE SUGGERITA

Clarisse von Wunschheim/Cristina Wullschleger, Commentario all'art. 100 CO, in: Christoph Hurni/Mirjam Eggen (a cura di), Commentario online alla Codice delle obbligazioni

Breve citazione: OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 100 CO N. XXX.

2. Patto di esclusione della responsabilità

Art. 100

[1] È nullo il patto avente per scopo di liberare preventivamente dalla responsabilità dipendente da dolo o da colpa grave.

[2] Anche la preventiva rinuncia alla responsabilità dipendente da colpa leggera può essere considerata nulla, secondo il prudente criterio del giudice, qualora al momento della rinuncia la parte rinunciante fosse al servizio dell'altra o qualora la responsabilità consegua dall'esercizio di una industria sottoposta a pubblica concessione.

[3] Rimangono riservate le disposizioni particolari sul contratto di assicurazione.

STRUTTURA

I. Contesto e ambito di applicazione 97
II. Tipi di limitazioni di responsabilità nella pratica 98
A. Limitazioni di responsabilità stricto sensu 98
B. Limitazioni dei danni 99
1. L'esclusione di alcune categorie di danni 99
2. Liquidazione dei danni, somme concordate, indennità forfettarie e simili 100
3. La differenza con la clausola penale 101
C. Altre limitazioni 102
III. Applicazione estesa al diritto di responsabilità civile 103
IV. Conseguenze delle limitazioni eccessive di responsabilità 103
V. Eccezioni / Casi speciali 104
A. Casi speciali (art. 100(2) e 100(3) CO) 104
B. Limitazioni di responsabilità nelle condizioni generali di contratto 104
C. Limitazioni di responsabilità nel contratto di vendita (art. 199 CO) 105
D. Altre eccezioni di legge 106
Bibliografia 106

I. CONTESTO E AMBITO DI APPLICAZIONE

Come accennato in precedenza, mentre l'art. 97 CO stabilisce lo standard generale di responsabilità, gli artt. 99-101 CO trattano l'ambito di applicazione della responsabilità e del risarcimento dei danni. In questo contesto, l'art. 100 CO tratta il diritto delle parti di derogare allo standard generale di responsabilità stabilito dagli artt. 97 e 99 CO limitando la loro responsabilità contrattuale. 1

Il diritto di adattare la propria responsabilità contrattuale deriva dal principio generale della libertà contrattuale. Tuttavia, questo diritto non è illimitato e può essere limitato dalla legge (vedi. Art. 19 e 20 CO). L'art. 100 CO costituisce tale limitazione legale e impedisce alle parti di limitare contrattualmente la propria responsabilità, qualora il danno sia stato causato da dolo o colpa grave. 2

In altre parole, l'art. 100 CO non distingue tra i vari tipi di limitazioni di responsabilità, ma si basa esclusivamente sul grado di colpa. Pertanto, ai sensi dell'art. 100 CO, una limitazione di responsabilità (di qualsiasi tipo) è possibile solo se il danno è stato causato da colpa lieve (vedi OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 99 CO). Se il danno è causato da grave negligenza o comportamento doloso, la responsabilità non può essere limitata (in alcun modo). 3

Va tuttavia notato che l'art. 100 CO si applica solo alle limitazioni contrattuali concordate dalle parti prima del verificarsi del danno. Una volta che si è verificato un danno, le restrizioni dell'art. 100 CO non si applicano e le parti sono libere di concordare il risarcimento di tale danno, che si qualifica quindi come rinuncia al credito ai sensi dell'art. 115 CO. 4

È inoltre degno di nota il fatto che, secondo il principio della libertà contrattuale, che include la libertà di forma, le limitazioni di responsabilità contrattuale non sono soggette, per legge, a nessun requisito di forma specifico. 5

II. TIPI DI LIMITAZIONI DI RESPONSABILITÀ NELLA PRATICA

6 Nella pratica, ci sono molti modi per limitare la responsabilità contrattuale. I tipi più comuni sono i seguenti:

1. Limitazioni dell'ambito di responsabilità stessa o sua totale esclusione (le cosiddette "limitazioni di responsabilità" o "clausole di esenzione"; *Haftungsbegrenzung | limitation de responsabilité*); oppure

2. Limitazioni dell'ambito di risarcimento danni (le cosiddette "limitazioni dei danni"; *Begrenzung der Schadenersatzpflicht | limitation du dommage réparable*); oppure

3. Limitazioni attraverso la modifica delle modalità legali di una richiesta di risarcimento, ad esempio attraverso un accorciamento dei termini di prescrizione legali o uno spostamento dell'onere della prova.

A. Limitazioni di responsabilità *stricto sensu*

7 In base al principio della libertà contrattuale, è possibile per le parti esonerare determinati comportamenti o eventi da qualsiasi responsabilità. In tali casi, anche se si verifica un danno, la responsabilità è esclusa fin dall'inizio.

8 Qui si deve distinguere tra una ripartizione contrattuale del rischio, che trasferisce un rischio a una determinata parte e non è soggetta alle limitazioni dell'art. 100 CO, e una limitazione di responsabilità su un rischio appartenente a una parte specifica, che è soggetta all'art. 100 CO.

Ad esempio:

- Le parti di un contratto internazionale di vendita di beni (non soggetto alla CISG) concordano che il venditore non si assuma alcuna responsabilità nel caso in cui le autorità locali rifiutino di concedere una licenza di esportazione. In questo caso, il rischio di non ottenere la necessaria licenza di esportazione è specificamente attribuito all'acquirente. Le parti sono libere di farlo in base al principio della libertà contrattuale e tale ripartizione del rischio non è considerata una limitazione di responsabilità.
- Le parti di una vendita di un'auto concordano che l'auto è venduta "così com'è", ovvero che il venditore non è responsabile per eventuali difetti o problemi che l'auto potrebbe avere. In questo caso il rischio di fornire

un'auto funzionante rimane a carico del venditore, ma la sua responsabilità nel caso in cui il rischio si concretizzi è limitata.

- Le parti di un contratto di vendita o di servizio possono prevedere che una parte sia responsabile solo in caso di "violazione materiale" e quindi definire nel contratto cosa costituisce tale violazione materiale (considerando che la legge svizzera non distingue tra violazioni immateriali e materiali (vedi OK-von Wunschheim/Wullschleger, art. 97 CO)). Non vi è alcuna riallocazione dei rischi contrattuali. Il rischio di violazione rimane a carico della parte inadempiente, ma la portata della sua responsabilità è limitata alle violazioni materiali.
- Le parti di un'operazione di fusione e acquisizione concordano che una garanzia si attiva solo quando il danno subito supera una certa soglia (le cosiddette clausole "de minimis"). Anche in questo caso, il rischio di violazione della garanzia rimane a carico della parte inadempiente, ma la responsabilità è attivata solo da violazioni che hanno un impatto minimo.

Nella misura in cui gli ultimi tre esempi sopra riportati limitano la responsabilità generale di una parte su un rischio che le è attribuito, tali clausole limitative sono soggette ai limiti stabiliti dall'art. 100(1) CO (vedi sotto). 9

B. Limitazioni dei danni

In pratica, le parti spesso limitano la portata della loro responsabilità escludendo alcuni tipi di danni o determinando un certo importo di danno risarcibile. 10

1. L'esclusione di alcune categorie di danni

Come già detto, la legge svizzera non limita il carattere risarcibile di un danno in base alla sua classificazione. La questione rilevante è piuttosto se tale danno presenti un nesso causale adeguato con la violazione. 11

Le parti possono tuttavia escludere contrattualmente alcune categorie di danni dal loro ambito di responsabilità, come i danni indiretti, i danni consequenziali o più specificamente il mancato guadagno, o le spese legali, ecc. Tali esclusioni sono tuttavia soggette ai limiti stabiliti dall'art. 100(1) CO (vedi sotto). Inoltre, è generalmente ammesso che le parti non possano 12

escludere i danni derivanti da lesioni personali anche in caso di lieve negligenza.

13 Al contrario, nella pratica si trascura spesso il fatto che, in base al principio della libertà contrattuale, le parti sono libere di estendere la definizione legale di danno per includere categorie di danni che non sono riconosciute dal diritto svizzero. L'art. 100(1) CO non limita la libertà delle parti di estendere la responsabilità. Limita solo la libertà delle parti di limitarla. Quindi, ad esempio, sebbene la legge svizzera non riconosca la perdita di opportunità o il danno alla reputazione come danno risarcibile (vedi sopra art. 97 CO), le parti possono benissimo prevedere nel loro contratto un risarcimento per danno alla reputazione o perdita di opportunità. In tal caso, sarà molto importante definire attentamente tale danno e sottoporlo a una clausola di liquidazione dei danni al fine di evitare problemi pratici quando si tenta di provare e quantificare un danno, che di solito non è riconosciuto dalla legge svizzera.

2. Liquidazione dei danni, somme concordate, indennità forfettarie e simili

14 Sebbene il Codice delle obbligazioni non tratti espressamente il concetto di "danni liquidati", è pratica comune che le parti stabiliscano in anticipo un importo specifico di danni da pagare in caso di violazione del contratto e il Tribunale federale ha riconosciuto l'ammissibilità di tale pratica (fatti salvi i limiti dell'art. 100(1) CO). Questo tipo di accordi, denominati "indennità forfettarie" o "somme concordate da pagare" (*pauschalierter Schadenersatz | indemnité forfaitaire*), sono tuttavia in qualche modo diversi dai "danni liquidati" noti nella giurisdizione di common law.

15 Secondo la legge svizzera, ci sono diversi modi per progettare clausole sulle "somme concordate da pagare" a seconda che la somma forfettaria in questione sia un importo fisso, un importo massimo o un importo minimo, e a seconda di come tale accordo influisce sull'onere della prova:

1. **Importo concordato fisso/forfettario**: le parti possono determinare in anticipo un importo fisso considerato rappresentativo del danno causato dalla violazione in questione. Possono farlo escludendo la possibilità delle parti di aumentare o ridurre tale importo. In altre parole, qualunque sia il danno effettivo, l'importo del risarcimento dovuto sarà l'importo forfettario fisso (il cosiddetto "importo forfettario fisso assoluto"). In alternativa, le parti possono

prevedere che l'importo concordato possa essere aumentato o ridotto a seconda di circostanze specifiche, come l'entità del danno effettivo o altri fattori attenuanti, per cui l'esistenza di tali circostanze e il loro impatto sulla somma concordata devono essere dimostrati dalla parte che richiede un aumento o una riduzione (la cosiddetta "forfait fissa relativa") (vedi art. 42 e segg. CO). Pertanto, mentre la somma forfettaria fissa pone un limite all'importo risarcibile, la somma forfettaria fissa relativa è una semplice disposizione relativa all'attribuzione dell'onere della prova del danno, e non una reale limitazione dell'effettivo importo dei danni risarcibili.

2. **Importo massimo concordato/somma forfettaria**: le parti possono inoltre concordare un importo massimo di risarcimento, che può essere ridotto solo se la parte che richiede la riduzione dimostra che il danno effettivo è stato effettivamente inferiore all'importo concordato.

La differenza tra tale somma forfettaria massima e una somma forfettaria fissa relativa è che essa consente solo una riduzione della somma forfettaria, e non un aumento. Pertanto, anche se il danno effettivo può essere superiore alla somma forfettaria, il creditore non ha la possibilità di richiedere un aumento.

3. **Somma minima concordata/somma forfettaria**: le parti possono anche concordare un importo minimo di risarcimento, che può essere aumentato solo se la parte che richiede il risarcimento dimostra che il danno effettivo è superiore alla somma concordata.

La differenza tra tale somma forfettaria minima e una somma forfettaria fissa relativa è che essa consente solo un aumento della somma forfettaria, e non una riduzione. Pertanto, anche se il danno effettivo può essere inferiore alla somma forfettaria, il debitore non ha la possibilità di richiedere una riduzione.

3. La differenza con la clausola penale

Secondo la legge svizzera, bisogna distinguere tra "somme concordate" e "clausole penali" (art. 160-163 CO), poiché hanno scopi diversi e funzionano in modo diverso nella pratica: 16

1. **Scopo diverso**: lo scopo degli accordi sulle "somme concordate" è quello di facilitare la richiesta di risarcimento dei danni esonerando il creditore dal suo dovere generale di provare l'effettiva esistenza e portata del danno. In effetti, dimostrare l'entità di un danno è spesso un grosso ostacolo nella

pratica. Pertanto, le "somme concordate" non sono principalmente intese a punire una violazione, sebbene sia evidente che l'esistenza di una clausola di "somme concordate" avrà un impatto positivo sull'incentivo del debitore a non violare il contratto. Le clausole di "somme concordate" servono invece sia l'interesse del creditore, il cui onere di provare il danno è alleviato, sia l'interesse del debitore, che è in grado di quantificare in anticipo la sua potenziale responsabilità per danni.

Al contrario, la clausola penale ha una funzione repressiva primaria e quindi serve principalmente l'interesse del creditore.

2. **Modalità di applicazione**: in base alla clausola delle somme concordate, la parte che richiede la somma forfettaria concordata è esentata dal dimostrare l'entità del danno effettivo (purché non richieda una riduzione o un aumento della somma forfettaria), e quindi deve solo dimostrare una violazione colpevole da parte del debitore e un nesso causale tra la violazione e il danno. Al contrario, la penale contrattuale scatta per la semplice violazione del contratto, indipendentemente dall'esistenza di una colpa, di un danno effettivo o di un nesso causale.

3. **Riduzione da parte del giudice**: in caso di penale contrattuale, il creditore conserva il diritto di chiedere più della semplice penale se può dimostrare che il suo danno effettivo supera la penale (art. 161(2) CO). Al contrario, in caso di clausola di somma concordata, in linea di principio non vi è spazio per l'intervento del giudice che riduca o modifichi l'accordo delle parti, tranne in circostanze molto limitate, come nel caso della *clausola rebus sic stantibus*. In pratica, tuttavia, quando la somma concordata è di gran lunga superiore al danno effettivo, a tal punto da avere un effetto punitivo, una clausola di somma concordata può essere considerata, in sostanza, una clausola penale e quindi essere soggetta alla possibilità di riduzione di cui all'art. 161(2) CO. Ciò dipenderà tuttavia dall'interpretazione della clausola di somma concordata in base ai principi generali di interpretazione del contratto (art. 18 CO).

C. Altre limitazioni

17 Le limitazioni alla responsabilità stessa e ai danni non sono gli unici modi per limitare la portata della responsabilità di una parte.

Ad esempio: 18

- Le parti possono concordare di abbreviare i periodi di preavviso legali o i termini di prescrizione.
- Le parti possono prevedere requisiti aggiuntivi o più severi per far scattare la responsabilità, come la richiesta che determinate comunicazioni siano fatte in una determinata forma, non richiesta dalla legge.
- Le parti possono discostarsi dalla presunzione di colpa stabilita dall'art. 97(1) CO e richiedere che la parte che rivendica la violazione abbia anche l'onere di provare l'esistenza di una colpa da parte del debitore.

Tutte queste limitazioni sono soggette all'art. 100(1) CO e quindi valide solo se il danno non è stato causato da negligenza grave o condotta dolosa. 19

III. APPLICAZIONE ESTESA AL DIRITTO DI RESPONSABILITÀ CIVILE

Sebbene parzialmente controverso, è ampiamente riconosciuto che le limitazioni di responsabilità contrattuale non si applicano solo ai danni derivanti da violazioni del contratto, ma si estendono anche ai danni causati da illecito civile, purché il comportamento illecito si sia verificato in relazione all'esecuzione del contratto. 20

IV. CONSEGUENZE DELLE LIMITAZIONI ECCESSIVE DI RESPONSABILITÀ

In linea di principio, qualsiasi limitazione che superi il limite stabilito dall'art. 100 CO è nulla. La questione è quindi se la nullità si applichi solo alla parte eccessiva della limitazione ("invalidità parziale"), o se abbia l'effetto di invalidare la limitazione nel suo complesso ("invalidità totale"). 21

In generale, nelle transazioni commerciali, i tribunali svizzeri seguono il primo approccio, cioè la nullità parziale, e riducono semplicemente la portata di una limitazione eccessiva a quanto è ammissibile. Per quanto riguarda le transazioni dei consumatori, la situazione è meno chiara e alcuni tribunali hanno optato per una nullità totale. 22

V. ECCEZIONI / CASI SPECIALI

A. Casi speciali (art. 100(2) e 100(3) CO)

23 L'art. 100(2) CO introduce un'eccezione al principio dell'art. 100(1) CO e prevede che una limitazione di responsabilità possa essere invalidata anche in caso di lieve negligenza. Questa eccezione si applica a rapporti specifici, in cui una parte è al servizio dell'altra, o in caso di attività soggette ad autorizzazioni normative.

24 Gli esempi più comuni di tali rapporti sono i rapporti di lavoro, i rapporti bancari, le società di trasporto come le ferrovie o le funivie, le centrali idroelettriche, elettriche o nucleari, il commercio di sale o alcol, le agenzie di assicurazione, le lotterie e le attività di gioco d'azzardo.

25 Per quanto riguarda i contratti di assicurazione, l'art. 100(3) CO stabilisce che le disposizioni che disciplinano le polizze assicurative rimangono inalterate. Si tratta di un riferimento implicito agli articoli 14 e 98 della Legge svizzera sul contratto di assicurazione ("LIC"). Tali disposizioni stabiliscono che, sebbene un'assicurazione possa ridurre l'ambito di copertura di un danno assicurato qualora tale danno sia stato in parte causato da dolo o colpa grave dell'assicurato, l'assicurazione non può escludere o ridurre il pagamento assicurativo in caso di colpa lieve dell'assicurato.

26 . Tecnicamente parlando, l'art. 14 LIC non costituisce una limitazione di responsabilità. Definisce invece l'ambito di un obbligo contrattuale, ossia l'ambito della copertura assicurativa. Tuttavia, si applicano gli stessi principi di cui all'art. 100(2).

B. Limitazioni di responsabilità nelle condizioni generali di contratto

27 . È molto comune nella pratica includere clausole di limitazione di responsabilità nelle condizioni generali di contratto ("CGC").

28 Rispetto alla legislazione dell'UE, la legislazione svizzera adotta una posizione piuttosto liberale nei confronti delle CGC e l'inclusione in esse di clausole di limitazione di responsabilità è soggetta solo alle seguenti limitazioni:

1. Art. 100 CO;

2. La dottrina delle "clausole insolite" (*Ungewöhnlichkeitsregel | clauses insolites*). Secondo la giurisprudenza consolidata del Tribunale federale svizzero, l'accettazione generale delle CG non copre le cosiddette "clausole insolite", che sono atipiche nel settore interessato e/o nelle consuete pratiche commerciali e che il partner contrattuale non potrebbe quindi ragionevolmente aspettarsi di trovare nelle CG. Tali clausole devono essere specificamente portate all'attenzione del partner contrattuale, altrimenti non sono applicabili. Sebbene le clausole di limitazione di responsabilità siano ormai una pratica comune e quindi, in linea di principio, raramente potrebbero essere considerate "insolite" nel contesto di comuni transazioni commerciali tra parti di pari livello, la questione deve essere valutata caso per caso. Una clausola che è consueta in un particolare settore dell'economia può essere insolita per qualcuno che non opera in quel settore. Inoltre, è rilevante anche il grado in cui la clausola influisce sulla posizione giuridica di una parte rispetto all'altra. Più una clausola influisce sulla posizione giuridica della controparte contrattuale, più è probabile che venga considerata inusuale.

3. Art. 8 della Legge svizzera sulla concorrenza sleale ("LCSI") per quanto riguarda i contratti con i consumatori. L'art. 8 LCSI vieta le pratiche commerciali sleali che creano un notevole e ingiustificato squilibrio tra diritti e obblighi contrattuali a danno dei consumatori. Pertanto, a seconda dell'ambito di limitazione della responsabilità, della natura della transazione e dell'equilibrio dei diritti e degli obblighi tra il consumatore e l'azienda, alcune limitazioni di responsabilità possono essere considerate "inique" ai sensi dell'art. 8 della LCSl e quindi essere soggette a invalidazione.

C. Limitazioni di responsabilità nel contratto di vendita (art. 199 CO)

L'art. 199 CO, applicabile ai contratti di vendita di beni, prevede che «*ogni patto che escluda o limiti l'obbligo di garanzia è nullo se il venditore ha taciuto fraudolentemente all'acquirente* l'inadempimento della garanzia». Questa disposizione riguarda la situazione in cui un venditore, consapevole di alcuni difetti che interessano il bene da vendere, li nasconde volontariamente all'acquirente, in modo da indurlo a concludere la vendita. In tal caso, qualsiasi esclusione o limitazione degli obblighi di garanzia da parte del venditore sarà nulla e non valida. 29

30 La questione del rapporto tra l'art. 199 CO e l'art. 100 CO è controversa. Alcuni autori considerano l'art. 199 CO una *lex specialis* rispetto all'art. 100 CO e quindi prevalente su di esso. Altri ritengono che le due disposizioni siano complementari, per cui l'art. 199 CO mira semplicemente a regolare gli effetti di una dissimulazione dei difetti da parte del venditore sul regime di garanzia, e l'art. 100 CO impedisce al venditore in senso più ampio di limitare la sua responsabilità. Il Tribunale federale svizzero non si è ancora pronunciato su questa controversia.

D. Altre eccezioni di legge

31 Esistono ulteriori disposizioni imperative che escludono una clausola di risarcimento danni in contratti specifici (ad esempio Art. 267(2) e 299(4) in caso di contratto di locazione, Art. 842(2) CO in caso di uscita di un socio da una società cooperativa, art. 404 CO in caso di risoluzione anticipata del mandato). Per ulteriori dettagli, si rimanda al commento di queste disposizioni.

BIBLIOGRAFIA

Couchepin Gaspard, La Forfaitisation du Dommage, SJ 2009 II, p. 1 (cit. "SJ 2009").

Couchepin Gaspard, La clause pénale : étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Diss. Université de Fribourg 2007.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 97 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Emmenegger Susan/Jegher Nicola/Graf Seraina, Für Hilfspersonen wird nicht gehaftet – oder doch?, Art. 101 Abs. 2 OR im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel, in: Emmenegger Susan/Hrubesch-Millauer Stéphanie/Krauskopf Frédéric/Wolf Stephan (eds.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, pp. 177-194.

Emmenegger Susan, Kommentierung zu Art. 100 OR in: Weber Rolf/Emmenegger Susan (eds.), Berner Kommentar, Obligationenrecht Allgemeine

Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2nd Ed., Bern 2020.

Gauch Peter/Schluep Walter/Emmenegger Susan, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th Ed., Zurich et al. 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd Ed., Zurich et al. 2019.

Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5th Ed., Bern 2023.

Probst Thoman Kommentierung zu Art. 8 UWG, in Jung Peter, Bundes-gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3rd Ed. Bern 2023.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th Ed., Bern 2020.

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal, Le Droit des Obligations, 7th Ed., Geneva/Zurich 2024.

Tercier Pierre/Bieri Laurent/Carron Blaise, Les contrats spéciaux, 5th Ed., Zurich/Geneva/Basel 2016.

Thouvenin Florent, Kommentierung zu Art. 8 UWG, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto, Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (cit. BK/UWG-author).

Tolou Alborz, La forfaitisation du dommage, Diss. Université de Fribourg, 2017 = AISUF 372.

Widmer Lüchinger Corinne/Wiegand Wolfgang, Kommentierung zu Art. 100 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

Widmer Markus/Costantini Renato/Ehrat Felix R., Kommentierung zu Art. 160 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th Ed., Basel 2020.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 143 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 143 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N XXX zu Art. 143 OR.

Art. 143 CO

[1] Vi ha solidarietà fra più debitori quando essi dichiarano di obbligarsi verso il creditore ciascuno singolarmente all'adempimento dell'intera obbligazione.

[2] Senza tale dichiarazione di volontà non sorge solidarietà che nei casi determinati dalla legge.

STRUTTURA

I. Definizione di obbligazione solidale 111
II. Differenziazione 112
III. Origine 113
A. Per dichiarazione di volontà 113
B. Per legge 113
IV. Conseguenze 114
Bibliografia 115

I. DEFINIZIONE DI OBBLIGAZIONE SOLIDALE

Un'obbligazione solidale comprende almeno due debitori solidali. Il creditore può richiedere non solo l'adempimento parziale di un'obbligazione, ma anche l'adempimento completo dell'intero debito di ogni singolo debitore solidale (art. 144 cpv. 1 CO). Tutti i debitori rimangono obbligati fino a quando l'intero credito non è stato riscattato (art. 144 cpv. 2 CO). Il creditore può decidere a sua discrezione nei confronti di quale debitore e in quale misura far valere il proprio diritto. La compensazione interna tra i debitori solidali non influisce sul credito del creditore. Tuttavia, il creditore non può essere soddisfatto in misura superiore alla prestazione totale. Il soddisfacimento totale o parziale del creditore da parte di un debitore solidale libera gli altri nella stessa misura (art. 147 CO). 1

Il creditore può richiedere contemporaneamente l'adempimento completo da parte di ciascun debitore solidale. Pertanto, esistono più crediti individuali nei confronti di ciascun debitore. In virtù del suddetto principio secondo cui il creditore non può essere soddisfatto oltre l'intero adempimento, i crediti sono in concorrenza tra loro ("concorrenza di crediti"). Nonostante la molteplicità dei crediti, essi rappresentano di fatto un'unica voce nel patrimonio del creditore. Questa concorrenza tra i crediti non impedisce al creditore di disporre di ciascun credito nei confronti di ciascun debitore solidale individualmente. Il creditore può cedere un credito, rimettere il debito o concedere una dilazione a un singolo debitore solidale a sua discrezione. Il sollecito di pagamento e l'inadempimento riguardano solo il debitore solidale destinatario. Ogni credito ha un proprio destino giuridico. 2

Per quanto riguarda la differenziazione tra responsabilità solidale perfetta e imperfetta operata dal Tribunale federale, gli artt. 143 e segg. CO disciplinano solo la responsabilità solidale perfetta in cui due o più persone hanno causato collettivamente un danno e di conseguenza sono responsabili in solido (art. 50 CO). Per analogia, la maggior parte delle norme degli artt. 143 e segg. CO sono applicabili anche ai casi in cui più debitori sono responsabili per lo stesso danno ma per motivi giuridici diversi (responsabilità solidale imperfetta, art. 51 CO). 3

II. DIFFERENZIAZIONE

4 È necessario distinguere l'obbligazione solidale da altri rapporti giuridici con più debitori.

5 In un gruppo di debitori parziali, è possibile richiedere a ciascun debitore solo un adempimento parziale. A differenza dell'obbligazione solidale, il creditore non può richiedere l'adempimento completo di un singolo debitore parziale, ma solo l'adempimento parziale individualmente dovuto da tale debitore.

6 Con il contratto di fideiussione (art. 492 e segg. CO), il creditore si trova di fronte a un debitore principale e a una fideiussione. Mentre il debitore principale promette di adempiere alla sua obbligazione, la fideiussione è responsabile solo se il debitore principale viene dichiarato fallito, ottiene una moratoria per la ristrutturazione del debito o è oggetto di una procedura esecutiva da parte del creditore che ha portato all'emissione di un certificato di perdita definitivo (fideiussione semplice, art. 495 CO). Con l'espressione "solidale" o un'espressione equivalente, una persona può stipulare una fideiussione solidale. Il creditore può ricorrere alla fideiussione già prima che il debitore principale sia dichiarato fallito. La fideiussione è responsabile dell'adempimento completo se il debitore principale è inadempiente e ha ricevuto solleciti di pagamento (art. 496 CO). A differenza dell'obbligazione solidale, la fideiussione è quindi solo sussidiaria rispetto all'obbligazione principale. Un'altra differenza risiede nell'accessorietà della fideiussione. Qualsiasi abolizione dell'obbligazione principale, come un'assoluzione, elimina anche la fideiussione.

7 Se qualcuno garantisce un adempimento da parte di un terzo, è responsabile del danno per l'inadempimento di quest'ultimo (art. 111 CO). A differenza del contratto di fideiussione, la garanzia non è accessoria al debito principale. A differenza dell'obbligazione solidale, l'inadempimento del debitore principale comporta solo una richiesta di risarcimento danni da parte del creditore nei confronti della garanzia e non una richiesta di pieno adempimento dell'obbligazione originaria.

III. ORIGINE

A. Per dichiarazione di volontà

Un'obbligazione solidale può sorgere per dichiarazione di volontà. A questo proposito, ogni debitore promette al creditore di eseguire l'intero debito individualmente (art. 143 cpv. 1 CO). La dichiarazione di volontà può essere dichiarata esplicitamente indicando che ciascun debitore è responsabile dell'intero adempimento (ad esempio "débiteurs solidaires", "débiteurs pour le tout" o "einer für alle, alle für einen"). Non è soggetta a una forma particolare (cfr. art. 11 cpv. 1 CO). 8

In determinate circostanze, un comportamento che implica una tale dichiarazione di intenti può anche costituire un'obbligazione solidale in base al principio dell'affidamento. Il solo fatto che un gruppo di debitori abbia concluso collettivamente un contratto non presuppone di per sé un'obbligazione solidale. Tuttavia, nella pratica, la firma congiunta di un contratto è un indizio considerevole. In caso di dubbio, si assume invece un'obbligazione parziale. Pertanto, l'onere della prova ricade sul creditore se rivendica l'adempimento completo di un presunto debitore solidale (cfr. art. 8 CC). Esempi di giurisprudenza in cui la responsabilità solidale è stata presunta dal tribunale sono la vendita simultanea e congiunta di un blocco di azioni non specificato da parte di più azionisti, l'acquisto congiunto di un immobile in comproprietà all'asta o la sottoscrizione senza riserve di un contratto di locazione da parte di tre persone in qualità di locatari. 9

Infine, un'obbligazione solidale può anche essere stipulata retroattivamente mediante l'assunzione cumulativa di un debito. Un secondo debitore si obbliga nei confronti del creditore assumendo un impegno aggiuntivo e indipendente che si aggiunge all'impegno originario del primo debitore principale. 10

B. Per legge

I casi in cui la legge prevede la responsabilità solidale sono molteplici. Le basi per tali specificazioni legislative si trovano in particolare nel diritto dei contratti, nel diritto degli illeciti, nel diritto societario, nel diritto dei valori mobiliari, nel Codice civile o nel Codice di procedura civile. 11

12 Il Codice delle obbligazioni prevede diverse circostanze in cui l'obbligazione solidale mediante dichiarazione di volontà è presunta per legge (ad es. art. 70 cpv. 2, art. 544 cpv. 3 CO) o addirittura stipulata (ad es. art. 308, art. 403, art. 478 CO). In tali circostanze, in cui una disposizione di legge stabilisce l'obbligo solidale tra le parti di un contratto, si tratta comunque di una pretesa contrattuale del creditore. Ciò è rilevante ai fini della determinazione dell'indennizzo secondo la cascata di regresso di cui all'art. 51 cpv. 2 CO. 51 comma 2 CO.

13 Le obbligazioni solidali basate sul diritto della responsabilità possono essere costituite principalmente dagli artt. 50 e segg. CO. Diverse leggi speciali come l'Art. 60 cpv. 1, Art. 61 para. 3 e l'art. 75 par. 1 della legge sulla circolazione stradale o l'art. 7 della legge sulla responsabilità del prodotto stabiliscono esplicitamente un obbligo solidale.

14 Il Codice Civile prevede in particolare che gli eredi siano responsabili in solido per i debiti del defunto (art. 603 comma 1 CC). Altri esempi si trovano nell'art. 121 comma 2, Art. 342 comma 2 o art. 639 CC. In caso di pluralità di persone che partecipano al procedimento di una causa civile, il tribunale può ritenere le parti responsabili in solido delle spese processuali (art. 106 comma 3 CPC).

15 Infine, le obbligazioni solidali si trovano anche nel diritto pubblico. In particolare, la legge federale sull'imposta federale diretta prescrive all'art. 13 l'obbligo solidale per i coniugi. 13 l'obbligo solidale per le coppie sposate per il loro debito fiscale. Art. 143 e segg. CO sono utilizzati per analogia in situazioni in cui il diritto pubblico federale non disciplina direttamente le specifiche del ricorso interno tra i debitori solidali.

IV. CONSEGUENZE

16 Le conseguenze giuridiche di un debito solidale derivante da una dichiarazione di volontà o da una disposizione di legge sono disciplinate negli artt. 144 e seguenti. CO. Il rapporto esterno tra il creditore e il debitore solidale è disciplinato dagli artt. 144 - 147 CO. Il rapporto interno tra i debitori solidali è disciplinato dagli Artt. 148 - 149 CO. Le disposizioni degli artt. 144 - 149 CO non sono giuridicamente vincolanti. È possibile concordare condizioni diverse mediante un accordo contrattuale.

BIBLIOGRAFIA

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Pestalozzi Christoph M., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Weiss Andreas W., Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, diss., Zurich 2011.

Zahnd Bernard, Pluralité de responsables et solidarité, diss., Lausanne 1980.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 144 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 144 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 144 OR.

Art. 144 CO

[1] Il creditore può a sua scelta esigere da tutti i debitori solidali o da uno di essi tutto il debito od una parte soltanto.

[2] Tutti i debitori restano obbligati finché sia estinta l'intiera obbligazione.

STRUTTURA

I. Obbligo di ciascun debitore solidale 119
A. Osservazioni generali 119
B. Responsabilità solidale parziale 119
II. Procedura civile ed esecuzione del debito 120
A. Procedura civile 120
B. Esecuzione forzata e fallimento 121
III. Durata dell'obbligazione 121
Bibliografia 122

I. OBBLIGO DI CIASCUN DEBITORE SOLIDALE

A. Osservazioni generali

Il creditore ha la possibilità di richiedere l'adempimento parziale o totale dei singoli debitori solidali (art. 144 cpv. 1 CO). È a discrezione del creditore decidere contro quale debitore procedere. Il fatto che un gruppo di debitori sia responsabile in solido non pregiudica il dovere del singolo debitore di adempiere alla propria obbligazione. Di solito, il creditore procede contro il debitore più solvibile o contro il debitore contro il quale l'azione legale richiede il minor sforzo. Né la compensazione interna tra i debitori solidali né la solvibilità dei singoli debitori influiscono in alcun modo sulla richiesta del creditore. 1

Tuttavia, esistono alcune limitazioni al diritto del creditore di scegliere contro chi procedere. A parte gli accordi contrattuali che possono limitare la scelta del creditore, alcune disposizioni di legge stabiliscono a chi il creditore deve rivolgersi per primo. Se il debito di un debitore solidale non è ancora esigibile, il creditore deve rivolgersi a un debitore il cui debito è esigibile. I soci solidali rispondono solo in via sussidiaria rispetto alla società in nome collettivo (art. 568 cpv. 3 CO). Il creditore di una prestazione indivisibile non può naturalmente pretendere un adempimento parziale da parte di un debitore solidale (cfr. art. 70 cpv. 2 CO). 2

B. Responsabilità solidale parziale

Generalmente, ogni debitore solidale risponde per lo stesso importo. A causa di accordi contrattuali o di singoli motivi di riduzione, l'importo individualmente previsto per ciascun debitore solidale può essere diverso. 3

La richiesta di adempimento completo nei confronti di un debitore è limitata alla sua obbligazione individuale nei confronti del creditore. Di conseguenza, l'obbligazione solidale è costituita solo dall'importo individuale del debitore rivendicato. Si parla di responsabilità solidale parziale. I debitori sono responsabili in solido solo per il debito comune. In questi casi, il debitore solidale di un importo minore può essere chiamato in causa solo fino all'importo da lui dovuto. Non è responsabile per un'obbligazione superiore di un altro debitore solidale. Tuttavia, il debitore reclamato non è esonerato 4

dalla sua obbligazione se un altro debitore non ha ancora adempiuto interamente alla sua obbligazione (cfr. analogamente l'art. 85 cpv. 2 CO). Finché il creditore non ha ricevuto l'intero adempimento individuale di un debitore solidale, può procedere nei confronti di qualsiasi debitore solidale fino a concorrenza dell'importo residuo. In definitiva, la responsabilità solidale mira a rafforzare la posizione del creditore in qualsiasi forma.

5 Esempio: La prestazione completa ammonta a 200. I debitori solidali sono A, B e C. A deve l'intero importo di 200, mentre B e C devono solo 150 e 100, rispettivamente. Il creditore non può essere soddisfatto per un importo superiore a 200 e la responsabilità solidale parziale tra i debitori è limitata a 100. Se A esegue 180, paga in primo luogo l'importo individualmente eccedente di 50 che non è coperto dal debito di 150 di B rispetto al debito di 200 di A. Quindi, i restanti 130 vengono conteggiati nell'obbligazione solidale di B e C. L'obbligazione di B di 150 viene ridotta di 130. Pertanto, B è ancora debitore di 20. C è completamente esonerato in quanto l'obbligazione solidale parziale è solo di 100.

6 È importante distinguere la responsabilità solidale parziale dalla compensazione interna tra i debitori solidali. La prima riguarda l'importo che il creditore può richiedere a tutti i debitori indipendentemente dalla loro compensazione interna. La seconda regola l'importo del credito di regresso del debitore che ha pagato più della sua giusta quota.

II. PROCEDURA CIVILE ED ESECUZIONE DEL DEBITO

A. Procedura civile

7 Sebbene un creditore possa richiedere l'adempimento completo di un debitore in solido, può anche suddividere l'adempimento tra i debitori e procedere simultaneamente o consecutivamente contro tutti i debitori. In entrambi i casi, il convenuto può ricorrere a un'azione di terzo per valutare i crediti di regresso interni tra i debitori solidali nello stesso procedimento se sono soddisfatti i requisiti dell'art. 81 CPC. 81 CPC. Va notato che la sentenza del tribunale vincola solo i debitori che sono parte nel procedimento. La decisione non si estende ai debitori solidali contro i quali il creditore non ha intentato causa. Infine, il creditore può citare in giudizio tutti i debitori solidali collettivamente in un'unica causa (unione volontaria, art. 71 CPC).

B. Esecuzione forzata e fallimento

Il creditore può anche far valere il proprio credito attraverso la Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento (DEBA). Come nel caso della procedura civile, il creditore può perseguire tutti i debitori solidali contemporaneamente o consecutivamente per l'intero importo. Se il creditore è già soddisfatto in tutto o in parte, il debitore può sollevare la relativa obiezione nel procedimento di autorizzazione a procedere all'esecuzione (art. 81 cpv. 1 e art. 82 cpv. 2 DEBA). Sulla stessa base, il debitore può presentare un'istanza di revoca o di sospensione del procedimento esecutivo ai sensi degli artt. 85 e segg. DEBA. 8

In caso di dichiarazione di fallimento di più debitori solidali, il creditore può richiedere l'intero importo in ciascuna procedura fallimentare (art. 216, comma 1, DEBA). Se le assegnazioni delle diverse gestioni fallimentari superano l'importo dell'intero credito del creditore, l'eccedenza viene restituita alle gestioni secondo i diritti di regresso esistenti tra i debitori solidali (Art. 216 comma 2 DEBA). Inoltre, se un solo debitore solidale è soggetto a fallimento, il creditore può richiedere l'intero importo anche se è già stato effettuato un pagamento parziale (art. 217 comma 1 DEBA). Tuttavia, il creditore è tenuto a dichiarare il pagamento parziale già ricevuto, con l'effetto che il creditore non può essere soddisfatto oltre l'intero adempimento ai sensi dell'Art. 147 comma 1 CO. 147 comma 1 CO. L'eventuale eccedenza viene restituita ai restanti debitori solidali a titolo di regresso (Art. 217 comma 3 DEBA). 9

III. DURATA DELL'OBBLIGAZIONE

L'art. 144 cpv. 2 CO stabilisce che tutti i debitori restano obbligati fino al rimborso dell'intero credito. L'adempimento parziale da parte di un debitore riduce il debito solidale nella stessa misura (art. 147 cpv. 1 CO). Tuttavia, il soddisfacimento parziale di un creditore da parte di un debitore non impedisce al creditore di procedere nuovamente contro lo stesso debitore. Ciò vale anche se la prestazione del debitore soddisfa o supera l'importo della compensazione interna tra i debitori solidali. 10

Solo i pagamenti effettivi o le prestazioni surrogate comportano l'esonero dal pagamento ai sensi dell'art. 147, comma 1, lettera a). 147 para. 1 CO. Una decisione giudiziaria che obbliga esclusivamente un debitore solidale a pagare 11

o l'autorizzazione a procedere all'esecuzione da parte di un tribunale (art. 80 e segg. DEBA) non esonera gli altri debitori solidali.

12 Se l'adempimento è reso impossibile da circostanze non imputabili a nessuno dei debitori solidali, l'obbligazione si considera estinta (art. 119 cpv. 1 CO).

BIBLIOGRAFIA

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Dispatch of the Swiss Civil Procedure Code (CPC) of 28 June 2006, Federal Gazette 2006, p. 7221 et seq.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Müller Thomas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Fankhauser Roland (eds.), OR Kommentar, 3rd ed., Zurich 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 145 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 145 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 145 OR.

Art. 145 CO

[1] Il debitore solidale può opporre al creditore soltanto le eccezioni derivanti o dai suoi rapporti personali col medesimo o dalla causa stessa o dall'oggetto dell'obbligazione solidale.

[2] Ogni debitore solidale è responsabile verso gli altri se non fa valere le eccezioni comuni a tutti.

STRUTTURA

I. Il termine dell'obiezione di cui all'art. 145 CO 127
II. Obiezioni personali 127
A. Osservazioni generali 127
B. Motivi individuali di riduzione 127
C. Responsabilità in base al diritto societario 128
III. Obiezioni collettive 128
A. In linea di principio 128
B. Responsabilità per mancata opposizione 129
Bibliografia 129

I. IL TERMINE DELL'OBIEZIONE DI CUI ALL'ART. 145 CO

Il termine "opposizione" di cui all'art. 145 CO comprende le opposizioni in senso tecnico che impediscono in modo permanente o temporaneo l'esecuzione di un diritto (ad es. 145 CO comprende le opposizioni in senso tecnico che impediscono in modo permanente o temporaneo l'esecuzione di un diritto (ad es. prescrizione, dilazione). Inoltre, comprende anche le eccezioni, ossia i fatti che si oppongono all'esistenza del diritto rivendicato dal creditore (ad es. compensazione, nullità del contratto, errore). 1

II. OBIEZIONI PERSONALI

A. Osservazioni generali

Un debitore solidale può opporre al creditore solo - ma sempre - quelle obiezioni che derivano dal suo rapporto personale con il creditore (art. 145 cpv. 1 CO). Poiché i rapporti tra il creditore e i vari debitori solidali possono essere diversi, un debitore solidale può anche avere diritto a opposizioni personali che vengono negate agli altri. Ad esempio, un creditore può rinviare o addirittura rinunciare al proprio credito nei confronti di un solo debitore solidale. La corrispondente obiezione di dilazione o assoluzione è quindi disponibile solo per il debitore in questione e non per gli altri. Altre possibili eccezioni personali sono la mancanza di capacità di agire del debitore o l'esistenza di un vizio del consenso. 2

Nel rapporto esterno non è possibile sollevare le eccezioni che un debitore solidale ha nei confronti di uno dei suoi co-debitori. 3

B. Motivi individuali di riduzione

Se l'obbligazione solidale è una richiesta di risarcimento danni, si pone la questione se un debitore solidale possa invocare i motivi individuali di riduzione di cui all'art. 43 cpv. 43 par. 1 e art. 44 cpv. 2 CO. 44 comma 2 CO. Il tribunale può ridurre l'obbligo di risarcimento in caso di basso grado di colpevolezza o di difficoltà finanziarie dell'autore del reato. Tuttavia, a questi motivi di riduzione si contrappone la premessa dell'art. 144 cpv. 1 CO, secondo cui il creditore può generalmente esigere la totalità da qualsiasi debitore solidale. 4

5 Il Tribunale federale è estremamente prudente nell'applicare le singole cause di riduzione in situazioni di debitori in solido. Nei casi di responsabilità solidale perfetta, la natura esclusiva dell'obbligazione solidale vieta di indebolire la posizione del creditore limitando la sua pretesa. L'applicazione degli artt. 43 e segg. CO è possibile solo - con molta moderazione - nei casi di responsabilità solidale imperfetta in cui la catena di causalità tra l'azione del presunto autore del danno è interrotta dall'azione di un altro autore del danno. Tuttavia, il Tribunale federale si limita a descrivere questa eventualità come teorica.

6 La maggior parte della dottrina giuridica ritiene che i singoli motivi di riduzione debbano essere ammessi come eccezioni nel rapporto esterno.

C. Responsabilità in base al diritto societario

7 Art. 752 e segg. CO regolano la responsabilità delle persone nei confronti della società. Secondo l'art. 759 cpv. 1 CO, in caso di pluralità di persone responsabili in solido, ciascuna persona è tenuta a risarcire solo nella misura in cui il danno è a lei personalmente imputabile per colpa propria e per le circostanze (la cosiddetta "responsabilità solidale differenziata"). Nel rapporto esterno, la singola persona non dovrebbe essere tenuta a rispondere di più di quanto dovrebbe sopportare come unico responsabile solo perché più persone sono responsabili. La legge consente quindi esplicitamente motivi individuali di riduzione del rapporto esterno ai sensi dell'art. 43, comma 1, lettera a). 43 para. 1 e art. 44 cpv. 2 CO. 44 comma 2 CO.

III. OBIEZIONI COLLETTIVE

A. In linea di principio

8 Un debitore solidale può sollevare tutte quelle obiezioni che derivano dalla natura o dalla ragione collettiva dell'obbligazione solidale (art. 145 cpv. 1 CO). Si tratta quindi di contestazioni cui hanno diritto tutti i debitori solidali. Tra queste rientrano i vizi formali o sostanziali del contratto (art. 12 e segg. o art. 19 e segg. CO), la mancanza di presupposti alla base della domanda (ad es. mancanza di danno), circostanze imputabili al creditore (art. 44 cpv. 1 CO) o l'adempimento già avvenuto da parte di un debitore solidale (art. 508 cpv. 2 per analogia; cfr. art. 147 cpv. 1 CO).

Se un debitore solidale ha già sollevato senza successo un'obiezione collettiva contro il creditore in una precedente causa, la stessa obiezione rimane aperta per gli altri debitori solidali. La sentenza e quindi anche la valutazione del tribunale in merito all'opposizione sollevata vincola solo le parti del procedimento e non un debitore solidale che non è stato coinvolto nel procedimento. Il rischio che si verifichino decisioni contraddittorie è esplicitamente accettato. Inoltre, un debitore solidale può sollevare le stesse obiezioni collettive contro il debitore solidale che si avvale del regresso nel procedimento di regresso. 9

B. Responsabilità per mancata opposizione

Se un debitore solidale, citato dal creditore, non solleva un'opposizione anche se questa sarebbe stata disponibile per tutti i debitori collettivamente, è responsabile nei confronti degli altri debitori solidali (art. 145 cpv. 2 CO). La conseguenza è la perdita totale o parziale del diritto di regresso. L'entità della perdita è determinata dalla parte del credito che il debitore solidale avrebbe potuto negare al creditore se fosse stata sollevata l'eccezione. 10

Analogamente all'art. 502 cpv. 3 CO, è necessario che il debitore in questione sia almeno negligente nel non sollevare l'obiezione collettiva. L'ignoranza di un'obiezione collettiva senza colpa del debitore non è pregiudizievole nel contesto della richiesta di risarcimento. 11

In definitiva, un debitore solidale può essere ritenuto responsabile se soddisfa il creditore in tutto o in parte e successivamente non informa i suoi co-debitori. Se paga nuovamente il creditore e quest'ultimo alla fine riceve più di quanto gli spetti, il diritto di regresso del debitore solidale che ha eseguito per primo il pagamento si estingue (art. 508 cpv. 2 CO analogamente). 12

BIBLIOGRAFIA

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4th ed., Zurich / Basel / Geneva 2009.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Casanova Gion Christian, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, diss., Zurich 2010.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Hablützel Oliver, Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Körner Alexandra, Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis, diss., Zurich / Basel / Geneva 2011.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 146 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 146 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 146 OR.

Art. 146 CO

Salvo disposizione contraria, un debitore solidale non può col suo fatto personale aggravare la posizione degli altri.

STRUTTURA

I. Principio dell'effetto individuale 135
II. Eccezioni 136
Bibliografia 136

I. PRINCIPIO DELL'EFFETTO INDIVIDUALE

In virtù dell'art. 146 CO, gli atti individuali di un debitore solidale non possono pregiudicare la posizione degli altri debitori solidali. Di conseguenza, ciò significa che gli atti di un debitore solidale riguardano generalmente solo se stessi. Solo lui deve rispondere al creditore. 1

Come azione individuale che riguarda esclusivamente il debitore solidale interessato, viene presa in considerazione in primo luogo la mora del debitore (art. 102 CO). Se un debitore solidale non adempie nonostante la scadenza e viene formalmente richiamato dal creditore, solo lui è in mora. Di conseguenza, le conseguenze dell'inadempimento si applicano esclusivamente a loro, come la responsabilità per danni accidentali, gli interessi di mora e l'eccesso di danni (cfr. art. 103 e segg. CO). Al contrario, il creditore deve anche richiamare formalmente tutti i debitori solidali individualmente se vuole mettere in mora tutti i debitori. Infine, il creditore ha il diritto di recesso solo ai sensi degli Artt. 107 e segg. CO solo se tutti i debitori in solido sono inadempienti. 2

Il principio dell'effetto individuale si applica anche a una violazione positiva del contratto sotto forma di inadempimento, violazione di un obbligo accessorio o violazione di un obbligo di astensione. Solo il debitore solidale responsabile dell'inadempimento risponde del danno che ne deriva. Gli altri restano obbligati ad adempiere, se la prestazione è ancora dovuta. Se l'adempimento diventa impossibile per colpa di un debitore solidale, quest'ultimo è responsabile esclusivamente ai sensi dell'art. 97 CO. 97 CO. Gli altri debitori solidali non responsabili dell'impossibilità sono esonerati ai sensi dell'art. 119 CO. 119 CO. 3

Se l'obbligazione solidale è un'obbligazione continuativa che può essere sciolta mediante disdetta, la disdetta da parte del creditore riguarda esclusivamente il debitore solidale destinatario. Analogamente, la disdetta da parte di un singolo debitore solidale riguarda solo il suo rapporto con il creditore. 4

Un debitore solidale può interrompere il termine prescrizionale riconoscendo il credito del creditore solo per sé (art. 136 cpv. 1 CO e contrario) e anche la rinuncia all'eccezione di prescrizione riguarda solo lui (art. 141 cpv. 2 CO). 5

6 Ai sensi dell'Art. 146 CO, singoli accordi contrattuali tra il creditore e un debitore solidale non vincolano i debitori solidali non coinvolti. Ciò include, ad esempio, un'estensione della responsabilità o la stipula di una clausola penale.

II. ECCEZIONI

7 Come indica esplicitamente l'art. 146 CO, esistono anche delle eccezioni al principio dell'effetto individuale. In primo luogo, l'art. 146 CO è di natura dispositiva. Ciò significa che è possibile concordare contrattualmente che ciascun debitore solidale risponda della colpa degli altri.

8 In secondo luogo, oltre a un'aggravante di responsabilità stipulata, un debitore solidale può anche essere considerato un agente vicario dell'altro in virtù dell'art. 101 CO, a condizione che il debitore solidale sia in grado di rispondere della sua colpa. 101 CO, a condizione che i debitori solidali siano obbligati congiuntamente sulla base di un obbligo contrattuale comune. Qualsiasi colpa di un debitore solidale che agisce come ausiliario è quindi imputata al debitore solidale che lo ha coinvolto. Questo coinvolgimento implicito di un debitore solidale in qualità di ausiliario è da ritenersi in particolare nei casi in cui i semplici soci abbiano contratto in comune ai sensi dell'art. 544 cpv. 544 cpv. 3 CO.

BIBLIOGRAFIA

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Weiss Andreas W., Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, diss., Zurich 2011.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 147 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 147 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 147 OR.

Art. 147 CO

[1] In quanto uno dei debitori solidali ha soddisfatto il creditore mediante pagamento o compensazione, anche gli altri sono liberati.

[2] La liberazione di un debitore solidale, senza che il creditore sia stato soddisfatto, giova agli altri solo in quanto ciò sia giustificato dalle circostanze o dalla natura dell'obbligazione.

STRUTTURA

I. Effetto della soddisfazione del creditore 141
II. Esonero senza soddisfazione del creditore 141
A. Esonero da atti giuridici 142
B. Esonero senza atti giuridici 143
Bibliografia 143

I. EFFETTO DELLA SODDISFAZIONE DEL CREDITORE

Quando un debitore solidale soddisfa il creditore in tutto o in parte, gli altri debitori solidali sono liberati nella stessa misura ai sensi dell'art. 147 cpv. 147 cpv. 1 CO (effetto complessivo della liberazione del debitore). La legge elenca specificamente il pagamento (monetario) e la compensazione come atti di estinzione. Non è esplicitamente elencata, ma ha comunque lo stesso effetto, la fornitura di beni o servizi da parte di un debitore solidale. In definitiva, dipende da quale prestazione contrattuale è dovuta. 1

Ulteriori opzioni di riscatto che portano al soddisfacimento del creditore rappresentano prestazioni surrogate. In questo caso, il debitore solidale non esegue l'obbligazione dovuta, ma una prestazione sostitutiva equivalente. Come già detto, la legge prevede in particolare la compensazione (art. 120 e segg. CO). È irrilevante che sia il debitore solidale o il creditore a dichiarare la compensazione. Anche i crediti contestati possono essere portati in compensazione. Tuttavia, non è possibile per un debitore solidale dichiarare una compensazione in relazione a un credito a cui ha diritto un altro debitore solidale. Inoltre, l'adempimento sostitutivo o il deposito sono possibili prestazioni sostitutive. 2

In caso di soddisfazione solo parziale da parte di un debitore solidale, il credito del creditore sarà ridotto in misura corrispondente. 3

Art. 147 cpv. 1 CO regola quindi solo il rapporto esterno tra il creditore e i debitori solidali. Eventuali diritti di regresso tra i debitori solidali rimangono inalterati. Il credito del creditore non si estingue veramente, ma passa al debitore in bonis nell'ambito della surrogazione ai sensi dell'art. 149 CO. 149 CO. 4

II. ESONERO SENZA SODDISFAZIONE DEL CREDITORE

Ai sensi dell'Art. 147 cpv. 2 CO, l'estinzione di un debitore solidale senza soddisfazione del creditore riguarda gli altri debitori solidali solo se giustificata dalle circostanze o dalla natura dell'obbligazione. A differenza del comma 1, il comma 2 disciplina l'esonero del debitore solidale senza soddisfazione del creditore solo se giustificato dalle circostanze o dalla natura dell'obbligazione. 1, il comma 2 disciplina il principio dell'esonero individuale. 5

L'onere di provare se la liberazione di un singolo debitore solidale ha un effetto complessivo spetta al debitore solidale che la invoca.

A. Esonero da atti giuridici

6 Gli atti giuridici riguardano generalmente solo il creditore e il debitore solidale coinvolti. Tra questi vi sono l'assoluzione (art. 115 CO), la transazione e la novazione (art. 116 CO).

7 L'assoluzione o la transazione liberano solo il debitore solidale coinvolto e solo nel rapporto esterno con il creditore. Nel rapporto interno, gli altri debitori solidali possono ancora rivalersi sul debitore esonerato. Se il creditore desidera che il debitore solidale benefici dell'assoluzione o della transazione nella stessa misura nel rapporto interno, deve concedere l'assoluzione o concludere la transazione con effetto liberatorio per tutti i debitori solidali insieme.

8 Sulla base di un accordo esplicito o implicito, l'effetto può essere esteso agli altri debitori solidali. Se ciò si presume in un singolo caso dipende dall'intenzione delle parti e dall'interpretazione del contratto. L'effetto generale è indicato se il creditore riceve un beneficio dalla transazione, se il creditore rilascia una ricevuta o se restituisce la nota del mutuatario. Un altro aspetto preso in considerazione è se il creditore è consapevole che gli altri debitori solidali possono rivalersi sul debitore coinvolto nella transazione. La transazione conclusa a favore del debitore solidale contraente diventerebbe illusoria se il debitore dovesse essere soggetto all'intero risarcimento nel rapporto interno.

9 Si sostiene che l'esonero parziale o totale del debitore da parte del creditore dovrebbe essere interpretato come un dovere del creditore di trattare il debito solidale solo come un debito parziale da esso derivante. Il creditore può rivalersi sugli altri debitori solidali solo nella misura delle loro quote interne. In questo modo verrebbe a mancare qualsiasi rivalsa tra i debitori.

10 Infine, se il vecchio debito si estingue con la creazione di un nuovo debito (novazione; art. 116 CO), solo il debitore solidale che acconsente alla novazione è liberato. È fatta salva la diversa volontà del debitore solidale coinvolto e del creditore.

B. Esonero senza atti giuridici

Se il creditore cede allo stesso debitore un credito nei confronti di uno dei debitori solidali, l'obbligazione si considera estinta per fusione in quanto il debitore ha acquisito un credito nei suoi confronti (art. 118 CO). 11

L'impossibilità dell'adempimento per circostanze non imputabili ai debitori libera tutti i coobbligati nel rapporto esterno in quanto non possono più adempiere (cfr. art. 119 CO). Tuttavia, se altri debitori solidali sono ancora in grado di adempiere nella loro qualità, non sono liberati ma devono ancora adempiere al loro obbligo di prestazione. Di conseguenza, esiste ancora una richiesta di risarcimento nel rapporto interno. 12

Se il creditore rifiuta senza giusta causa di accettare l'adempimento di un debitore solidale, è in mora (art. 91 CO). Gli effetti della mora del creditore ai sensi degli artt. 92 e segg. CO si ripercuotono su tutti i debitori solidali. In particolare, il debitore solidale depositante libera gli altri debitori in egual misura. 13

La prescrizione e la decadenza di un credito hanno effetto solo in relazione al debitore interessato, in quanto tali termini decorrono separatamente per ciascun debitore solidale. I crediti del creditore nei confronti degli altri debitori solidali non vengono toccati. Per contro, l'interruzione del termine prescrizionale - se dovuta a un atto del creditore - riguarda tutti i debitori solidali (art. 136 cpv. 1 CO). 14

BIBLIOGRAFIA

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Stuber Jonas, Einreden und Einwendungen in der passiven Solidarität, diss., Bern 2021.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 148 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 148 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 148 OR.

Art. 148 CO

[1] Ove non risulti il contrario dal rapporto giuridico esistente fra i debitori solidali, il pagamento fatto al creditore si divide in parti eguali fra i medesimi.

[2] Al debitore solidale che avesse pagato più della sua parte, spetta il regresso verso i condebitori per l'importo pagato in più.

[3] Ciò che non può conseguirsi da uno dei debitori solidali deve essere sopportato in parti eguali dagli altri.

STRUTTURA

I. Osservazioni generali 147
II. Quota di responsabilità interna del debitore solidale 147
A. Principio di equa ripartizione 147
B. Eccezioni 147
III. Il ricorso 148
A. Requisiti e portata 148
B. Interessi e spese legali 149
C. Prescrizione 149
IV. Credito di regresso irrecuperabile 150
Bibliografia 150

I. OSSERVAZIONI GENERALI

Art. 148 e art. 149 CO regolano il rapporto interno della responsabilità solidale. La conseguenza giuridica nel rapporto interno - il diritto di regresso - si verifica se il debitore solidale reclamato dal creditore ha sopportato nel rapporto esterno più della sua quota di responsabilità nel rapporto interno (art. 148 cpv. 2 CO). I diritti del creditore si trasferiscono anche al debitore solidale nell'ambito della surrogazione ai sensi dell'art. 149 CO. 149 CO. 1

II. QUOTA DI RESPONSABILITÀ INTERNA DEL DEBITORE SOLIDALE

A. Principio di equa ripartizione

Art. 148 cpv. 1 CO presuppone che tutti i debitori solidali debbano sostenere il debito in quote uguali. Pertanto, esiste un diritto di regresso reciproco per il debitore solidale che ha pagato più dell'importo del debito solidale diviso per il numero dei coobbligati. 2

Chiunque voglia discostarsi dal principio giuridico dell'equa ripartizione e trarne i relativi diritti deve dimostrarlo in base alla ripartizione generale dell'onere della prova di cui all'art. 8 CC. 8 CC. 3

B. Eccezioni

Il legislatore era consapevole che possono esistere rapporti giuridici che impongono una deviazione dal principio della quota uguale. In realtà, quote di responsabilità disuguali sono più comuni di una distribuzione equa. Per mezzo di un accordo contrattuale tra i debitori solidali, ad esempio, è possibile concordare quote interne di responsabilità diverse (ad esempio nel caso di una società semplice ai sensi dell'art. 533 CO). 4

Oltre alle clausole contrattuali, la legge prevede un'eccezione alla quota paritaria in numerosi punti. In primo luogo, gli artt. 50 e segg. CO. Se e in quale misura un responsabile possa rivalersi sulle altre persone coinvolte è determinato dalla discrezionalità del giudice (art. 50 cpv. 1 CO). Se più autori del reato sono responsabili per motivi giuridici diversi, la responsabilità è 5

determinata dalla cascata di responsabilità ai sensi dell'art. 51 cpv. 2 CO. 51 comma 2 CO.

6 Ulteriori deviazioni dalla legge si trovano nell'Art. 759 cpv. 3 CO sulla responsabilità in base al diritto societario, nell'Art. 640 cpv. 3 CC sul ricorso ai coeredi per i debiti del defunto e nell'art. 649 CC sull'assunzione di costi e spese tra comproprietari. 649 CC sull'assunzione di costi e spese tra comproprietari.

7 Infine, sono ipotizzabili costellazioni in cui una deviazione del principio giuridico deve essere invocata anche a causa delle circostanze concrete. Se due coniugi contraggono congiuntamente un mutuo per finanziare l'hobby del marito, alla moglie dovrebbe essere riconosciuto il pieno diritto di rivalsa nei confronti del marito.

III. IL RICORSO

A. Requisiti e portata

8 Il diritto di regresso del debitore solidale presuppone che il debitore abbia effettivamente adempiuto al creditore. Una semplice sentenza del tribunale che obbliga all'adempimento non è sufficiente. Inoltre, il debitore deve aver eseguito una prestazione superiore alla propria quota interna. Entrambi i requisiti devono essere provati dal debitore solidale che si avvale del regresso.

9 Di conseguenza, l'Art. 148 comma 2 CO dà origine a un diritto di regresso autonomo che esiste indipendentemente dal rapporto giuridico tra i debitori solidali. Il debitore solidale che è stato perseguito dal creditore può rivalersi sugli altri debitori solidali per l'importo eccedente la loro quota equa. Il diritto di regresso si riferisce sempre a un debito monetario. Ciò significa che una prestazione in natura o un servizio devono essere convertiti in denaro, se necessario.

10 Infine, la responsabilità solidale tra i debitori comprende solo il rapporto esterno con il creditore. I debitori non sono responsabili in solido l'uno verso l'altro quando si trovano di fronte a un'azione di regresso di uno dei loro co-debitori. Ciascun debitore è responsabile solo per la propria quota interna. Un'assoluzione concessa dal creditore a uno solo dei debitori non pregiudica il diritto di regresso nel rapporto interno.

B. Interessi e spese legali

Il diritto di regresso diventa esigibile quando il debitore solidale perseguito ha pagato al creditore più della sua quota equa (cfr. art. 75 CO). Sul credito di regresso sono dovuti gli interessi; salvo disposizioni contrarie, il tasso di interesse è pari al 5% annuo (art. 73 cpv. 1 CO). 11

Se un debitore solidale si difende in una causa contro la pretesa del creditore, può rivalersi sugli altri debitori solidali per le spese legali sostenute. Il presupposto è che una vittoria nell'azione civile avrebbe portato alla liberazione di tutti i debitori solidali e che la contestazione del credito non sia stata considerata senza speranza. 12

C. Prescrizione

Il periodo di prescrizione relativa dell'azione di regresso dura tre anni. Esso inizia a decorrere dal momento in cui il debitore solidale contro cui si chiede il regresso si è presentato al creditore e ha preso conoscenza degli altri debitori solidali (art. 139 CO). Ciò richiede cumulativamente che il debitore solidale avente diritto all'azione di regresso abbia una conoscenza concreta dei coobbligati e sia anche a conoscenza di tutti i fatti che stabiliscono la responsabilità dell'altra parte e che consentono quindi di agire nei loro confronti. 13

Anche se l'art. 139 CO non preveda un esplicito termine di prescrizione assoluto, si dovrebbe ipotizzare un termine assoluto di dieci anni per analogia con l'art. 60 cpv. 60 par. 1, art. 67 cpv. 67 cpv. 1 e art. 127 cpv. 1 CO. Tuttavia, parte della dottrina respinge un termine di prescrizione assoluto. Il punto principale della critica è che se si afferma un termine assoluto dal momento dell'evento dannoso, il diritto di regresso potrebbe cadere in prescrizione ancor prima di sorgere. Tuttavia, se l'inizio della prescrizione deve essere fissato al momento dell'adempimento del debitore al creditore - come si sostiene in questa sede - la suddetta preoccupazione è priva di fondamento e l'applicazione di un termine di prescrizione assoluto può essere approvata. 14

L'art. 139 CO è applicabile ai casi di responsabilità solidale sia perfetta che imperfetta. La legge prevede poi regole di prescrizione proprie per numerose disposizioni di legge speciali in materia di responsabilità che devono essere rispettate. Queste disposizioni prevalgono sulla regola generale dell'art. 139 CO. 139 CO. 15

IV. CREDITO DI REGRESSO IRRECUPERABILE

16 Se la quota interna di un debitore solidale non può più essere ottenuta nella sua interezza, l'ammanco deve essere sopportato in parti uguali da tutti i debitori solidali (art. 148 cpv. 3 CO). Ciò avviene se il debitore in questione è insolvente, se i costi di un'azione di regresso sarebbero sproporzionati rispetto alla quota interna o se il condebitore ha un domicilio sconosciuto.

17 Nel caso di una formula di ripartizione che si discosti dal principio di cui all'art. 148 cpv. 148 cpv. 1 CO in base a un accordo contrattuale o alla legge, anche l'ammanco di un debitore solidale viene sopportato in base a questa ripartizione non uniforme. In caso contrario, la ripartizione avviene in base alle teste.

18 La legge prevede all'Art. 51 CO per una cascata che determina la responsabilità tra debitori solidali imperfetti. In questo caso, anche il carico dell'ammanco è determinato in base a questa cascata. Non vi è pertanto alcuna ripartizione se i debitori solidali si trovano su livelli diversi della cascata.

BIBLIOGRAFIA

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Däppen Robert K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Fellmann Walter, Das neue Verjährungsrecht, ZBJV 156/2020, p. 201 et seq.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Pichonnaz Pascal, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Rothenberger Adrian, Die Verjährung des Regressanspruchs, in: Fellmann Walter (ed.), Das neue Verjährungsrecht, Symposium of 29 October 2019 in Lucerne, Bern 2019, p. 73 et seq.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

Werro Franz, Le recours du responsable civil (art. 51 al. 2 CO), celui de l'assureur privé (art. 95c al. 2 LCA) et la prescription de l'action récoursoire (art. 139 CO), ZSR 140 (2021) I, p. 3 et seq.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 149 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 149 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 149 OR.

Art. 149 CO

[1] Il debitore solidale cui spetta il regresso subentra in tutte le ragioni del creditore fino a concorrenza di quanto gli ha pagato.

[2] Il creditore è responsabile ove abbia avvantaggiato la posizione giuridica di un debitore solidale a danno degli altri.

STRUTTURA

I. La surrogazione 155
A. Trasferimento automatico dei diritti del creditore 155
B. Effetti della surrogazione 155
II. Responsabilità del creditore 156
Bibliografia 157

I. LA SURROGAZIONE

A. Trasferimento automatico dei diritti del creditore

Ai sensi dell'art. 149 cpv. 1 CO, i diritti del creditore passano automaticamente dal creditore al debitore per effetto della legge, nella misura in cui il debitore ha soddisfatto il creditore. Si tratta di una cessione di diritto ai sensi dell'art. 166 CO. 166 CO. La surrogazione presuppone che il debitore abbia un diritto di regresso indipendente ai sensi dell'art. 148 comma 2 CO. 148 comma 2 CO. Di conseguenza, il debitore avente diritto al regresso dispone di due rimedi paralleli in concorrenza tra loro: il diritto di regresso ai sensi dell'art. 148 cpv. 2 CO e la surrogazione. 148 comma 2 CO e i diritti del creditore surrogato ai sensi dell'art. 149 CO. 149 CO. Il diritto di surrogazione serve a facilitare e garantire il regresso. Il credito del debitore solidale nei confronti del suo co-debitore risultante dalla surrogazione sussiste solo nella misura del diritto di regresso ai sensi dell'art. 148 CO, ossia il diritto di regresso del debitore surrogato ai sensi dell'art. 149 CO. 148 CO, ossia l'importo eccedente la loro quota di responsabilità interna. 1

Se applicabile, è necessario convertire il credito surrogato in un credito monetario se il debitore ha fornito una prestazione in natura o un servizio al creditore. 2

La surrogazione ai sensi dell'Art. 149 CO si applica solo in caso di responsabilità solidale perfetta, non in caso di responsabilità solidale imperfetta. 3

B. Effetti della surrogazione

La differenza rispetto al diritto di regresso autonomo di cui all'art. 148 cpv. 2 CO consiste nel fatto che 148 comma 2 CO è che, da un lato, con la surrogazione tutti i diritti accessori si trasferiscono al debitore in aggiunta al credito principale (cfr. art. 170 CO). Il debitore solidale può ora beneficiare di eventuali garanzie, come pegni o fideiussioni, in quanto queste passano anche a lui. 4

D'altra parte, il credito viene trasferito insieme a tutte le contestazioni nei confronti del creditore. In altre parole, gli altri debitori solidali possono sollevare nel rapporto interno tutte le contestazioni che sarebbero state 5

possibili anche nei confronti del creditore, vale a dire l'assoluzione individuale da parte del creditore (art. 507 cpv. 3 CO analogamente). Anche il termine di prescrizione in corso prosegue senza interruzioni. Ciò può comportare che il diritto di surrogazione si prescriva prima del diritto di regresso o - se il debitore paga al creditore un debito già prescritto - che il diritto surrogato continui a prescriversi e rimanga quindi inopponibile.

6 Gli altri coobbligati non sono responsabili in solido nei confronti del debitore avente diritto. Essi sono responsabili solo per la loro quota individuale nel loro rapporto interno.

II. RESPONSABILITÀ DEL CREDITORE

7 Sebbene il creditore sia principalmente libero di scegliere quanto richiedere a quale coobbligato, ha tuttavia il dovere di non migliorare la posizione giuridica di un coobbligato a scapito degli altri (art. 149 cpv. 2 CO). Se questo dovere non viene rispettato, il creditore è responsabile dei danni che ne derivano.

8 I casi di applicazione si verificano quando il creditore rilascia garanzie come un pegno e il debitore solidale a cui viene trasferita la pretesa di surrogazione viene meno perché non è stato sufficientemente soddisfatto nel rapporto interno (in assenza di un pegno realizzabile). Lo stesso vale se il creditore non consegna la lettera promissoria o altre prove relative al debito (cfr. art. 170 cpv. 2 CO).

9 Un'assoluzione unilaterale da parte del creditore a favore di un debitore solidale non è un caso di applicazione di questo trattamento favorevole ai sensi dell'art. 149 cpv. 2 CO. 149 comma 2 CO. Il debitore solidale che si avvale dell'azione di regresso ha ancora diritto al regresso illimitato ai sensi dell'art. 148 cpv. 2 CO nei confronti dei suoi coobbligati. 148 cpv. 2 CO nei confronti dei propri co-debitori, in quanto la sentenza di assoluzione non ha generalmente alcun effetto nel rapporto interno.

10 La conseguenza giuridica di questa violazione del dovere è una richiesta di risarcimento danni ai sensi dell'art. 149 cpv. 2 CO da parte del debitore. 149 cpv. 2 CO da parte del debitore nei confronti del creditore. Questa può essere fatta valere nei confronti del creditore sia con un'opposizione che con un'azione legale.

BIBLIOGRAFIA

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Bugnon Hubert, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, diss., Entlebuch 1982.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Gautschi Alain, Solidarschuld und Ausgleich, diss., Zurich / St. Gallen 2009.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Perritaz Vincent, Le concours d'actions et la solidarité, diss., Zurich / Basel / Geneva 2017.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in inglese. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 150 CO

Un commentario di Jean-Pascal Stoll

CITAZIONE SUGGERITA

Jean-Pascal Stoll, Kommentierung zu Art. 150 OR, in: Christoph Hurni / Mirjam Eggen (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Stoll, N. XXX zu Art. 150 OR.

Art. 150 CO

[1] Vi ha solidarietà fra creditori, quando il debitore dichiari la volontà di autorizzare ciascuno di essi a pretendere l'intero credito e nei casi determinati dalla legge.

[2] Il pagamento fatto ad uno dei creditori solidali libera il debitore in confronto di tutti.

[3] Il debitore, finché non sia stato giudizialmente convenuto da uno dei creditori solidali, può a sua scelta pagare a chiunque di essi.

STRUTTURA

I. Definizione e differenziazione 161
II. Origine 161
A. Per dichiarazione di volontà 161
B. Per legge 162
III. Relazione esterna 162
IV. Rapporto interno 163
Bibliografia 164

I. DEFINIZIONE E DIFFERENZIAZIONE

Nel caso di creditori solidali, più creditori si oppongono a un unico debitore. Ciascun creditore ha una propria pretesa indipendente all'adempimento dell'intera prestazione. Di conseguenza, esistono diversi crediti per un'unica prestazione dovuta. Si tratta dell'inversione dell'obbligazione solidale. Il debitore, a sua volta, è pienamente liberato nei confronti degli altri creditori dall'adempimento completo nei confronti di un solo creditore solidale (art. 150 cpv. 2 CO). 1

Il creditore solidale deve essere distinto da altre costellazioni in cui il debitore si trova di fronte a più creditori. Nel caso dei creditori collettivi, i creditori hanno diritto all'intero credito in modo indiviso. Possono far valere il credito solo collettivamente. Allo stesso tempo, il debitore può liberarsi solo adempiendo collettivamente a tutti i creditori. Nel caso del credito parziale, ogni creditore può agire da solo, ma può rivendicare solo la parte del credito a cui ha diritto. I crediti parziali formano infine l'insieme dovuto. Nel caso del cumulo dei creditori, il debitore deve la stessa prestazione a più creditori. I creditori possono essere completamente indipendenti l'uno dall'altro. La possibilità che il creditore possa soddisfare tutti i creditori con un'unica prestazione dipende dalla natura del contratto. Il tipo di creditore nel singolo caso dipende dall'accordo contrattuale con il debitore. 2

II. ORIGINE

A. Per dichiarazione di volontà

Come previsto dall'art. 150 cpv. 1 CO, il diritto di credito solidale può sorgere se il debitore dichiara di voler attribuire a ciascun creditore l'intero credito. In assenza di tale dichiarazione, tra i creditori si applica solo un diritto di credito parziale, a condizione che la prestazione sia divisibile. Tuttavia, la sola circostanza che più persone stipulino insieme un contratto non determina di per sé il diritto di credito solidale. La dichiarazione di volontà può essere espressa esplicitamente o implicitamente. Non è soggetta ad alcuna forma particolare (cfr. art. 11 cpv. 1 CO). 3

4 Esempi pratici di creditori solidali sono il conto corrente comune ("compte-joint") con più firmatari individuali, il deposito comune ("dépôt conjoint") o il contratto di locazione comune dei coniugi.

B. Per legge

5 Anche se il diritto civile svizzero non prevede esplicitamente la figura del creditore solidale, vi sono alcune singole disposizioni di legge che lo fanno implicitamente. Così, nel caso di una maggioranza di donatori, ogni donatore da solo può esigere l'adempimento di una provisione da parte del beneficiario (art. 246 cpv. 1 CO), il locatore e il conduttore possono entrambi esigere dal solo subaffittuario che non utilizzi l'immobile in modo diverso da quello consentito al conduttore stesso (art. 262 cpv. 3 CO; analogamente, in caso di locazione usufruttuaria, Art. 291 para. 3 CO). Inoltre, il mandante può far valere i diritti spettanti al mandatario nei confronti di un sostituto direttamente nei confronti di quest'ultimo (art. 399 cpv. 3 CO). Art. 70 cpv. 1 CO prevede un diritto di credito solidale in caso di prestazione indivisibile dovuta a più creditori. La prestazione può essere rivendicata da ciascun creditore da solo. Ai sensi dell'art. 482 para. 1 CC, ogni interessato può chiedere l'adempimento degli oneri e delle condizioni di una disposizione testamentaria.

III. RELAZIONE ESTERNA

6 Se il debitore adempie a un creditore solidale, è liberato anche nei confronti degli altri creditori (art. 150 cpv. 2 CO). Le prestazioni surrogate - compresi il deposito o la compensazione - sono equivalenti all'adempimento effettivo. Come già detto, ogni singolo creditore può anche richiedere l'adempimento nella sua interezza o può disporne a sua discrezione. Gli atti di disposizione incidono solo sul credito del singolo creditore nei confronti del debitore. L'assoluzione, la dilazione, la cessione, l'esecuzione o l'azione legale da parte di un creditore non hanno alcuna influenza sui crediti degli altri creditori. Pertanto, il debitore può sollevare contro un creditore solo le obiezioni che riguardano il rapporto tra i due. Infine, ogni credito può avere una propria scadenza e anche l'avviso di mora riguarda solo il rapporto tra il debitore e il creditore solidale che agisce.

7 Un creditore non può aggravare la posizione degli altri creditori solidali con azioni personali (analogamente all'art. 146 CO). Un'accettazione sostitutiva

dell'adempimento, una novazione o l'accettazione di un cambiamento di debitore non liberano il debitore nei confronti degli altri creditori solidali. Tuttavia, se un creditore solidale è in mora nell'accettazione, anche i co-creditori ne sono interessati. L'inadempimento di un creditore non limita il diritto del debitore di scegliere a quale creditore adempiere. Se necessario, può ricorrere a un deposito ai sensi dell'Art. 92 CO (cfr. Art. 150). 92 CO (cfr. art. 150 cpv. 3 CO).

In linea di principio, il debitore è libero di scegliere a quale creditore adempiere. Tuttavia, questo diritto di scelta è sospeso se il debitore è già stato sottoposto a un procedimento giudiziario da parte di un creditore solidale (art. 150 cpv. 3 CO). In questo caso, il debitore può pagare con effetto liberatorio solo al creditore che ha avviato un'esecuzione forzata o un'azione legale. Una semplice richiesta di pagamento scritta o un ordine di trasferimento in caso di conto congiunto non è sufficiente a rendere effettivo l'Art. 150 comma 3 CO. 150 cpv. 3 CO. Il diritto di scelta del debitore rivive se la causa dell'unico creditore citato viene respinta. Se il debitore è soggetto a esecuzione forzata da parte di un creditore solidale, il diritto di scelta del debitore è ripristinato a partire dal momento in cui il debitore ha presentato opposizione ai sensi dell'art. 74 DEBA. 74 DEBA. Se il creditore avvia successivamente l'autorizzazione a procedere, il diritto di scelta del debitore viene nuovamente limitato. 8

IV. RAPPORTO INTERNO

La legge non indica come si regola il rapporto interno tra i creditori solidali se un creditore solidale ha ricevuto più di quanto gli spetti. I diritti di regresso tra i creditori solidali sono quindi regolati dal rapporto sottostante in base al quale è stato costituito il credito solidale. La natura del rapporto giuridico tra i creditori solidali o la suddivisione interna del credito non possono essere dedotti dal creditore solidale. In particolare, in caso di prestazione indivisibile, il creditore soddisfatto ha l'obbligo di risarcire gli altri creditori solidali. Se non è possibile determinare quote specifiche in assenza di un accordo, o se le circostanze lo giustificano, si procede a una ripartizione equa (art. 148 cpv. 1 CO analogamente). 9

Se si verifica un danno a causa di un ritardo nell'accettazione di cui è responsabile un creditore solidale, tale danno deve essere risarcito internamente. 10

BIBLIOGRAFIA

Baumgartner Hannes, Depot- und Compte-joint unter besonderer Berücksichtigung des Innenverhältnisses, diss., Zürich 1977.

Bron René, Le compte-joint en droit suisse, diss., Lausanne 1958.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2nd ed., Zurich 1988.

Gauch Peter / Schluep Walter R. / Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11th ed., Zurich / Basel / Geneva 2020.

Geissbühler Grégoire, Le droit des obligations, Volume 1: partie générale, Geneva / Zurich / Basel 2020.

Graber Christoph K., in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (eds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7th ed., Basel 2020.

Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2019.

Jung Peter, in: Honsell Heinrich (ed.), Kurzkommentar OR, Basel 2014.

Kratz Brigitta, Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Bern 2015.

Krauskopf Frédéric, Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143-150 OR, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Mazan Stephan, in: Furrer Andreas / Schnyder Anton K. (eds.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3rd ed., Zurich / Basel / Geneva 2016.

Romy Isabelle, in: Thévenoz Luc / Werro Franz (eds.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3rd ed., Basel 2021.

Schwenzer Ingeborg / Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8th ed., Bern 2020.

Tercier Pierre / Pichonnaz Pascal, Le droit des obligations, 6th ed., Geneva / Zurich / Basel 2019.

von Tuhr Andreas / Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischer Obligationenrechts, Band II, 3rd ed., Zurich 1974.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 633 CO

Un commentario di Tamara Teves / David Meirich

CITAZIONE SUGGERITA

Tamara Teves/David Meirich, Commentario all'art. 633 CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online alla Codice delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Teves/Meirich, art. 633 CO N. XXX.

2. Prestazione dei conferimenti

a. Versamenti

Art. 633

[1] I conferimenti in denaro devono essere depositati presso una banca secondo l'articolo 1 capoverso 1 della legge dell'8 novembre 1934 sulle banche ed essere tenuti a disposizione esclusiva della società.

[2] La banca può rimettere questa somma alla società solo dopo l'iscrizione di quest'ultima nel registro di commercio.

[3] Sono considerati conferimenti in denaro i versamenti nella moneta in cui è espresso il capitale azionario, nonché i versamenti effettuati in una moneta liberamente convertibile diversa da quella del capitale azionario.

STRUTTURA

I. Introduzione 167
A. Considerazioni generali 167
B. Revisione del diritto azionario 167
II. Versamento del conferimento (in denaro) 168
A. Versamento 168
1. Entità del capitale da depositare 168
2. Contributi non qualificabili come conferimenti in denaro 169
3. Deposito 170
a. Banche e istituti fintech 170
b. Banche autorizzate dalla FINMA o istituti fintech 172
c. Modelli tariffari 173
B. Rilascio del versamento 173
1. Contenuto (minimo) della conferma di versamento 173
2. Prassi 174
3. Rimborso del capitale depositato in caso di mancata costituzione o aumento di capitale 174
C. Versamento in valuta estera 175
1. Codificazione della prassi 175
2. Rispetto del controvalore minimo di CHF 100 000 176
3. Le criptovalute non sono valute estere 177
D. Iscrizione nel registro di commercio 177
Bibliografia 177
I materiali 179

I. INTRODUZIONE

A. Considerazioni generali

Il presente articolo 633 CO riguarda il conferimento, qualora questo avvenga **in denaro**, e in particolare il suo versamento. L'art. 633 CO riveste rilevanza pratica in caso di «**liberazione parziale o totale in contanti** del capitale azionario in occasione **della costituzione** e, secondo il rinvio di cui all'art. 652*c* CO, anche in occasione dell'**aumento ordinario e autorizzato del capitale**». 1

«Lo scopo è garantire che i fondatori adempiano effettivamente alle loro promesse di pagamento». Uno dei principi più importanti del diritto azionario è la **tutela del capitale**, «che si applica in particolare alla costituzione e all'aumento di capitale, nel senso che il capitale proprio della società comunicato agli operatori economici nello statuto e nel registro di commercio deve essere effettivamente messo a disposizione nella sua totalità». 2

B. Revisione del diritto azionario

La disposizione dell'art. 633 cpv. 1 e 2 CO è stata modificata con la **revisione del diritto azionario al 1° gennaio 2023**, in quanto la terminologia è stata adeguata alla terminologia della legge sulle banche (LBCR; RS 952.0). In tale contesto, come termine generico non deve essere utilizzato «istituto», bensì «banca». La modifica non dovrebbe tuttavia avere effetti sostanziali. 3

Dall'entrata in vigore della revisione del diritto azionario il 1° gennaio 2023, l'art. 633 cpv. 3 CO contiene diversi aspetti relativi alla costituzione e alla liberazione in contanti: secondo la prima parte della frase, sono considerati conferimenti in denaro i versamenti nella valuta in cui è denominato il capitale azionario, ad esempio la liberazione di un capitale azionario in euro con questa valuta. Secondo la seconda parte della frase, anche i versamenti in altre valute **liberamente convertibili nel capitale azionario sono considerati conferimenti in denaro**. Una situazione del genere si verifica, ad esempio, quando un capitale azionario in franchi viene liberato in dollari statunitensi ed euro. Ciò corrisponde alla prassi delle autorità del registro di commercio dal 1999 per quanto riguarda il rapporto tra valuta estera e capitale azionario in franchi. 4

5 Il progetto preliminare conteneva un'altra frase che stabiliva che i conferimenti in denaro dovevano coprire l'importo di emissione al momento della decisione di constatazione. Non è necessario ripetere questa indicazione. Nell'ambito dell'**atto costitutivo**, i fondatori devono constatare, ai sensi dell'art. 629 cpv. 2 n. 3 CO, che i requisiti statutari e legali relativi ai conferimenti effettuati sono soddisfatti al momento dell'atto costitutivo. In caso di conferimenti in una valuta diversa da quella in cui è denominato il capitale azionario, essi devono quindi accertare che questi, tenendo conto del tasso di cambio corrente, coprano almeno l'importo dei conferimenti da effettuare. Il versamento mediante valuta estera va distinto dalla nuova possibilità di capitale azionario in valuta estera.

II. VERSAMENTO DEL CONFERIMENTO (IN DENARO)

A. Versamento

1. Entità del capitale da depositare

6 Nella dottrina è da tempo controverso se l'obbligo di deposito si applichi solo al valore nominale delle azioni sottoscritte o all'intero importo di emissione (capitale nominale più aggio):

7 Secondo la dottrina più rigorosa e anche secondo il Tribunale federale, il testo dell'art. 633 cpv. 1 CO si riferisce a tutti i conferimenti in denaro e **non solo ai conferimenti sul valore nominale**. Oggetto del versamento sono quindi sia il valore nominale che l'aggio, e la conferma del versamento del capitale deve riferirsi di conseguenza all'intero importo di emissione.

8 La dottrina prevalente e la prassi del registro di commercio ritengono invece sufficiente il deposito del valore nominale. Ciò appare più appropriato, poiché nel registro di commercio viene pubblicato solo l'importo nominale e corrisponde anche alla prassi del registro di commercio che al momento dell'iscrizione venga verificato solo il deposito del valore nominale. In definitiva, il deposito serve a proteggere i terzi che non si aspettano versamenti superiori al capitale nominale iscritto nel registro di commercio. Il fatto che per la società sia più vantaggioso disporre direttamente di denaro piuttosto che di un credito che potrebbe non essere interamente esigibile non cambia nulla, poiché si tratta di un problema legato alla scadenza differita dell'aggio e non al versamento su un conto bloccato.

È possibile dichiarare l'agoio esigibile in un momento successivo nell'atto costitutivo autenticato. In tal caso, esso deve essere versato solo alla scadenza. Secondo una parte della dottrina, tuttavia, anche il sovrapprezzo versato successivamente deve essere depositato su un conto vincolato di una banca, che deve rilasciare una conferma di versamento di capitale per l'importo del sovrapprezzo versato successivamente. Finché il sovrapprezzo non è stato interamente versato, devono essere rispettate le disposizioni relative alle azioni parzialmente liberate. 9

2. Contributi non qualificabili come conferimenti in denaro

Le criptovalute o i token di pagamento come Bitcoin (BTC) o Ether (ETH) o le stablecoin come USD Coin (USDC) non sono considerati mezzi di pagamento legali o valute legali in Svizzera. Di conseguenza, è esclusa la liberazione in criptovalute o stablecoin mediante conferimento in contanti. Di conseguenza, anche secondo la legislazione vigente, una società per azioni non può costituire un capitale azionario denominato in criptovalute (token di pagamento) o stablecoin. 10

È invece possibile liberare il capitale azionario mediante **criptovalute** o **token di pagamento** come **stablecoin come conferimento in natura**, purché siano soddisfatti i requisiti pertinenti nel singolo caso. 11

Nel 2018, a seguito del forte aumento delle richieste di assoggettamento relative alle Initial Coin Offerings («ICO»), la FINMA ha dichiarato che **nella classificazione dei token** segue un approccio basato sulla funzione economica. Secondo la FINMA, alla «categoria **"token di pagamento"** (equivalente a **"criptovalute"** pure)» sono assegnati «i token che sono effettivamente o, secondo l'intenzione dell'organizzatore, destinati ad essere accettati come mezzo di pagamento per l'acquisto di beni o servizi o che servono al trasferimento di denaro e valori». Gli **esempi più noti** di token di pagamento o criptovalute sono **Bitcoin** (BTC) ed **Ether** (ETH). 12

La FINMA si è già espressa più volte anche in merito alla classificazione giuridica e, in particolare, ai rischi e ai requisiti relativi alle **stablecoin**. Le stablecoin si differenziano dagli altri token in quanto utilizzano un «**meccanismo di stabilizzazione sotto forma di collegamento a uno o più valori patrimoniali sottostanti, come ad esempio le valute** nazionali». Se hanno una funzione di mezzo di pagamento comune nella 13

pratica, le stablecoin si qualificano come token di pagamento. Gli **esempi** più noti di tali stablecoin denominate in dollari statunitensi sono **Tether** (USDT) e **USD Coin** (USDC).

3. Deposito

a. Banche e istituti fintech

14 Già prima della revisione del diritto azionario del 1° gennaio 2023, era relativamente indiscussa l'opinione maggioritaria secondo cui il deposito doveva essere effettuato presso un istituto in possesso di un'autorizzazione bancaria ai sensi della legge sulle banche. Il testo in vigore dal 1° gennaio 2019 fino alla revisione del diritto azionario del 2023 comprendeva infatti, oltre alle banche, anche le **persone di cui all'art. 1*b* della legge sulle banche** (i cosiddetti **istituti fintech**). Fino al 31 dicembre 2022 era in vigore il testo dell'art. 633 aOR, che parlava di «un istituto soggetto alla legge sulle banche dell'8 novembre 1934», che avrebbe quindi ammesso anche le conferme di versamento di capitale da parte di istituti fintech ai sensi dell'art. 1*b* LBCR. La dottrina riteneva (ancora) prevalentemente che il versamento dei depositi potesse essere effettuato solo su un conto presso una banca; la prassi del registro di commercio in materia era disomogenea.

15 La revisione del diritto azionario del 1° gennaio 2023 aveva rafforzato questa opinione (maggioritaria) modificando l'art. 633 cpv. 1 CO, il cui nuovo testo recita: «presso una banca ai sensi dell'articolo 1 capoverso 1 della legge sulle banche dell'8 novembre 1934». Secondo il messaggio, questa modifica del testo precedente, che parlava di «istituti soggetti alla legge sulle banche dell'8 novembre 1934», non avrebbe dovuto avere **alcun effetto sostanziale**. Secondo un'interpretazione grammaticale, le società fintech ai sensi dell'art. 1*b* LBCR non sono banche e non possono quindi essere ricondotte all'art. 633 cpv. 1 CO.

16 Il messaggio relativo alla modifica della legge sulle banche del 6 settembre 2023 mira a garantire una maggiore certezza del diritto in vista dell'introduzione di una garanzia di liquidità statale in questo settore e propone una modifica dell'art. 633 cpv. 1 CO e dell'art. 653e cpv. 2 CO. Ai sensi dell'art. 633 cpv. 1 CO, i versamenti di capitale devono poter essere depositati presso una «banca ai sensi dell'articolo 1*a* della legge sulle banche dell'8 novembre 1934 (LBCR) o presso una persona ai sensi dell'articolo 1*b*

LBCR». Poiché una **persona ai sensi dell'articolo 1*b* LBCR** può già fornire servizi bancari alle imprese e non vi sono ostacoli materiali all'accettazione di depositi ai sensi dell'articolo 633 CO, al fine di evitare ambiguità occorre precisare che tale compito può essere svolto non solo da una banca in senso stretto, ma anche da persone ai sensi dell'articolo 1*b* LBCR. Seguendo la stessa logica, nell'art. 653e cpv. 2 CO sarebbe opportuno inserire un riferimento a queste persone in relazione alla prestazione di depositi in caso di aumento del capitale condizionato.

17 Con la comunicazione pratica del 30 novembre 2023, l'Ufficio federale del registro di commercio («UFRC») ha confermato, ancora prima della modifica legislativa sopra menzionata, che «le conferme di versamento di capitale **da parte di istituti fintech devono essere accettate dalle autorità del registro di commercio**».

18 È insufficiente, ad esempio, il deposito del contributo in denaro presso un organo della società in fase di costituzione o su un conto cliente di un notaio o su un conto di una banca all'estero che non dispone di un'autorizzazione della FINMA.

19 Il 22 ottobre 2025 il Consiglio federale ha annunciato che le modifiche all'LIsFi mirano a rafforzare le condizioni quadro per le tecnologie finanziarie innovative, in particolare nel settore delle criptovalute, delle stablecoin e dei servizi di pagamento, garantendo al contempo la protezione dei clienti, degli investitori e del mercato. In tal modo, l'«autorizzazione Fintech» ai sensi dell'art. 1*b* LBCR sarà trasferita alla LIsFi e sostituita dalla categoria di autorizzazione «**istituto di pagamento**». Si precisa inoltre che, in questo contesto, dovrebbe essere giustificato **poter** depositare i propri fondi ai sensi dell'art. 633 e dell'art. 653e CO non solo presso le banche, **ma anche presso gli istituti di pagamento**. Il progetto fa parte della consultazione, che durerà fino al **6 febbraio 2026**.

20 Per istituto di pagamento ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 lett. f. VE-LIsFi in combinato disposto con l'**art. 51*a* cpv. 1 VE-LIsFi** si intende «chi, senza disporre di un'autorizzazione come banca ai sensi della LBCR, opera principalmente nel settore finanziario e accetta a titolo professionale fondi di clienti o si propone pubblicamente a tal fine, ma non li remunera con interessi e li investe solo come previsto dall'articolo 51i».

b. Banche autorizzate dalla FINMA o istituti fintech

21 Dal riferimento contenuto nell'art. 633 cpv. 1 CO, secondo cui il versamento su un conto di deposito in capitale presso una banca (o un istituto fintech) deve avvenire in conformità alla legge sulle banche, deriva l'obbligo di deposito presso un **istituto con sede in Svizzera ai sensi della LBCR**. Ciò comprende anche le «banche estere in Svizzera» ai sensi dell'ordinanza dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari sulle banche estere in Svizzera (ordinanza sulle banche estere-FINMA; RS 952.111), purché queste dispongano di un'autorizzazione FINMA come succursale ai sensi dell'art. 4 OBE-FINMA.

22 In sintesi, il deposito del capitale versato è possibile presso:

- una banca con sede in **Svizzera e autorizzata** o un istituto fintech con sede in **Svizzera e autorizzato**; oppure
- una banca estera con sede all'estero tramite la sua **filiale** con sede in Svizzera e autorizzata dalla FINMA.

23 Non soddisfano i requisiti di cui all'art. 633 CO i versamenti di capitale effettuati presso:

- banche estere;
- rappresentanze svizzere di banche estere; o
- altri istituti finanziari svizzeri soggetti a leggi sui mercati finanziari diverse dalla LBCR.

24 **Per verificare nella pratica** se un istituto soddisfa i requisiti di cui all'art. 633 cpv. 1 CO, è possibile consultare gli **elenchi pubblici della FINMA**:

- Elenco FINMA «Banche e case di effetti autorizzate», dal quale risultano anche le succursali di banche estere (le rappresentanze ai sensi dell'art. 14 OSE-FINMA non sono invece elencate);
- Elenco delle persone autorizzate dalla FINMA ai sensi dell'art. 1*b* LBCR (cosiddetta autorizzazione Fintech).

25 I due elenchi ufficiali **della FINMA** – «Banche e case di investimento autorizzate» e «Persone autorizzate dalla FINMA ai sensi dell'art. 1*b* LBCR (autorizzazione fintech)» – vengono aggiornati continuamente dalla FINMA, ogni volta che è necessario e in caso di modifiche dello status di

autorizzazione. In pratica, il modo più semplice per trovare questi elenchi è utilizzare la **funzione di ricerca sul sito web della FINMA**, inserendo i termini «Elenco banche» o «Elenco fintech». Entrambi gli elenchi sono disponibili **al pubblico** in formato PDF ed Excel per la consultazione e il download.

Non è necessario che il deposito del versamento avvenga presso una banca o un istituto fintech con sede o succursale nello stesso luogo o nello stesso Cantone in cui ha sede la società di nuova costituzione. Per motivi pratici, le società di nuova costituzione scelgono di norma già per il versamento del capitale un istituto attraverso il quale intendono successivamente anche effettuare le operazioni di pagamento o usufruire di altri servizi bancari per loro rilevanti. Non vi è **alcun obbligo o restrizione** in tal senso. Ciò presenta tuttavia il vantaggio che la procedura di apertura del conto deve essere espletata solo presso un istituto e non presso due. 26

c. Modelli tariffari

Nella pratica, le banche e gli istituti fintech tendono ad applicare diversi **modelli di pricing** per i conti di versamento del capitale: 27

- **Le banche** tendono (almeno attualmente) ad applicare commissioni percentuali dello 0,1-0,5% del capitale versato, con commissioni minime di CHF 200-300 e commissioni massime di CHF 2'000-5'000 (con eccezioni di singole banche che mettono a disposizione conti di deposito in capitale gratuitamente);
- **Gli istituti fintech** che offrono conti di versamento del capitale tendono ad applicare approcci diversi, con commissioni fisse che vanno da CHF 249 a offerte gratuite (in caso di apertura di ulteriori conti).

B. Rilascio del versamento

1. Contenuto (minimo) della conferma di versamento

Dopo il deposito del versamento, la banca o l'istituto fintech rilascia un certificato formale, la cosiddetta conferma di versamento. Ai fini della protezione del capitale, tale conferma di versamento deve contenere i seguenti elementi (minimi): 28

- «la società da costituire deve essere **chiaramente identificabile**;

- deve essere indicata la **somma depositata** (in caso di liberazione in valuta estera con controvalore in franchi svizzeri); e
- deve essere espressamente indicato che la somma è depositata su un **conto bloccato a favore della società**».

2. Prassi

29 «L'art. 633 cpv. 2 CO prescrive che l'importo versato possa essere sbloccato solo dopo che la società è stata **iscritta** nel registro di commercio. Lo stesso vale anche per l'aumento di capitale.»

30 Il **rilascio** dell'importo ai sensi dell'art. 633 cpv. 2 CO avviene in pratica di norma già prima della pubblicazione dell'iscrizione nella Gazzetta ufficiale svizzera del commercio (GUSC), e precisamente già dopo la presentazione dell'**estratto giornaliero del registro** disponibile presso l'Ufficio cantonale del registro di commercio e dopo la conferma dell'UCC che nulla ostacola l'iscrizione. Su richiesta, l'Ufficio cantonale del registro di commercio informa le persone che hanno presentato la domanda non appena l'iscrizione è stata approvata dall'UFFT.

31 La maggior parte delle banche accetta anche gli estratti del registro giornaliero autenticati dall'Ufficio cantonale del registro di commercio prima della pubblicazione nella FOSC e dell'inserimento nel registro principale. Si tratta di informazioni che, ai sensi dell'art. 34 ORC, vengono comunicate su richiesta alle persone che hanno presentato la relativa domanda di iscrizione nel registro di commercio non appena l'UFRC ha approvato l'iscrizione. Ai sensi dell'art. 11 cpv. 2 ORC, questi estratti giornalieri recano la dicitura «Approvazione URAF» e vengono inviati dagli uffici del registro di commercio competenti, dietro pagamento di una tassa supplementare, anche per e-mail in formato PDF.

3. Rimborso del capitale depositato in caso di mancata costituzione o aumento di capitale

32 Non esiste alcuna disposizione legale per il caso in cui, dopo il deposito del versamento a disposizione esclusiva della società, la costituzione non venga portata a termine. In pratica, la banca o l'istituto fintech deve restituire gli importi ai depositanti non appena riceve una dichiarazione del pubblico ufficiale incaricato in merito al **fallimento della costituzione**.

Tuttavia, l'ufficiale pubblico può rilasciare alla banca o all'istituto fintech una dichiarazione in tal senso solo se è effettivamente disponibile solo una conferma di versamento del capitale in originale. Se il versante dispone di un ulteriore originale, la banca o l'istituto fintech si assume il rischio, in caso di rimborso, che nel frattempo sia stata ottenuta fraudolentemente la costituzione. Per contrastare tale rischio, una banca o un istituto fintech rilascia di norma un unico certificato di versamento in originale, indicando un periodo di validità. 33

Non esiste nemmeno una prassi notarile uniforme secondo cui sono accettabili solo conferme di versamento di capitale che, ad esempio, non siano più vecchie di tre mesi. La banca o l'istituto fintech può quindi bloccare il denaro anche per un periodo più lungo, ovvero fino a quando il rischio di un rimborso può essere considerato accettabile sulla base delle dichiarazioni del versante. 34

C. Versamento in valuta estera

1. Codificazione della prassi

La nuova disposizione dell'art. 633 cpv. 3 CO codifica la prassi precedente dell'EHRA, secondo la quale sono considerati conferimenti in denaro non solo i versamenti nella valuta in cui è denominato il capitale azionario, ma anche le valute **liberamente convertibili** nel capitale azionario. Il versamento non deve quindi essere effettuato in una valuta essenziale per l'attività commerciale né in una valuta ammessa dal Consiglio federale per il capitale nominale ai sensi dell'art. 621 cpv. 2 CO. Il versamento in valuta estera è una prassi consolidata dal 2004. Secondo il messaggio relativo alla revisione del diritto azionario del 1° gennaio 2023, questa dovrebbe essere una prassi delle autorità del registro di commercio già dal 1999. 35

Le valute che possono essere utilizzate come **capitale azionario** sono elencate nell'allegato 3 dell'ordinanza sul registro di commercio. Attualmente sono le seguenti: 36

- Sterlina britannica / GBP;
- Euro / EUR;
- dollaro statunitense / USD;

- yen giapponese / JPY.

37 Le seguenti valute sono generalmente considerate **pienamente convertibili**:

- dollaro statunitense / USD;
- euro / EUR;
- franco svizzero / CHF;
- sterlina britannica / GBP;
- yen giapponese / JPY;
- dollaro canadese / CAD;
- dollaro australiano / AUD;
- dollaro neozelandese / NZD;
- corona norvegese / NOK;
- corona svedese / SEK;
- corona danese / DKK;
- dollaro di Singapore / SGD;
- dollaro di Hong Kong / HKD;
- won sudcoreano / KRW.

2. Rispetto del controvalore minimo di CHF 100 000

38 Il progetto preliminare del messaggio conteneva un'altra frase che stabiliva che i depositi in denaro dovevano coprire l'importo di emissione **al momento della decisione di constatazione**. Non è necessario ripetere questa indicazione. Il messaggio precisa inoltre che, nell'atto costitutivo, i fondatori devono attestare, conformemente all'articolo 629 cpv. 2 numero 3 CO, che i requisiti statutari e legali relativi ai conferimenti effettuati sono soddisfatti **al momento dell'atto costitutivo**. In caso di conferimenti in una valuta diversa da quella in cui è denominato il capitale azionario, essi devono quindi accertare che questi coprano almeno l'importo dei conferimenti da effettuare, tenendo conto del tasso di cambio corrente.

39 In caso di versamenti in valuta estera, nella pratica possono verificarsi casi in cui la «correzione del tasso di cambio con il margine di sicurezza» comporta il versamento sul conto di deposito del capitale di un importo superiore

all'importo di emissione. La situazione è simile se la valuta estera continua ad apprezzarsi fino al momento della registrazione. Secondo la dottrina tradizionale, l'«eccedenza» deve confluire nelle riserve occulte come aggio e rimanere nella società. Secondo la prassi più recente, invece, l'importo in eccesso deve essere assegnato alla riserva legale di capitale.

3. Le criptovalute non sono valute estere

Le criptovalute non sono considerate depositi in denaro o in contanti, ma possono essere apportate tramite **conferimento in natura**. 40

D. Iscrizione nel registro di commercio

Al momento della registrazione di una costituzione presso l'ufficio del registro di commercio devono essere presentati numerosi documenti giustificativi. Uno di questi è la conferma o l'attestato di versamento dell'istituto. Tuttavia, questo non deve essere presentato se l'istituto è menzionato nell'atto costitutivo. 41

Ringraziamenti

Un ringraziamento speciale va a Gilles Quetting per il prezioso supporto nella ricerca per questo articolo.

La presente pubblicazione riflette esclusivamente l'opinione personale degli autori e non vincola la FINMA.

BIBLIOGRAFIA

Bärtschi Harald, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, in: Harald Bärtschi (Hrsg.), Onlinekommentar zur Handelsregisterverordnung – Version: 22.3.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/hregv43, besucht am 22.9.2025.

Blatter Manuel/Waldburger Martin, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2023.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Clemetson Caroline/Scerri Manuela, Commentaire romand Code des obligations II, Art. 633 CO, in: Tercier Pierre, Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Code des obligations II, 3. Aufl., 2024.

Cramer Conradin, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659*b* OR, 2. Aufl., Zürich 2016.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2021.

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Glanzmann Lukas, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, Bern 2011.

Jung Peter, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR, 2. Aufl., Zürich 2016.

Jutzi Thomas/Martina Herzog, Kommentierung zu Art. 620-647 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph, Berner Kommentar, Bern 2023.

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Tribunal cantonal, Recueil de jurisprudence neuchâteloise (RJN) 2018, S. 321-331.

Meisterhans Clemens/Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

Meyer Manuel, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2015.

Müller Wolfgang, Kommentierung zu Art. 652*c* OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530–771 OR CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Lukas/Stoltz Thomas/Kallenbach Tobias, Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, AJP/PJA 11 (2017), S. 1318-1332.

Lombardini Carlo/Clemetson Caroline, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Code des obligations II, 3. Aufl., 2024.

Oesch Vanessa, Ausgewählte Aspekte der Aktienrechtsrevision aus der Perspektive des Handelsregisters, REPRAX 4 (2019), S. 161 -184.

Schärli Kilian/Schütte Jonas, Kryptowährungen als Sacheinlage bei Gründungen und Kapitalerhöhungen, Anwaltsrevue de L'avocat 5 (2022), S. 199-202.

Schenker Franz/Meyer Manuel, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, S. 1-21, 2023.

Semi Melda/Müller Lukas, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, ZBGR 103 (2022), S. 329-351.

Siffert Rino/Tagmann Adrian, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, 1. Aufl., Bern 2013.

Thalmann Paul/Benninger Nora, Bares ist Wahres, Zur Liberierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht, REPRAX 5 (2003), S. 19 ff.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Zindel/Isler, Kommentierung zu Art. 652*c* OR, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Zürcher Wolfgang/Berweger Martin, Kommentierung zu Art. 633 OR, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., 2023.

I MATERIALI

Botschaft vom 23.11.2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/112/de, besucht am 28.10.2025.

Botschaft vom 6.9.2023 zur Änderung des Bankengesetzes, BBl 2023 2165, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2023/2165/de, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Praxismitteilung EHRA 3/23 vom 30.11.2023, Kapitaleinzahlungsbestätigung gemäss Art. 633 Abs. 1 OR durch Personen nach Art. 1*b* BankG (Fintech-Unternehmen), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/handelsregister/praxismitteilungen/praxismitteilung-2023-03.pdf.download.pdf/praxismitteilung-2023-03-d.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (EHRA), Praxismitteilung EHRA 4/20 vom 10.12.2020, Änderungen des Handelsregisterrechts per 1.1.2021, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/wirtschaft/handelsregister/praxismitteilungen/praxismitteilung-2020-04.pdf.download.pdf/praxismitteilung-2020-04-d.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Änderung des Finanzinstitutsgesetzes (Zahlungsmittelinstitute und Krypto-Institute), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 22.10.2025, abrufbar unter https://cms.news.admin.ch/dam/de/der-schweizerische-bundesrat/bqoaKNhbpGcb/finig-erlaeuternder-bericht-de.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), FINMA-Aufsichtsmitteilung 6/2024 vom 26.7.2024, Stablecoins: Risiken und Anforderungen für Stablecoin-Herausgebende und garantiestellende Banken, abrufbar unter https://www.finma.ch/de/news/2024/07/20240726-m-am-06-24-stablecoins/, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Ergänzung der Wegleitung vom 11.9.2019 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), abrufbar unter https://www.finma.ch/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-stable-coins.pdf, besucht am 28.10.2025.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Wegleitung vom 16.2.2018 für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), abrufbar unter https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?sc_lang=de&hash=95F3DDE91518C2D0D736C6C885DB8F64, besucht am 28.10.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 701 CO

Un commentario di Daniel Brugger

CITAZIONE SUGGERITA

Daniel Brugger, Kommentierung zu Art. 701 OR, Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Brugger, N XXX zu Art. 701 OR.

3. Riunione di tutti gli azionisti

Art. 701

[1] I proprietari o i rappresentanti di tutte le azioni possono, purché nessuno vi si opponga, tenere un'assemblea generale anche senza osservare le formalità prescritte per la convocazione.

[2] Finché i proprietari od i rappresentanti di tutte le azioni sono presenti, siffatta assemblea può validamente trattare tutti gli argomenti di spettanza dell'assemblea generale e deliberare su di essi.

STRUTTURA

I. Introduzione 183
A. Concetto di riunione universale 183
B. Scopo della riunione universale 184
C. Significato pratico dell'incontro universale 184
II. Prerequisiti per un assemblaggio universale 185
A. Presenza o rappresentanza di tutte le azioni 185
1. presenza continua di tutte le azioni 185
2. Lasciare la riunione 186
3. Consenso scritto? 186
4. Presenza del consiglio di amministrazione? 186
B. Nessuna obiezione 187
1. Forma dell'obiezione 187
2. Contenuto dell'obiezione 187
3. Tempistica dell'obiezione 188
III. Conseguenze 188
A. Rinuncia alle formalità di convocazione 188
B. Cura delle carenze di convocazione 189
IV. Prerequisiti non soddisfatti 189
A. Nullità 189
B. Conversione in assemblea generale ordinaria degli azionisti 190
V. Verbali e svolgimento dei lavori 190
VI. Prospettive del diritto societario rivisto 191
Bibliografia 192

I. INTRODUZIONE

A. Concetto di riunione universale

In linea di principio, gli azionisti devono essere invitati formalmente all'assemblea generale di una società per azioni, con un termine di preavviso e con l'indicazione vincolante degli argomenti da discutere (cfr. art. 700 CO). Queste formalità di convocazione servono a tutelare gli azionisti e a garantire loro l'opportunità di esercitare i propri diritti di partecipazione all'assemblea generale. In questo modo si evita, tra l'altro, che gli azionisti vengano colti di sorpresa durante l'assemblea da punti inaspettati all'ordine del giorno e siano tentati di prendere decisioni avventate. 1

La legge prevede un'eccezione all'art. 701 CO, secondo cui l'assemblea generale può essere tenuta senza rispettare le norme prescritte per la convocazione. Il margine si riferisce a questa assemblea generale come "assemblea universale". L'assemblea è universale nella misura in cui gli azionisti dei soci o i loro rappresentanti sono presenti in modo completo all'assemblea. Si tratta quindi di un'assemblea generale degli azionisti (o dei loro rappresentanti). Nei marginalia francesi e italiani, l'incontro universale è quindi indicato come "réunion de tous les actionnaires" e "riunione di tutti gli azionisti". Tuttavia, il fatto che tutte le azioni della società siano presenti o rappresentate non è sufficiente perché l'assemblea sia "universale" ai sensi dell'art. 701 CO. L'art. 701 CO richiede inoltre che gli azionisti o i loro rappresentanti siano presenti senza contraddizioni (per i dettagli sui requisiti si veda infra n. 11 e segg.). Un'assemblea universale è quindi un'assemblea generale alla quale sono presenti tutti gli azionisti della società (o i loro rappresentanti) senza contraddizioni. 2

In tal caso, l'assemblea generale può tenersi senza le regole di convocazione prescritte (art. 701 cpv. 1 CO; cfr. infra n. 28). L'assemblea universale può validamente discutere e deliberare su tutti gli argomenti che rientrano nell'ambito di attività dell'assemblea generale (art. 701 cpv. 2 CO). L'assemblea universale ha quindi tutti i poteri di un'assemblea generale (art. 698 cpv. 2 punti 1 - 6 CO). Sia l'assemblea generale ordinaria che quella straordinaria possono essere tenute come assemblea universale. 3

B. Scopo della riunione universale

4 Lo scopo dell'assemblea universale è "pratico": l'assemblea universale ha lo scopo di consentire agli azionisti di tenere un'assemblea generale con breve preavviso e senza grossi problemi organizzativi in termini di convocazione. Questo semplifica la convocazione dell'assemblea generale e ne facilita lo svolgimento.

5 Se tutti gli azionisti (o i loro rappresentanti) sono presenti senza contraddizioni, cioè sono d'accordo con lo svolgimento dell'assemblea generale senza osservare le formalità di convocazione, non ha senso nemmeno insistere sulle norme di convocazione. Al contrario, sarebbe discutibile e contrario al requisito di agire in buona fede (art. 2 cpv. 1 CC) se un azionista (o rappresentante) presente senza obiezioni fosse in grado di mettere successivamente in discussione la validità delle delibere assembleari a causa di errori di convocazione.

6 Nell'assemblea universale, la tutela degli azionisti è garantita piuttosto in un altro modo: L'azionista o il suo rappresentante deve tutelarsi da eventuali prevaricazioni (cfr. sopra, n. 1). Se non è d'accordo con lo svolgimento dell'assemblea generale o ha bisogno di più tempo per preparare un argomento da discutere, può non partecipare all'assemblea, abbandonarla in qualsiasi momento o opporsi alla trattazione di singoli punti all'ordine del giorno (vedi sotto n. 15 e ss. e n. 20 e ss.). Ogni azionista ha quindi un diritto di veto sullo svolgimento dell'assemblea generale in quanto assemblea universale.

7 A causa di questo diritto di veto, la convocazione di un'assemblea generale universale è sconsigliata nel caso in cui si debbano adottare delibere su questioni che sono fondamentalmente osteggiate dai singoli azionisti. Allo stesso modo, un'assemblea universale è sconsigliata se gli azionisti sono divisi o se si prevedono manovre di disturbo o di ritardo.

C. Significato pratico dell'incontro universale

8 In pratica, le società unipersonali, le società con una base azionaria ridotta e le sub-società del gruppo con una partecipazione azionaria del 100% di solito tengono le loro assemblee generali come assemblee universali.

Nelle società con un'ampia base azionaria, invece, non è generalmente possibile riunire tutte le azioni in un'unica assemblea. Di conseguenza, è praticamente impossibile organizzare un'assemblea universale per queste società. 9

Analogamente, a causa delle disposizioni di legge che tutelano i partecipanti, la convocazione di un'assemblea universale non è generalmente possibile se la società ha emesso capitale di partecipazione. 10

II. PREREQUISITI PER UN ASSEMBLAGGIO UNIVERSALE

Secondo l'art. 701, cpv. 1 CO, due cose sono necessarie per una riunione universale valida: 11

- Tutti gli azionisti della società sono costantemente presenti o legalmente rappresentati.
- Nessun azionista o rappresentante si oppone allo svolgimento dell'assemblea universale.

A. Presenza o rappresentanza di tutte le azioni

1. presenza continua di tutte le azioni

Per un'assemblea universale legalmente valida, è necessario innanzitutto che tutti gli azionisti siano costantemente presenti o legalmente rappresentati. L'assemblea universale è quindi valida solo se tutte le azioni sono rappresentate. Fanno eccezione le azioni proprie, per le quali il diritto di voto è sospeso (art. 659a cpv. 1 CO). 12

Se tutte le azioni sono rappresentate da un solo azionista, nel caso estremo è sufficiente che un solo azionista o un solo rappresentante sia presente e conduca l'assemblea. 13

È richiesta solo la presenza dell'azionista o del suo rappresentante. La partecipazione attiva all'assemblea, ad esempio attraverso il voto, non è richiesta per una valida assemblea universale. In altre parole, l'astensione dal voto all'assemblea universale è consentita. 14

2. Lasciare la riunione

15 La presenza di tutte le azioni è richiesta per l'intera durata dell'assemblea universale. Se un azionista o un suo rappresentante abbandona l'assemblea, l'assemblea universale viene immediatamente interrotta. L'uscita di un azionista, tuttavia, non influisce sulle delibere già approvate. Le delibere approvate in precedenza restano valide dal punto di vista legale. In via eccezionale, possono essere invalidate se è evidente che non sarebbero mai state approvate o sarebbero state inutili senza le delibere previste successivamente.

16 Dopo la partenza, l'assemblea degli azionisti rimanenti può continuare a tenere trattative non vincolanti. Tuttavia, le delibere dell'assemblea generale non possono più essere validamente approvate (sulle conseguenze si veda il successivo n. 33 e seguenti).

17 Se all'inizio dell'assemblea non tutte le azioni sono rappresentate (o se un azionista abbandona l'assemblea), l'assemblea può (nuovamente) essere condotta come assemblea universale dopo l'arrivo o il ritorno dell'ultimo azionista. In virtù del fatto che le azioni sono (di nuovo) pienamente rappresentate in assemblea, le delibere successive possono essere approvate come assemblea universale. Al contrario, le delibere adottate in precedenza, quando gli azionisti non erano pienamente rappresentati, non vengono sanate. Tuttavia, se tutti gli azionisti (o i loro rappresentanti) sono presenti, le delibere sui punti all'ordine del giorno già approvati possono essere ripetute.

3. Consenso scritto?

18 Un azionista assente non può acconsentire per iscritto, in anticipo o in seguito, alle delibere di un'assemblea universale, anche se nella pratica ciò viene spesso tentato. Tale consenso non è valido se non può essere interpretato come una procura a rappresentare le azioni. Se l'azionista non desidera partecipare all'assemblea, ma non vuole impedire lo svolgimento dell'assemblea universale, è opportuno che nomini in anticipo un rappresentante che possa rappresentare le sue azioni all'assemblea.

4. Presenza del consiglio di amministrazione?

19 Per la validità dell'assemblea universale è necessaria solo la presenza di tutti gli azionisti (o dei loro rappresentanti), ma non quella dei membri del

consiglio di amministrazione, anche se questi hanno il diritto di partecipare all'assemblea e di presentare mozioni ai sensi dell'art. 702a CO. Anche i membri del Consiglio di amministrazione non possono impedire l'assemblea universale opponendosi ad essa. Nella revisione del diritto societario, un inasprimento della formulazione dell'art. 702a CO chiarisce che né i membri del consiglio di amministrazione né i membri del comitato esecutivo hanno un diritto di partecipazione giuridicamente opponibile.

B. Nessuna obiezione

In occasione dell'assemblea universale, gli azionisti rinunciano all'osservanza 20
delle formalità di convocazione. Tuttavia, nessun azionista deve accettare che l'assemblea generale si tenga come assemblea universale (il cosiddetto diritto di veto dell'azionista; si veda il precedente n. 6). In secondo luogo, un'assemblea universale valida richiede che tutti gli azionisti (o i loro rappresentanti) acconsentano espressamente o tacitamente allo svolgimento dell'assemblea generale come assemblea universale. Al contrario, è necessario che nessun azionista (o suo rappresentante) si opponga all'assemblea universale.

1. Forma dell'obiezione

L'obiezione dell'azionista o del suo rappresentante non è vincolata da alcuna 21
forma. Tuttavia, l'azionista (o il rappresentante) deve esprimere l'obiezione in modo chiaro e inequivocabile. In particolare, l'obiezione deve essere distinta dalla semplice astensione dal voto, che è ammessa in un'assemblea universale (cfr. sopra, n. 14).

2. Contenuto dell'obiezione

L'obiezione dell'azionista (o del suo rappresentante) può essere diretta contro 22
lo svolgimento dell'assemblea universale o contro l'approvazione di una delibera su uno specifico punto dell'ordine del giorno. Quest'ultimo proprio per il motivo che un azionista (o il suo rappresentante) può legittimamente ritenere che diverse questioni siano pronte per essere risolte in modi diversi. Inoltre, gli azionisti potrebbero interrompere una prima assemblea universale e subito dopo riunirsi per una nuova assemblea universale senza il punto all'ordine del giorno contestato. Non ha quindi senso interrompere l'assemblea universale solo perché un azionista (o un suo rappresentante) si

oppone a un punto dell'ordine del giorno. Piuttosto, la riunione universale si tiene senza il punto all'ordine del giorno contestato.

23 D'altra parte, un'obiezione a singole mozioni su un punto dell'ordine del giorno è inammissibile. In caso di dubbio, tale obiezione deve essere interpretata come un'obiezione all'intero punto dell'ordine del giorno (cfr. infra, n. 40).

24 Non è nemmeno consentito dichiarare un'obiezione in modo condizionato. Ad esempio, un azionista non può subordinare la rinuncia a un'obiezione a un punto all'ordine del giorno all'esito della votazione.

3. Tempistica dell'obiezione

25 L'obiezione dell'azionista (o del delegato) può essere fatta prima o durante l'assemblea.

26 Se l'obiezione è stata sollevata prima dell'assemblea, ma l'azionista o il suo rappresentante partecipa all'assemblea, deve ripetere la sua obiezione. In caso contrario, la partecipazione dell'azionista senza obiezioni sarà considerata, in linea di principio, una rinuncia all'obiezione.

27 Durante l'assemblea, l'azionista o il suo rappresentante possono registrare la propria obiezione. Se l'azionista (o il suo rappresentante) solleva un'obiezione dopo l'inizio dell'assemblea, tale obiezione può riguardare solo le questioni da decidere. L'opposizione alle delibere già approvate non è possibile e le delibere approvate fino a quel momento rimangono valide (vedi sopra n. 15). L'obiezione non ha quindi effetto retroattivo, ma solo per il futuro.

III. CONSEGUENZE

A. Rinuncia alle formalità di convocazione

28 Se sono soddisfatte le due condizioni di cui sopra per lo svolgimento di un'assemblea universale, l'assemblea generale può svolgersi senza le formalità prescritte per la convocazione (art. 701, cpv. 1 CO). Tuttavia, le agevolazioni formali della riunione universale sono limitate solo ai requisiti legali e statutari di convocazione. Ad esempio, per una riunione universale non è necessaria una vera e propria convocazione e i punti all'ordine del giorno possono essere modificati a piacimento.

Inoltre, le disposizioni legali e statutarie applicabili all'assemblea generale devono essere rispettate senza limitazioni anche per l'assemblea universale. In particolare, devono essere rispettati i quorum legali e statutari (art. 703 e segg. CO). Di conseguenza, non è richiesta l'unanimità all'assemblea universale, ma di norma decide la maggioranza dei voti azionari (art. 703 CO). La disposizione sulla registrazione dell'assemblea (art. 702 cpv. 2 CO) si applica senza limitazioni anche all'assemblea universale (cfr. infra n. 38 e segg.). 29

Se sono soddisfatti i requisiti legali di cui all'art. 701 cpv. 1 CO, qualsiasi assemblea degli azionisti (o dei loro rappresentanti) può in linea di principio essere dichiarata assemblea generale. Ad esempio, un'assemblea congiunta di tutti gli azionisti può essere ampliata in un'assemblea universale e le delibere riservate all'assemblea generale possono essere approvate in questa assemblea. 30

Tuttavia, non tutte le riunioni informali di tutti gli azionisti di una società costituiscono un'assemblea universale senza ulteriori indugi. Ad esempio, un pasto informale a tavola in un'azienda familiare non è generalmente un'assemblea generale, anche se tutti gli azionisti sarebbero rappresentati all'assemblea. Affinché l'assemblea universale sia valida, gli azionisti devono essere consapevoli di formare un'assemblea generale con quorum e devono volerlo fare. Inoltre, va ricordato che (a parte le formalità di convocazione) devono essere rispettati gli altri requisiti per un'assemblea generale, in particolare la tenuta di un verbale (vedi sopra n. 29). 31

B. Cura delle carenze di convocazione

Se è stata convocata un'assemblea generale "ordinaria", ma la convocazione era difettosa, ad esempio perché non è stato rispettato il termine di preavviso o gli argomenti all'ordine del giorno non sono stati indicati in modo legalmente adeguato, i difetti di convocazione sono sanati con la convocazione di un'assemblea universale. 32

IV. PREREQUISITI NON SODDISFATTI

A. Nullità

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, le delibere adottate in una "assemblea universale", anche se non tutte le azioni erano presenti o 33

rappresentate all'assemblea, sono affette da un grave vizio di forma e sono nulle (art. 706b n. 1 CO). È irrilevante se l'azionista non presente avrebbe potuto impedire la delibera con il suo potere di voto.

34 La nullità di una deliberazione deve essere accertata d'ufficio dal tribunale in qualsiasi momento. Ciò significa anche che chiunque (cioè anche i non azionisti, come i creditori) può in linea di principio invocare la nullità di una delibera assembleare in qualsiasi momento. Tuttavia, è necessario che vi sia un interesse degno di tutela nell'accertamento della nullità della delibera assembleare (art. 59 cpv. 2 lett. a CCP).

35 La nullità può essere accertata anche in sede di appello, ossia anche dal Tribunale federale. Tuttavia, il Tribunale federale giudica la nullità di una delibera assembleare come un negozio giuridico di diritto privato solo nella misura in cui la nullità può essere basata sui fatti accertati dal tribunale inferiore o è necessaria un'integrazione giuridicamente sufficiente dei fatti.

B. Conversione in assemblea generale ordinaria degli azionisti

36 Se un azionista o un suo rappresentante abbandona l'assemblea, questa può essere trasformata in assemblea generale "ordinaria". Tuttavia, tale conversione di solito fallisce perché non sono state rispettate le regole di convocazione. Se, invece, le regole di convocazione sono state rispettate, l'assemblea può continuare come assemblea generale "ordinaria" dopo l'uscita di un azionista.

37 Il passaggio da assemblea universale ad assemblea generale "ordinaria" deve essere riportato nel verbale dell'assemblea. Se l'assemblea continua ad essere un'assemblea generale "ordinaria", si applicano le regole di convocazione ordinarie. In particolare, gli argomenti su cui l'assemblea generale può deliberare sono limitati a quelli indicati nell'avviso di convocazione.

V. VERBALI E SVOLGIMENTO DEI LAVORI

38 Il fatto che tutti gli azionisti o i loro rappresentanti siano presenti e che nessuno si opponga deve essere registrato nel verbale dell'assemblea universale. In alcune circostanze può anche essere opportuno registrare che tutti gli azionisti o i loro rappresentanti erano presenti fino alla fine dell'assemblea e far firmare il verbale da tutti i presenti.

Se sono state sollevate obiezioni contro la riunione universale nel suo complesso o contro singoli punti all'ordine del giorno, ciò deve essere registrato nel verbale. Il presidente della riunione universale deve essere avvisato per chiarire qualsiasi ambiguità relativa all'obiezione e per garantire la chiarezza giuridica. Se la dichiarazione dell'azionista non è chiara, il presidente deve chiedere all'azionista o al suo rappresentante se si oppone e, in caso affermativo, contro cosa esattamente (contro l'assemblea universale nel suo complesso o contro quale specifico punto all'ordine del giorno). 39

Se un azionista solleva un'obiezione inammissibile a una mozione (cfr. n. 23), spetta al presidente informare l'azionista e chiedere se l'obiezione è rivolta all'intero punto all'ordine del giorno. In tal caso, l'audizione deve svolgersi senza il punto all'ordine del giorno contestato (cfr. sopra, n. 22). Se l'azionista ritira la sua obiezione, l'assemblea universale viene proseguita senza ulteriori indugi. Se, invece, l'azionista o il rappresentante mantiene (inammissibilmente) la sua obiezione a una singola proposta, la dichiarazione deve essere interpretata come un'obiezione all'intero punto all'ordine del giorno. Di conseguenza, l'audizione si svolgerà senza questo punto. In queste situazioni, si raccomanda di registrare le singole dichiarazioni (verbatim). 40

VI. PROSPETTIVE DEL DIRITTO SOCIETARIO RIVISTO

La revisione della legge sulle società 2020 non modifica la sostanza della precedente norma dell'art. 701 cpv. 1 e 2 CO. Il paragrafo 1 dell'art. 701 CO rivisto si limita a chiarire la terminologia sostituendo il termine "requisiti formali" con "regolamenti". Ciò avviene in un contesto in cui l'assemblea universale può non solo discostarsi dai requisiti formali, ma anche da altri regolamenti, ad esempio per quanto riguarda i termini di convocazione. L'art. 701 cpv. 2 CO è adattato alla nuova possibilità di utilizzare mezzi elettronici. Il termine "essere presente" è quindi sostituito dal termine "partecipare". Ciò significa che la presenza fisica dell'azionista o del suo rappresentante non è obbligatoria. 41

Il comma 3 dell'art. 701 CO è invece nuovo. In base alla legge attuale non esiste la possibilità di tenere un'assemblea generale in contumacia, e le delibere circolari sono inammissibili. Il nuovo diritto societario prevede un maggiore margine di manovra. L'art. 701 comma 3 RVOR prevede che le delibere dell'assemblea generale possano essere approvate anche per iscritto 42

(su carta) o per via elettronica. Per questo tipo di delibera, tutti gli azionisti o i rappresentanti devono dare il loro consenso.

BIBLIOGRAFIA

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 S. 399 ff., abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2009.

Bürgi F. Wolfhart, Zürcher Kommentar, Band V/5b/2, Zürich 1969.

Dubs Dieter / Truffer Roland, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frick Bruno / Stäheli Thomas, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Aktienrecht – Kommentar, Zürich 2016.

Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter / Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Peter Henry / Cavadini Francesca, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017.

Studer Christoph D., Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss., Bern 1995.

Tanner Brigitte, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 698 – 726 und Art. 731b OR, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2018 (zitiert: ZK-Tanner).

dieselbe, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft / Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2016 (zitiert: CHK-Tanner).

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, ebenfalls abrufbar unter: https://www.aktienrechtweb.ch.

Von Steiger Fritz, Die sog. Universalversammlung der Aktionäre, SAG 12 (1939/1940), S. 193 ff.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 713 CO

Un commentario di Roman Aus der Au / Tina Hediger

CITAZIONE SUGGERITA

Roman Aus der Au/Tina Hediger, Commentario all'art. 713 CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online al diritto delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Aus der Au/Hediger, art. 713 CO N. XXX.

2. Decisioni

Art. 713

[1] Le decisioni del consiglio d'amministrazione sono prese a maggioranza dei voti emessi. Il presidente ha voto preponderante, salvo disposizione contraria dello statuto.

[2] Il consiglio d'amministrazione può prendere le sue decisioni:

nell'ambito di una seduta in un luogo di riunione;
avvalendosi di mezzi di comunicazione elettronici in applicazione analogica degli articoli 701*c*–701*e*;
in forma scritta, sia questa su supporto cartaceo o elettronico, sempre che un membro non abbia chiesto la discussione orale. Se la decisione è presa per via elettronica la firma non è necessaria, a meno che il consiglio d'amministrazione non abbia disposto altrimenti per scritto.

[3] Sulle discussioni e decisioni è tenuto un processo verbale; questo è firmato dal presidente e dall'estensore.

STRUTTURA

I. Disposizioni generali 198
II. Quorum (cpv. 1) 199
A. Quorum decisionale 199
B. Quorum di presenza 199
III. Modalità di deliberazione (cpv. 2) 200
A. In una riunione con sede (punto 1) 200
B. Utilizzo di mezzi elettronici (n. 2) 201
C. Per iscritto (punto 3) 202
IV. Redazione del verbale (cpv. 3) 204
V. Ulteriori indicazioni 205
Bibliografia 207
I materiali 211

I. DISPOSIZIONI GENERALI

1 L'articolo 713 CO disciplina la forma e la documentazione delle deliberazioni del Consiglio di amministrazione («CA»). In tal modo viene regolamentato il processo decisionale del CA, inteso come organo della società. Qualora il CA abbia costituito dei comitati (i cosiddetti «committees»), le disposizioni dell'art. 713 CO trovano spesso applicazione anche in tale ambito per analogia.

2 Nell'ambito della **revisione del diritto delle società per azioni del 19 giugno 2020** (in vigore dal 1° gennaio 2023) è stato rivisto in particolare il capoverso 2 relativo alle possibili modalità di deliberazione. È ora espressamente consentito l'uso di mezzi di comunicazione elettronici per lo svolgimento della seduta, nonché la deliberazione senza discussione orale per iscritto in forma elettronica – eventualmente anche senza firma. Per il resto, nel capoverso 3 è stata recepita l'abolizione della figura formale del segretario del CdA, introdotta con la revisione del diritto delle società anonime, parlando ora di «redattore del verbale». Naturalmente, il CdA è libero di istituire una segreteria.

3 La trascrizione di una delibera del CdA in un verbale non è **un requisito di validità**, motivo per cui la mancanza di un verbale corretto non comporta a priori la nullità della delibera. Tuttavia, il CdA che non verbalizza le proprie delibere commette una violazione dei propri doveri con conseguenti responsabilità per i danni che ne derivano. Anche il **CdA composto da una sola persona** deve quindi verbalizzare le proprie delibere.

4 Il verbale del CdA deve essere redatto nella **lingua** in cui si è tenuta la seduta; le deliberazioni per corrispondenza possono essere redatte in lingue che tutti i membri del CdA padroneggiano. Si noti che i verbali in lingua straniera, destinati a fungere da documenti del registro di commercio, devono essere tradotti, se del caso, nella lingua determinante per il registro di commercio cantonale competente.

II. QUORUM (CPV. 1)

A. Quorum decisionale

Il CdA adotta le proprie decisioni in qualità di organo a maggioranza (cosiddetto quorum decisionale). Ogni membro del CdA ha diritto a un voto e – salvo disposizioni statutarie o regolamentari contrarie – decide la **maggioranza dei voti espressi**. I voti dei membri del CdA che si astengono (per obbligo o per scelta) non vengono conteggiati ai fini del calcolo del quorum decisionale. Non è previsto un quorum decisionale qualificato analogo a quello dell'Assemblea generale («AG»), ma può essere previsto in base allo statuto o al regolamento organizzativo. 5

Il presidente della rispettiva seduta del CdA ha il **voto decisivo**, salvo diversa disposizione statutaria. In virtù di questo privilegio, in caso di parità di voti il presidente può decidere che il CdA adotti una delibera, anche se la stessa non ha ottenuto la maggioranza dei voti tra i membri del CdA a causa della situazione di stallo. Il legislatore facilita così l'adozione delle deliberazioni rispetto a un rigoroso principio di maggioranza, in base al quale una decisione può essere presa solo se la maggioranza dei membri del CdA vota a favore e in cui una situazione di parità non comporta proprio l'adozione di alcuna delibera. È frequente imbattersi in statuti che attribuiscono il voto decisivo alla presidente (o al copresidente) del CdA. Ciò porta a situazioni di ambiguità nel caso in cui il presidente del CdA non presieda una riunione del CdA. 6

B. Quorum di presenza

È ammissibile, ma non necessario, stabilire nello statuto o nel regolamento organizzativo che il CdA sia validamente costituito solo se un determinato numero di membri partecipa alla deliberazione (cosiddetto quorum di presenza). In tali casi, la validità della delibera richiede la **partecipazione** del numero necessario di membri. Qualora si intenda prevedere un quorum di presenza, si raccomanda una regolamentazione esplicita su come procedere con i membri del CdA che si ricusano in occasione di una delibera. 7

Per quanto riguarda le **constatazioni** del consiglio di amministrazione relative ad aumenti o riduzioni di capitale che richiedono l'autenticazione pubblica, appare opportuno che lo statuto o il regolamento organizzativo 8

prevedano che sia sufficiente la presenza di un solo membro del consiglio di amministrazione.

9 La **rappresentanza** nel CdA – anche da parte di un altro membro del CdA – è considerata inammissibile secondo la dottrina prevalente, poiché gli obblighi degli organi sono considerati strettamente personali e intrasferibili. Le deliberazioni del CdA che vengono adottate solo grazie a una rappresentanza potrebbero quindi essere giudicate nulle. Ciononostante, numerosi autori si pronunciano a favore di un'ammissibilità della rappresentanza limitata entro stretti confini. Date le ormai semplici possibilità di deliberazione elettronica (cfr. a tal proposito N. 21 di seguito), si pone la questione se una rappresentanza sia ancora necessaria. Una possibile soluzione sarebbe quella di tenere innanzitutto una riunione del consiglio di amministrazione senza la partecipazione del membro «rappresentato», ma di procedere successivamente alla deliberazione formale tramite circolare. La discussione svoltasi durante la riunione del consiglio di amministrazione potrebbe poi essere resa accessibile a tutti i membri del consiglio sotto forma di verbale e allegato alla delibera circolare da adottare.

III. MODALITÀ DI DELIBERAZIONE (CPV. 2)

10 La deliberazione in seno al CdA può avvenire in sedute fisiche e/o virtuali (cioè tenute con mezzi elettronici), nonché tramite deliberazioni circolari su supporto cartaceo o in forma elettronica. Queste **forme di deliberazione** sono equiparate tra loro. È consuetudine che le società di grandi dimensioni disciplinino più dettagliatamente le modalità di deliberazione del CdA nel regolamento organizzativo.

A. In una riunione con sede (punto 1)

11 Nella variante classica di una riunione fisica, alla quale i membri del CdA partecipano in persona, la discussione orale degli argomenti è seguita dalla votazione. È vero che questo tipo di deliberazione offre ai membri del CdA una minore flessibilità in termini di luogo. La **presenza fisica** dei partecipanti alla riunione comporta tuttavia anche dei vantaggi, in quanto consente uno scambio immediato di opinioni durante la riunione, nonché contatti diretti prima e dopo la stessa, il che può favorire il raggiungimento del consenso, in particolare in caso di questioni delicate. In questa variante non è consentito che un membro del CdA assente esprima il proprio voto per iscritto in

anticipo o si faccia rappresentare alla riunione. Si applica il principio di immediatezza.

B. Utilizzo di mezzi elettronici (n. 2)

Le riunioni del consiglio di amministrazione con l'utilizzo di mezzi elettronici, che sono già da tempo prassi comune soprattutto nelle società operanti a livello internazionale, sono ora esplicitamente previste dalla legge. Il nuovo art. 713 cpv. 2 CO fa riferimento a tal proposito alle disposizioni sull'utilizzo di mezzi elettronici nell'assemblea generale contenute negli art. 701c-701e CO, che trovano applicazione per analogia. Sono quindi possibili sia **riunioni ibride**, alle quali partecipano sia i presenti in una sede fisica sia i partecipanti collegati elettronicamente, sia **riunioni tenute esclusivamente in modalità virtuale**. La legge è formulata in modo tecnologicamente neutro, per cui sono ammesse diverse piattaforme, come ad esempio Zoom, Microsoft Teams o le chiamate di gruppo tramite WhatsApp o Threema. È consigliabile indicare nel verbale i mezzi elettronici utilizzati. È essenziale che la deliberazione avvenga nell'ambito di una discussione orale diretta. Anche in questa variante non è consentito che un membro del CdA esprima il proprio voto per iscritto in anticipo o si faccia rappresentare (deve essere garantita l'*immediatezza digitale*; cfr. a tal proposito N. 11 sopra). 12

Dal rinvio all'art. 701c CO si può dedurre che è necessaria una **delibera del CdA relativa** alla **ammissibilità** di questo tipo di riunione, sia essa ad hoc prima dello svolgimento della riunione, in un regolamento organizzativo o in un altro regolamento. 13

Come per l'assemblea generale, anche nella riunione del consiglio di amministrazione che utilizza mezzi elettronici occorre **tutelare** la formazione della volontà e la **deliberazione** ai sensi dell'art. 701e cpv. 2 CO. È quindi necessario verificare l'identità dei membri del consiglio di amministrazione partecipanti, anche se in questo caso l'identificazione risulta più semplice rispetto all'assemblea generale virtuale, dato il numero ridotto di partecipanti e la cerchia nota dei partecipanti. Inoltre, gli interventi devono essere trasmessi in tempo reale e occorre garantire che ogni membro possa presentare mozioni e partecipare alla discussione. A tal fine è anche necessario che ogni membro disponga di eventuali documenti di seduta distribuiti e possa seguire le presentazioni dei partecipanti alla seduta. Infine, occorre garantire che il risultato della votazione non possa essere falsato. 14

15 Se durante una riunione del CdA tenuta in forma virtuale o ibrida si verificano **problemi tecnici** (malfunzionamenti e mancato funzionamento dei mezzi elettronici) tali da impedire il regolare svolgimento della riunione, la stessa deve essere interrotta o annullata. La parte compromessa dal guasto tecnico deve essere ripetuta. Le deliberazioni che sono state regolarmente inserite all'ordine del giorno, discusse e adottate prima del guasto tecnico rimangono valide. Rispetto all'assemblea generale virtuale, nella riunione virtuale del consiglio di amministrazione si applicano requisiti meno rigorosi per definire un «problema tecnico» (ad es. che debba rientrare nell'ambito di responsabilità della società o riguardo al numero di azionisti che devono essere interessati). Secondo la dottrina, nelle riunioni del CdA si ha un problema tecnico rilevante già quando un membro del CdA è escluso dalla partecipazione, indipendentemente da chi sia responsabile del problema. Ciò non può tuttavia essere interpretato come un lasciapassare per interrompere arbitrariamente una riunione del CdA sgradita, ad esempio interrompendo intenzionalmente la connessione Internet. Un comportamento del genere è in contrasto con il dovere di fedeltà dei membri del CdA e, in quanto palese abuso di diritto, non gode di alcuna tutela giuridica. In situazioni poco chiare, può essere utile che i membri del CdA rimasti in seduta decidano se considerare il membro che non partecipa più come intenzionalmente assente dalla seduta e se proseguire la seduta.

C. Per iscritto (punto 3)

16 n. 3 disciplina la deliberazione del CdA per iscritto (cosiddetta **deliberazione circolare**). Questo tipo di deliberazione è equivalente alla deliberazione in una riunione (fisica, virtuale o ibrida). Fatte salve disposizioni divergenti contenute nello statuto o nel regolamento organizzativo, per la deliberazione per iscritto si applicano i normali quorum di presenza e di deliberazione (cfr. tuttavia quanto segue in merito al diritto alla discussione orale).

17 La particolarità di questo tipo di deliberazione consiste nel fatto che non è prevista alcuna discussione nell'ambito di una riunione. La proposta ai membri del CdA dovrebbe quindi essere formulata in modo tale da poter essere risolta con un semplice «sì», «no» o «astensione». Nella pratica, la deliberazione viene regolarmente formulata in modo positivo e tutti i membri del CdA la sottoscrivono. Tuttavia, ogni singolo membro del CdA ha il **diritto**

inderogabile di richiedere una **deliberazione orale**, senza doverne indicare i motivi. D'altra parte, è necessaria una richiesta esplicita. Di fatto sussiste un requisito di unanimità o un diritto di veto riguardo alla forma della deliberazione (da non confondere con un eventuale quorum decisionale). Dal dovere di diligenza del singolo membro del CdA può tuttavia derivare, in determinate circostanze, l'obbligo di richiedere una deliberazione orale in caso di operazioni complesse con conseguenze di ampia portata, qualora siano necessarie informazioni più dettagliate o uno scambio più approfondito per la formazione della volontà.

Il processo decisionale viene avviato tramite l'**invio** della relativa **proposta** ai membri del CdA, di norma da parte del presidente del CdA. Ai membri del CdA viene richiesta una risposta sotto due aspetti: 1. approvazione della modalità di deliberazione (o richiesta di una consultazione orale) e 2. approvazione, rifiuto o astensione in merito al contenuto della delibera. Si raccomanda di fissare un termine entro il quale i membri del CdA devono rispondere. È opportuno stabilire il termine in modo generale in un regolamento organizzativo, pur consentendo deroghe adeguate ai singoli casi. Per le questioni non urgenti dovrebbero essere sufficienti cinque giorni lavorativi. In mancanza di tale fissazione di un termine, si applica l'art. 5 cpv. 1 CO. 18

Ci si chiede come procedere qualora un **membro del CdA non reagisca** alla proposta. Se una proposta è stata notificata in modo dimostrabile a un membro del CdA tramite un canale usuale e tale membro del CdA non si esprime entro il termine fissato, ciò può essere interpretato come un consenso implicito alla modalità di deliberazione, poiché la legge prevede che debba essere *richiesta* una consultazione orale. Per quanto riguarda il contenuto della delibera, in caso di silenzio si deve presumere un'astensione (con le relative conseguenze per quanto riguarda i quorum di presenza e di delibera normalmente applicabili). È opportuno prevedere ciò già nella proposta. Anche dopo il raggiungimento della maggioranza richiesta, la delibera circolare rimane sospesa fino alla scadenza del termine, poiché un membro può ancora richiedere la deliberazione orale. Se un membro non si esprime, appare necessaria una constatazione formale della delibera da parte del presidente del CdA o del membro del CdA che ha inviato la proposta. Böckli consiglia quindi di sottoporre le delibere circolari all'approvazione nella seduta successiva. 19

20 Si raccomanda di disciplinare la procedura e i dettagli relativi all'adozione delle deliberazioni per iscritto in modo pratico e concreto in un **regolamento organizzativo**.

21 Nel corso della revisione del diritto delle società per azioni, le deliberazioni circolari per iscritto in forma elettronica sono state esplicitamente dichiarate ammissibili. Per **elettronico** si intende, ad esempio, lo scambio di e-mail o l'utilizzo di portali elettronici del consiglio di amministrazione. Anche le dichiarazioni tramite servizi di messaggistica come WhatsApp o Threema possono essere sufficienti a tal fine, purché l'espressione della volontà sia chiara e inequivocabile e i mittenti siano identificabili. Non è quindi necessaria la firma del membro del CdA sulla delibera circolare, a meno che ciò non sia previsto per iscritto dal CdA. Si può anche rinunciare a una firma elettronica qualificata o a una copia in formato PDF della proposta firmata. È ancora diffusa la pratica secondo cui ogni membro del CdA appone la propria firma sul documento della delibera circolare, lo scansiona e lo restituisce. A ciò non vi è nulla da obiettare. In relazione alle delibere circolari per via scritta, in particolare in forma elettronica, occorre osservare i requisiti di diritto del registro di commercio di cui all'art. 23 ORC. Ad esempio, per una delibera del consiglio di amministrazione adottata per via elettronica, ai fini del registro di commercio deve essere redatto un cosiddetto verbale di attestazione, che deve essere firmato da almeno un membro del consiglio di amministrazione con potere di rappresentanza. È opportuno che tale verbale contenga lo svolgimento della deliberazione scritta nonché il risultato della votazione.

22 Per quanto riguarda la **combinazione** non consentita tra deliberazione in seduta e delibera per corrispondenza, cfr. sopra N. 11.

IV. REDAZIONE DEL VERBALE (CPV. 3)

23 A differenza dell'assemblea generale, il verbale del consiglio di amministrazione deve essere redatto come **verbale di deliberazione** (detto anche verbale di discussione). È richiesta una trascrizione in **forma testuale**. Le registrazioni video o audio non possono essere considerate verbali. Se nel verbale si fa riferimento diretto a documenti di approfondimento o a slide presentate, è opportuno allegarli al verbale. Nel caso di deliberazioni con atto pubblico, tuttavia, solo le deliberazioni sono oggetto dell'atto.

Il verbale della seduta deve riportare le **deliberazioni** adottate (compresi i risultati delle votazioni, se non all'unanimità) nonché gli argomenti e le posizioni essenziali espressi durante la seduta in **forma sintetica**. I membri del CdA possono tuttavia richiedere che singole loro dichiarazioni siano messe a verbale testualmente. La redazione dei verbali delle sedute del CdA è quindi molto impegnativa. Nella pratica è consigliabile la struttura *1. Situazione iniziale*, *2. Deliberazione e 3. Delibera*. Si raccomanda inoltre di formulare chiaramente le delibere come tali e di riportarle in evidenza graficamente, così come di indicare chiaramente le questioni in sospeso. 24

Per il resto, la legge non prevede requisiti chiari per il **contenuto del verbale** generale, indipendente dalla specifica questione trattata. A tal fine è possibile fare riferimento ai modelli di alcuni uffici del registro di commercio (ad es. del Cantone di Zurigo) o alla letteratura specialistica. Oltre alle deliberazioni e alle decisioni, sono essenziali la ragione sociale, la modalità o il luogo, la data, l'ora (inizio e fine) nonché i partecipanti e gli ospiti della seduta. 25

Il verbale deve infine essere **firmato** dal **presidente** e dal **segretario** della rispettiva riunione («wet ink» o in forma elettronica qualificata) non appena si sono accordati sul contenuto. Un'approvazione a posteriori del verbale da parte del CdA, come spesso previsto, non è giuridicamente necessaria, ma raccomandabile, poiché aumenta la presunzione di correttezza. Va inoltre osservato che la redazione del verbale è un obbligo del CdA in quanto organo. 26

Il verbalizzante è libero di utilizzare **strumenti tecnici** per il riconoscimento vocale o la sintesi automatizzata tramite intelligenza artificiale, ma rimane responsabile del contenuto, anche dal punto di vista penale. 27

V. ULTERIORI INDICAZIONI

Se una delibera del CdA comporta un fatto che viene iscritto nel **registro di commercio**, il verbale del CdA o un estratto dello stesso o una delibera circolare in originale devono essere presentati all'ufficio del registro di commercio come prova. Se una delibera è soggetta a registrazione, l'atto deve essere presentato come prova. 28

I casi in cui una delibera del consiglio di amministrazione deve essere redatta con **atto pubblico** sono disciplinati dalla legge (ad es. in caso di modifica dello statuto ai sensi dell'art. 647 CO). Le delibere del consiglio di amministrazione adottate in seduta virtuale o ibrida possono essere redatte 29

con atto pubblico se esiste una trasmissione video e audio continua tra l'ufficiale pubblico e il presidente della seduta. Nella pratica, spesso si richiede che l'ufficiale pubblico si trovi nella stessa stanza del presidente. Le deliberazioni per via circolare possono essere autenticate pubblicamente se l'ufficiale pubblico partecipa personalmente al conteggio dei voti pervenuti e verifica l'organizzazione della procedura circolare. Il risultato della votazione e la dichiarazione che la delibera è stata approvata vengono poi riportati nell'atto pubblico (il cosiddetto verbale di constatazione). Nel caso di riunioni virtuali del consiglio di amministrazione, la conferma da parte del pubblico ufficiale, necessaria nell'ambito dell'aumento di capitale, che determinati documenti sono stati presentati ai membri del consiglio di amministrazione non dovrebbe comportare problemi significativi: i documenti possono essere redatti in duplice copia oppure se ne possono fare copie autenticate. Mentre il pubblico ufficiale ha davanti a sé gli originali, i membri del CdA dispongono di ulteriori originali o di copie autenticate e li mostrano alla telecamera per confermarne la presenza. Se invece la delibera viene adottata per via circolare, il requisito è soddisfatto solo se per le delibere del consiglio di amministrazione da autenticare nell'ambito di un aumento di capitale viene stabilita come sufficiente la presenza di un membro del consiglio di amministrazione; in caso contrario non è possibile rinunciare a una riunione (fisica o virtuale) del consiglio di amministrazione.

30 Se una delibera soggetta a autenticazione viene adottata in una **riunione all'estero**, ai fini dell'idoneità al deposito nel registro di commercio è innanzitutto necessaria una superautenticazione o un'apostille dell'atto. Inoltre, l'ufficio del registro di commercio può esigere la prova che la procedura di autenticazione straniera sia equivalente alla procedura di autenticazione pubblica in Svizzera e, a tal fine, richiedere una perizia e designare il perito.

31 I verbali del consiglio di amministrazione possono, in determinate circostanze, qualificarsi come **dichiarazioni di volontà** dei membri del consiglio di amministrazione presenti.

32 In particolare, in vista di **procedimenti di responsabilità o di restituzione** nei confronti dei membri del consiglio di amministrazione, va sottolineato che i verbali del consiglio di amministrazione costituiscono **mezzi di prova** idonei (atto ai sensi dell'art. 177 CPC, ovvero atto pubblico ai sensi dell'art. 9 CC e dell'art. 179 CPC). Con essi è possibile dimostrare la diligenza. Di

conseguenza, i membri del consiglio di amministrazione farebbero bene a farsi consegnare copie dei verbali.

Manca una disposizione analoga relativa alla redazione dei verbali nella 33
gestione della **Sagl**, ma è comunque raccomandata. Nel caso della **cooperativa**, l'amministrazione è responsabile della tenuta dei propri verbali. La letteratura in materia, ma non la legge, fa riferimento all'art. 713 CO relativo al diritto delle società per azioni.

BIBLIOGRAFIA

Aus der Au Roman/Brand Patric/Heller Jan, Kommentierung zu den Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020, in: Müller Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht – Version: 01.09.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/or-uebest-aktienrecht (besucht am 14.1.2026), DOI: 10.17176/20230901-085735-0.

Bainbridge Stephen M., The Board of Directors, in: The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Gordon Jeffrey N./Ringe Wolf-Georg (Hrsg.), Oxford 2018.

Ballmer David/Fischer Joel, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, Kommentierung ausgewählter Streit- und Anwendungsfragen, GesKR 2 (2023), S. 172–189.

Bärtschi Harald, Kommentierung zu Art. 43 HRegV, in: Bärtschi Harald (Hrsg.), Onlinekommentar zur Handelsregisterverordnung – Version: 29.02.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/hregv43 (besucht am 13.2.2026), DOI: 10.17176/20240322-084550-0.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2018.

Carron Blaise/Chabloz Isabelle, Kommentierung zu Art. 902 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Art. 120–141 LIMF, Introductions à la LFus et la LTI, 3. Aufl., Basel 2024.

economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2023, https://backend-api.economiesuisse.ch//sites/default/files/2025-12/SwissCode_DE_RZ.pdf, besucht am 2.2.2026.

Ernst Wolfgang, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, recht 3 (2020), S. 168–172.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2021.

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Galli Dario/Vischer Markus, In Verwaltungsratsprotokollen enthaltene Willenserklärungen zum Abschluss eines Vertrags, recht 4 (2024), S. 229–240.

Häusermann Daniel/Anceschi Fabio, Kommentierung zu Art. 701f OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

Jutzi Thomas/Meier Quirin, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Schriften INR, Bern 2023, S. 1–83.

Mahler Bruno, Die öffentliche Beurkundung im Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2020, Zürich 2025, DOI: 10.36862/6GTK-6DSH.

Milano Umberto/Aus der Au Roman, Documenting Shareholder Resolutions. Selected Questions on Minutes and Circular Resolutions after the Corporate Law Reform, in: swisNot/Neri-Castracane Giulia/Frésard Philippe (Hrsg.), Festschrift. Beiträge zum neuen Aktienrecht. Eine fünfundzwanzigjährige notarielle Zusammenarbeit im interkantonalen Bereich, Zürich/Genf 2025, S. 51–66.

Müller Lukas, Virtuelle und hybride Versammlungen, in: Franz Beat/Mooser Michel (Hrsg.), Gesellschaftsrecht – Aktualitäten und ausgewählte Fragen, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 22. August 2025 in Zürich und vom 11. September 2025 in Lausanne, Zürich/Genf 2025, S. 223–272 (zit. Müller L., S. x).

Müller Lukas/Kaiser Philippe J.A./Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, Praxiserfahrungen und Ausblick auf das neue Aktienrecht sowie beurkundungsrechtliche Aspekte, REPRAX 3 (2020), S. 217–269.

Müller Roland, Protokollführung und Protokollauswertung bei Sitzungen und Versammlungen, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. Müller R., S. x).

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat – Band I, 5. Aufl., Zürich 2021.

Müller Roland/Thalmann Philipp, Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat, REPRAX 2 (2011), S. 1–19.

Peter Henry/Birchler Francesca, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations II, Art. 530–1186 CO, Art. 120–141 LIMF, Introductions à la LFus et la LTI, 3. Aufl., Basel 2024.

Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Aktienrecht der ersten Stunde, Bern 2023.

Plüss Adrian/Facincani Nicolas, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530–771 OR, 4. Aufl., Zürich 2023.

Reiser Nina/Egli Viviane, Digitale Generalversammlungen und Verwaltungsratssitzungen: erste Erfahrungen und Empfehlungen, SZW/RSDA 2 (2025), S. 120–134.

Rüesch Adrian/Forster Matthias, § 39, Durchführung der Verwaltungsratssitzungen, in: Handbuch Schweizer Aktienrecht, Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2022.

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023.

Semi Melda/Müller Lukas, Das neue Aktienrecht vom 19. Juni 2020 aus Sicht des Beurkundungsrechts, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 6/2022, S. 329–351.

Stach Patrick, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Amstutz Marc/Wolf Stephan/Fankhauser Roland (Hrsg.), OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023

Sunaric Predrag/Catelli Cinzia, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

Vischer Markus, Protokollierung von GV- und VR-Beschlüssen als Gültigkeitsform, SZW/RSDA 5 (2022), S. 416–429.

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar HRegV, Kommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich 2023.

Vogel Alexander, Kommentierung zu Art. 809 OR, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2026.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf, Kommentierung zu Art. 902 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Watter Rolf/Flückiger Sebastian, Beschlussfassung unter abwesenden VR-Mitgliedern (inkl. durch Zirkularbeschluss), GesKR 3 (2015), S. 410–416.

Watter Rolf/Pöschel Ines, Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 1 (2011), S. 14–19.

Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, Kommentierung zu Art. 809 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Wernli Martin, Kommentierung zu Art. 713 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

Zindel Gaudenz G./Isler Peter R., Kommentierung zu Art. 652g OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024.

I MATERIALI

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff., abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf, besucht am 7.2.2026.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 715 CO

Un commentario di Nicolas Facincani / Lukas Gayler

CITAZIONE SUGGERITA

Nicolas Facincani/Lukas Gayler, Commentario all'art. 715 CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online al diritto delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Facincani/Gayler, art. 715 CO N. XXX.

4. Diritto di convocazione

Art. 715

Ogni amministratore può esigere dal presidente, indicando i motivi, la convocazione immediata di una seduta.

STRUTTURA

I. Introduzione 215
A. Aspetti generali 215
B. Revisioni del diritto societario 215
C. Regolamentazione e modifiche statutarie 215
II. La richiesta di convocazione del Consiglio di amministrazione 217
A. Requisiti formali 217
B. Obbligo di motivazione 218
C. Destinatario 218
III. Convocazione del Consiglio di amministrazione 218
A. Autorizzazione alla convocazione 218
B. Forma di convocazione e orario dell'assemblea 219
IV. Esecuzione giudiziaria 219
A. Ammissibilità dell'azione di adempimento 219
B. Legittimazione attiva e passiva 219
Bibliografia 220

I. INTRODUZIONE

A. Aspetti generali

Il Codice delle obbligazioni svizzero non stabilisce l'ora e il luogo in cui devono essere convocate le riunioni del Consiglio di amministrazione, né se in questo contesto debbano essere rispettate delle scadenze. In linea di principio, la decisione di riunirsi in un determinato giorno, a una determinata ora e in un determinato luogo spetterebbe al Consiglio di amministrazione al completo, poiché la legge non contiene altre disposizioni. Secondo la dottrina e la prassi, tuttavia, al presidente del Consiglio di amministrazione è concessa una discrezionalità autonoma nel decidere l'organizzazione della riunione. 1

L'art. 715 CO sancisce il diritto individuale del membro del Consiglio di amministrazione di convocare senza indugio una riunione del Consiglio di amministrazione. Questo diritto individuale è direttamente collegato all'obbligo individuale di diligenza e lealtà ai sensi dell'art. 717 CO e alla responsabilità per la corretta gestione ai sensi dell'art. 754 CO. Tuttavia, con la regolamentazione rudimentale dell'art. 715 CO, il legislatore ha lasciato alla prassi e al giudice la formulazione concreta di questo diritto individuale. L'art. 715 CO, invece, non conferisce al membro del Consiglio di amministrazione il diritto di attuare una procedura di risoluzione circolare. 2

B. Revisioni del diritto societario

La disposizione dell'art. 715 CO è stata modificata con la riforma del diritto societario del 1991 nella misura in cui si è rinunciato al requisito della forma scritta. È stato inoltre chiarito che l'assemblea deve essere convocata immediatamente su richiesta. Inoltre, il Consiglio degli Stati ha aggiunto l'obbligo di motivazione. 3

La disposizione dell'art. 715 CO non è stata discussa nell'ambito della riforma del diritto societario del 2020 ed è quindi rimasta invariata. 4

C. Regolamentazione e modifiche statutarie

Ogni singolo membro del Consiglio di amministrazione ha il diritto di chiedere la convocazione di una riunione del Consiglio di amministrazione. Questo diritto individuale non può essere revocato o limitato. Il Presidente 5

del Consiglio di amministrazione può respingere la richiesta solo se essa costituisce un abuso di diritto o se è formulata con un intento palesemente discutibile.

6 L'art. 715 CO non conferisce un diritto individuale alla convocazione diretta del Consiglio di amministrazione. Tale diritto sussiste solo se previsto dallo statuto o dal regolamento organizzativo della società per azioni.

7 Il diritto di convocare il Consiglio di amministrazione è di natura obbligatoria. Pertanto, non può essere né limitato né completamente escluso dallo statuto o dal regolamento organizzativo di una società per azioni.

8 Le disposizioni che si discostano dall'art. 715 CO devono essere stabilite nel regolamento organizzativo, in quanto il diritto di convocazione è un diritto individuale irrevocabile del Consiglio di amministrazione, che rientra nelle competenze fondamentali del Consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 716a cpv. 1 n. 2 CO (determinazione dell'organizzazione). Questa facoltà irrevocabile e non trasferibile del Consiglio di amministrazione sfugge al controllo dell'Assemblea generale.

9 Le disposizioni di legge che revocano o limitano la facoltà di convocare il Consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 715 CO sono nulle ai sensi dell'art. 706b CO. Eventuali disposizioni regolamentari sono nulle ai sensi dell'art. 714 CO in combinato disposto con l'art. 706b CO.

10 Le modalità di esercizio del diritto di convocazione del Consiglio di amministrazione sono invece di natura dispositiva. Si tratta, in particolare, delle modalità elencate di seguito:

- La forma in cui deve essere presentata la richiesta;
- Il termine da rispettare per la convocazione della riunione;
- La persona a cui deve essere indirizzata la richiesta.
- Ad esempio, la richiesta può essere prescritta per iscritto o il termine può essere specificato nel contesto dell'espressione "senza indebito ritardo", ad esempio entro tre giorni dal ricevimento della richiesta.

Sono inoltre ammesse disposizioni a livello di regolamento organizzativo che estendano il diritto di convocare una riunione. Di seguito sono elencati alcuni esempi di tali disposizioni: 11

- una disposizione che concede a ogni singolo membro del Consiglio di amministrazione il diritto di convocare direttamente una riunione del Consiglio di amministrazione;
- una disposizione che consenta al membro del Consiglio di amministrazione di indirizzare la richiesta di convocazione di una riunione del Consiglio di amministrazione direttamente al membro responsabile della convocazione della riunione in conformità al regolamento interno della società;
- l'estensione del potere di convocazione ad altre persone (ad esempio, al segretario del Consiglio di amministrazione);
- una disposizione che preveda che la richiesta di convocazione di una riunione del Consiglio di amministrazione sia ammissibile anche senza motivazione.

II. LA RICHIESTA DI CONVOCAZIONE DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

A. Requisiti formali

La richiesta di convocazione del Consiglio di amministrazione non è soggetta a particolari requisiti di forma. Il requisito della forma scritta è stato eliminato con la riforma del diritto societario del 1991. 12

La richiesta di convocazione del Consiglio di amministrazione può essere presentata a voce, per telefono o per via elettronica. Naturalmente è possibile anche la presentazione scritta. 13

Il regolamento organizzativo può stabilire che la richiesta debba essere presentata per iscritto. Tale disposizione è consigliabile in ogni caso, da un lato per motivi di prova, dall'altro per la tracciabilità della richiesta da parte degli altri membri del Consiglio di amministrazione. 14

B. Obbligo di motivazione

15 La richiesta è soggetta a un obbligo generale di motivazione. Ciò deriva dalla formulazione della legge e si applica indipendentemente dalla forma in cui la richiesta viene presentata o inoltrata.

16 L'obbligo di motivazione non è soggetto a requisiti stringenti. Non è richiesta né la formulazione di un punto all'ordine del giorno o di più punti all'ordine del giorno, né la presentazione di mozioni relative a un punto all'ordine del giorno o a più punti all'ordine del giorno.

17 La richiesta di convocazione deve descrivere in generale l'argomento da trattare, in modo che il presidente del Consiglio di amministrazione possa convocare la riunione e gli altri membri del Consiglio di amministrazione possano prepararsi alla riunione. Tuttavia, dall'obbligo di motivazione non si deve dedurre che il diritto di richiedere la convocazione di una riunione del Consiglio di amministrazione sussista solo in casi giustificati.

C. Destinatario

18 Dal testo della legge si evince chiaramente che la richiesta deve essere presentata al Presidente del Consiglio di amministrazione. Questo requisito permane anche se il regolamento organizzativo assegna la responsabilità della convocazione del Consiglio di amministrazione a un'altra persona.

III. CONVOCAZIONE DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

A. Autorizzazione alla convocazione

19 In linea di principio, la convocazione di una riunione del Consiglio di amministrazione spetta al Presidente del Consiglio di amministrazione. Se tale autorità è assegnata a un'altra persona (ad es. il Delegato del Consiglio di amministrazione), il Presidente deve assicurarsi che questa persona adempia ai suoi compiti, se necessario. Se lo Statuto o il regolamento organizzativo indicano che un altro membro è responsabile della convocazione di un'assemblea, questo membro deve consultarsi con il Presidente.

B. Forma di convocazione e orario dell'assemblea

Fatte salve le disposizioni statutarie o regolamentari, la riunione del Consiglio di amministrazione può essere convocata in qualsiasi forma, con l'obbligo di indicare almeno l'ora e il luogo. Per motivi di prova, tuttavia, anche in questo caso si raccomanda una convocazione scritta, in quanto le delibere adottate in occasione di riunioni a cui non sono stati invitati tutti i membri del Consiglio di amministrazione sono nulle ai sensi dell'art. 714 del CO. La riunione del Consiglio di amministrazione deve essere programmata in modo tale che i membri del Consiglio di amministrazione con la necessaria buona volontà possano partecipare. 20

IV. ESECUZIONE GIUDIZIARIA

A. Ammissibilità dell'azione di adempimento

L'art. 715 CO non prevede che il giudice possa ordinare la convocazione del Consiglio di amministrazione su richiesta in caso di rifiuto. Ciò è in contrasto con il diritto dell'azionista di convocare un'assemblea generale ai sensi dell'art. 699 CO. Il cpv. 5 di questo articolo prevede espressamente che l'azionista possa ricorrere al giudice. Tuttavia, la dottrina è quasi unanime nel ritenere che l'azionista abbia diritto anche a un'azione di adempimento ai sensi dell'art. 715 CO, come riconosciuto dal Tribunale federale nella sentenza DTF 144 III 100 E. 5.2.2 in relazione al diritto all'informazione dei membri del Consiglio di amministrazione. Sulla base di tale azione, il giudice può ordinare la convocazione di una riunione del Consiglio di amministrazione o convocarla egli stesso. 21

B. Legittimazione attiva e passiva

Un membro del Consiglio di amministrazione la cui richiesta di convocazione del Consiglio di amministrazione sia stata respinta o non sia stata accolta ha il diritto di proporre un'azione di adempimento. 22

La società non ha diritto di agire. 23

La questione della legittimazione passiva è meno chiara. In linea di principio, la società o il presidente del consiglio di amministrazione possono essere considerati convenuti. A differenza dell'art. 699 CO, l'art. 715 CO non affida al 24

Consiglio di amministrazione nel suo complesso, bensì direttamente al Presidente del Consiglio di amministrazione il compito di convocare una riunione del Consiglio di amministrazione. Pertanto, non è necessario chiedersi se tutti i membri del Consiglio di amministrazione siano autorizzati ad agire.

25 Per quanto riguarda l'art. 715 CO, va notato che l'obbligo di convocazione del Consiglio di amministrazione spetta in ultima istanza alla società. Tale obbligo è esercitato solo dai suoi organi esecutivi. Su questa base, si deve affermare la legittimazione passiva della società.

26 Vi è controversia tra gli studiosi se anche il presidente del Consiglio di amministrazione sia legittimato passivamente. A nostro avviso, esiste un forte argomento a favore di una corrispondente legittimazione passiva, che deriva direttamente dal testo giuridico. Ad esempio, l'art. 715 CO assegna espressamente l'obbligo a un membro specifico del consiglio di amministrazione, ovvero il presidente del consiglio di amministrazione. Tuttavia, la questione non è stata chiarita dalla Corte Suprema.

27 Il valore in contestazione dell'azione di adempimento per la convocazione di una riunione del consiglio di amministrazione non è facile da determinare e può essere determinato o stimato sulla base delle decisioni che dovrebbero essere prese nella riunione o dei passi che potrebbero comportare.

BIBLIOGRAFIA

Blanc Mathieu, Renforcement du droit à l'information de l'administrateur, in: Bulletin CEDIDAC Nr. 74, 2018.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich, 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018.

Erb Catrina, Die richterliche Einberufung von Verwaltungsratssitzungen, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Betrand Schott, Wirtschaftsrecht in Bewegung, Zürich/St. Gallen 2008.

Facincani Nicolas/Gayler Lukas/Wissler Seline, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht.

Facincani Nicolas/Sutter Reto, Verwaltungsratssitzung, in: Trex 2023, S. 264 ff.

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Forstmoser Peter/Meyer-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat. Art. 707-726 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.

Kunz Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001.

Müller Roland, VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollierung, SJZ 107 (2011), S. 45 ff.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich 2021.

Peter Henry/Cavadini Francesca, in: Amstutz Marc/Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, Avec une introduction à la Loi sur les fusion, Basel 2008.

Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat Art. 707-722, 726 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph, Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023.

Plüss Adrian/Facincani Nicolas, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft , Art. 530-771 OR, 4. Aufl., Zürich 2023.

Oulevey Xavier/Levrat Jérôme, La société anonyme, Zürich 2023.

Stach Patrick, Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, 4. Aufl., 2023.

Vischer Markus/Endrass Yves, Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrates, AJP 18 (2009), S. 405 ff.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Wernli Martin, Kommentierung zu Art. 715 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2023.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 715a CO

Un commentario di Nicolas Facincani / Lukas Gayler / Seline Wissler

CITAZIONE SUGGERITA

Nicolas Facincani/Lukas Gayler/Seline Wissler, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Facincani/Gayler/Wissler, N. XXX zu Art. 715a OR.

5. Diritto di ottenere ragguagli e di consultare documenti

Art. 715a

[1] Ogni amministratore ha il diritto di ottenere ragguagli in tutti gli affari della società.

[2] In seduta, ogni amministratore, come anche ogni persona incaricata della gestione, è tenuto a fornire ragguagli.

[3] Fuori seduta, ogni amministratore può esigere dalle persone incaricate della gestione che lo ragguaglino sull'andamento degli affari e, con l'autorizzazione del presidente, su affari determinati.

[4] Nella misura necessaria per svolgere le proprie funzioni, ogni amministratore può chiedere al presidente che gli siano prodotti libri ed atti.

[5] Se il presidente respinge una domanda di ragguagli, di audizione o di consultazione, decide il consiglio d'amministrazione.

[6] Rimangono salvi gli ordinamenti o le decisioni del consiglio d'amministrazione che ampliano il diritto degli amministratori di ottenere ragguagli e di consultare i documenti.

STRUTTURA

I. Introduzione 226
II. Il gruppo di persone obbligate a fornire informazioni 227
III. Esercizio del diritto di informazione e di ispezione: la "catena di comando" 227
IV. L'ambito dei diritti di informazione 229
A. Il diritto all'informazione durante le riunioni del Consiglio di amministrazione 229
B. Il diritto illimitato all'informazione sullo svolgimento dei lavori al di fuori delle riunioni del consiglio di amministrazione 229
C. Diritto alla presentazione tempestiva e completa dei documenti prima della riunione del Consiglio di Legislazione 230
V. Diritto di ispezionare libri e registri 231
VI. L'aspetto temporale del diritto all'informazione ai sensi dell'art. 715a CO 232
VII. L'applicazione giudiziaria del diritto all'informazione e all'ispezione 233
Bibliografia 234

I. INTRODUZIONE

1 Il diritto dei membri del consiglio di amministrazione all'informazione e all'ispezione è stato disciplinato da una disposizione separata nell'art. 715a CO sin dalla revisione del diritto societario del 1991. Questa disposizione è rimasta invariata con la riforma del diritto societario del 2020, sebbene sia stata modificata la disciplina dei diritti di informazione degli azionisti.

2 L'art. 715a cpv. 1 CO stabilisce il principio del diritto illimitato all'informazione. Il paragrafo 2 specifica a sua volta le richieste di informazioni durante le riunioni del consiglio di amministrazione. Per le richieste di informazioni al di fuori delle riunioni del Consiglio, il paragrafo 3 limita parzialmente il diritto all'informazione. Il paragrafo 4 disciplina il diritto di ispezionare libri e registri. Il paragrafo 5 contiene una disposizione procedurale nel caso in cui il presidente del consiglio di amministrazione respinga una richiesta di informazioni, audizione o ispezione. Infine, il paragrafo 6 chiarisce che i regolamenti e le delibere del consiglio di amministrazione che estendono il diritto di informazione o di ispezione dei membri del consiglio di amministrazione sono consentiti. Pertanto, i diritti contenuti nei paragrafi da 1 a 4 possono essere qualificati come inalienabili o come standard minimi obbligatori. D'altra parte, le restrizioni di cui ai paragrafi 3 e 4 possono anche essere completamente eliminate o la cerchia dei soggetti obbligati a fornire informazioni può essere ampliata.

3 I membri del consiglio di amministrazione possono chiedere informazioni durante le riunioni del consiglio di amministrazione agli altri membri del consiglio di amministrazione e a qualsiasi altra persona presente a cui è affidata la gestione della società. Al di fuori delle riunioni del Consiglio di amministrazione, un membro del Consiglio di amministrazione può richiedere informazioni su singole operazioni solo previa autorizzazione del Presidente. Il consenso del Presidente del Consiglio di amministrazione è necessario anche per l'ispezione di libri e documenti.

4 Il diritto di ispezione e di informazione si colloca tra la necessità di informazioni da parte del Consiglio di amministrazione e il suo uso improprio. La responsabilità del Consiglio di amministrazione per le violazioni dei doveri presuppone un livello di conoscenza completo e, di conseguenza, anche un corrispondente accesso alle informazioni. Dall'altro lato, vi è l'urgente

necessità della società di prevenire eventuali abusi da parte di singoli membri del consiglio di amministrazione.

Da un lato, si può parlare di abuso se le informazioni vengono utilizzate nell'interesse personale di un membro del consiglio di amministrazione, per cui si presume che tale interesse personale sia contrario all'interesse della società e che il membro del consiglio di amministrazione debba quindi dimettersi. D'altra parte, l'abuso può verificarsi anche nel caso di divulgazione di segreti aziendali. Di conseguenza, in dottrina si discute se l'interesse della società alla segretezza sia in conflitto con il bisogno di informazioni del membro del consiglio di amministrazione o se possa limitarlo. 5

II. IL GRUPPO DI PERSONE OBBLIGATE A FORNIRE INFORMAZIONI

Già dal testo della legge si evince che i membri del consiglio di amministrazione e le persone incaricate della gestione della società sono tenuti a fornire informazioni (art. 715a cpv. 2 CO). Di conseguenza, l'obbligo di informazione si estende anche ai delegati, ai direttori, ai firmatari autorizzati, agli agenti e ai dipendenti che, sotto la supervisione della direzione, svolgono compiti di gestione in modo indipendente e con poteri propri. Pertanto, anche i membri taciti e di fatto del consiglio di amministrazione e i sostituti sono soggetti all'obbligo di informazione. Solo i dipendenti e gli ausiliari che non sono autorizzati a firmare sono esenti dall'obbligo di informazione. 6

III. ESERCIZIO DEL DIRITTO DI INFORMAZIONE E DI ISPEZIONE: LA "CATENA DI COMANDO"

La "catena di comando" per l'esercizio del diritto all'informazione e all'ispezione è strutturata come segue: 7

- Le richieste di informazioni devono essere rivolte in linea di principio al Presidente del Consiglio di amministrazione.
- Durante le riunioni del Consiglio di amministrazione, le richieste possono essere rivolte direttamente a tutte le persone tenute a fornire informazioni

(cfr. n. 3). In questo contesto, non è necessaria l'autorizzazione del Presidente o dell'intero Consiglio di amministrazione.

- Al di fuori delle riunioni del Consiglio di amministrazione, deve essere rispettata l'ordinaria "catena di comando", a meno che non sia diversamente previsto dal regolamento organizzativo. Ciò è importante in considerazione del fatto che deve essere garantita la parità di informazione di tutti i membri del Consiglio di amministrazione. Il presidente del consiglio di amministrazione deve quindi essere informato della richiesta di informazioni e della relativa risposta per poter informare, se necessario, gli altri membri del consiglio di amministrazione. Se il presidente deve decidere in merito a una richiesta di informazioni o di ispezione, deve farlo con la dovuta discrezione e ponderando gli interessi. Il presidente deve motivare il rifiuto di una richiesta ai sensi dell'art. 715a cpv. 3 e 4 CO. Se la richiesta viene respinta dal presidente, il membro del consiglio di amministrazione interessato può appellarsi al consiglio di amministrazione al completo, la cui decisione è definitiva e soggetta a revisione giudiziaria (cfr. n. 23 e segg.). Il consiglio di amministrazione deve decidere secondo gli stessi criteri del presidente. A nostro avviso, il membro che presenta la richiesta deve astenersi dalla decisione del consiglio di amministrazione al completo, in quanto potrebbe trovarsi in conflitto di interessi.

8 Le domande sullo svolgimento delle attività sono esenti dal diritto di appello. La relazione sull'andamento degli affari deve portare all'attenzione dei singoli membri del Consiglio di amministrazione la realizzazione o meno delle prospettive aziendali nell'ultimo periodo e gli eventi speciali.

9 Se il Consiglio di amministrazione ha costituito dei comitati che non sono presieduti dal presidente del Consiglio di amministrazione, la "catena di comando" è diversa. I membri del Consiglio di amministrazione che non fanno parte di questi comitati devono informarsi direttamente presso il presidente del comitato. Inoltre, la commissione deve essere in grado di ottenere informazioni direttamente dai membri del Consiglio di amministrazione nel corso del suo lavoro.

IV. L'AMBITO DEI DIRITTI DI INFORMAZIONE

A. Il diritto all'informazione durante le riunioni del Consiglio di amministrazione

Ai sensi dell'art. 715a cpv. 1 e 2 CO, il diritto all'informazione durante le riunioni del Consiglio di amministrazione è completo. Per diritto di informazione si intende che il consiglio di amministrazione ha diritto a ricevere informazioni su tutte le questioni riguardanti la società. Ciò comprende sia il diritto all'informazione sull'andamento generale degli affari, sia il diritto all'informazione dettagliata su singole operazioni concrete. L'unico prerequisito è che vi sia un certo collegamento tra il mandato del consiglio e le informazioni. Anche se il diritto all'informazione è principalmente limitato alle transazioni all'interno della società stessa, il diritto all'informazione di un membro del consiglio di amministrazione di una società madre si estende anche alle transazioni riguardanti la società controllata. Sono escluse dal diritto all'informazione le informazioni riguardanti gli affari privati dei dipendenti o quelle che servono a soddisfare gli interessi privati dei membri del consiglio di amministrazione. 10

Tutti i membri del consiglio di amministrazione e le persone incaricate della gestione della società hanno un dovere illimitato di fornire informazioni. Questo non significa solo rispondere alle domande poste. Piuttosto, le persone designate hanno anche l'obbligo di riferire spontaneamente al consiglio di amministrazione su questioni di rilievo. Infine, solo un consiglio di amministrazione informato può porre le domande giuste. 11

Il presidente deve fare in modo che le domande possano essere poste e anche rispondere dalla persona appropriata. In questo contesto, deve invitare le persone interessate alla riunione o raccogliere documenti scritti. Tuttavia, non si può pretendere dalle persone obbligate a fornire informazioni che siano sempre disponibili per le domande spontanee. In tal caso, piuttosto, le informazioni devono essere fornite non appena possibile. 12

B. Il diritto illimitato all'informazione sullo svolgimento dei lavori al di fuori delle riunioni del consiglio di amministrazione

Come correlazione alla responsabilità personale del consiglio di amministrazione, esso ha il diritto illimitato di ricevere informazioni 13

sull'andamento degli affari anche al di fuori delle riunioni del consiglio di amministrazione. Con l'approvazione del Presidente, il Consiglio di amministrazione può anche richiedere informazioni su singole operazioni. L'autorizzazione del Presidente del Consiglio di amministrazione è concessa in linea di principio. L'autorizzazione può essere negata solo nei limiti già descritti (si vedano in particolare i casi di abuso elencati al n. 5), fermo restando il principio di proporzionalità. Il principio di proporzionalità può anche portare ad accogliere solo parzialmente una richiesta di informazioni.

C. Diritto alla presentazione tempestiva e completa dei documenti prima della riunione del Consiglio di Legislazione

14 Nell'ambito del diritto all'informazione, i membri del consiglio di amministrazione hanno diritto alla presentazione tempestiva e completa dei documenti prima della rispettiva riunione. La portata dei documenti pertinenti dipende dall'ordine del giorno e dagli argomenti da discutere. In altre parole, esiste il diritto a un'informazione completa prima di una riunione del Consiglio di amministrazione. La legge non disciplina specificamente le informazioni da fornire in preparazione di una riunione del Consiglio di amministrazione. Il presidente del Consiglio di amministrazione è responsabile della preparazione e della presidenza della riunione. Secondo lo Swiss Code of Best Practice 2023, il presidente del Consiglio di amministrazione è il garante delle informazioni. In collaborazione con il comitato esecutivo, deve garantire che i membri del consiglio di amministrazione siano informati tempestivamente su tutti gli aspetti dell'azienda rilevanti per la formazione della volontà e la supervisione. In relazione al diritto alla presentazione tempestiva e completa dei documenti prima della riunione del consiglio, il Codice svizzero parla di "documenti chiaramente preparati e comprensibili" che devono essere messi a disposizione dei membri del consiglio. A nostro avviso, questa formulazione è convincente da un punto di vista fattuale, motivo per cui il Codice svizzero può essere utilizzato come ausilio interpretativo nella pratica.

15 I membri del consiglio di amministrazione dovrebbero, per quanto possibile, ricevere i documenti chiaramente predisposti prima della riunione, con la possibilità di consegnarli sia per posta che per via elettronica, indipendentemente dal fatto che la riunione si svolga fisicamente, elettronicamente o virtualmente in seguito. In caso contrario, il Presidente

provvederà a rendere disponibili i documenti per lo studio con sufficiente anticipo rispetto alla riunione. In questo modo si garantisce che tutti i membri del Consiglio di amministrazione possano formarsi un'opinione informata in merito alle decisioni.

I documenti per una riunione del Consiglio di amministrazione devono essere disponibili in tempo utile. In caso contrario, i membri del Consiglio di amministrazione devono intervenire. Se necessario, devono proporre alla riunione di respingere o rinviare l'ordine del giorno. Il periodo di tempo considerato ragionevole deve essere valutato caso per caso. 16

V. DIRITTO DI ISPEZIONARE LIBRI E REGISTRI

I membri del consiglio di amministrazione hanno il diritto individuale di ispezionare libri e registri sia all'interno che all'esterno delle riunioni del consiglio. I termini devono essere interpretati in senso lato per includere tutti i documenti aziendali registrati su supporti scritti o elettronici a cui la società ha accesso. In particolare, i soci hanno diritto ai verbali delle riunioni e alla relativa documentazione, a meno che non vi sia un caso di abuso (cfr. n. 5). Ciò vale anche per i soci che si trovano in una situazione di ricusazione. 17

Il termine "libri" comprende i libri contabili veri e propri ai sensi degli artt. 957 e segg. CO, nonché la corrispondenza. Tuttavia, ciò non include il registro delle azioni, in quanto ogni membro del Consiglio di amministrazione ha un diritto di ispezione illimitato al riguardo, in quanto ne condivide la responsabilità. Infine, ogni membro del Consiglio di amministrazione ha libero accesso ai fascicoli del Consiglio di amministrazione, dei suoi comitati e in particolare del Comitato di presidenza. Il termine "fascicoli" comprende fondamentalmente tutti i documenti relativi alle attività dell'azienda, in particolare anche tutti i dati informatici rilevanti. 18

Il diritto di ispezione non include il diritto incondizionato di fare copie dei documenti e di portarli via. Tuttavia, il presidente può consentire la copia di parti rilevanti della documentazione interna nell'interesse dell'azienda. Il diritto di ispezione deve essere esercitato di persona, per cui il membro del Consiglio di amministrazione che ispeziona i documenti può presentare al Presidente la richiesta di essere accompagnato da un esperto competente. 19

Il diritto di ispezione ai sensi dell'art. 715a cpv. 4 CO è più limitato dalla legge. Pertanto, i libri e i registri possono essere ispezionati solo "nella misura 20

necessaria allo svolgimento di un compito". Il soddisfacimento di questo requisito dipende principalmente dall'organizzazione della società in questione. Il membro del consiglio di amministrazione che richiede l'ispezione deve indicare al presidente del consiglio di amministrazione in che modo l'ispezione è rilevante per lo svolgimento dei suoi compiti. In dottrina si discute se la richiesta di ispezione (o anche di informazioni) al presidente del consiglio di amministrazione possa essere fatta per iscritto. Per ragioni probatorie, la forma scritta della richiesta (ed eventualmente della relativa risposta) può essere necessaria. A nostro avviso, la forma scritta può essere richiesta e deriva dal diritto e dal dovere del consiglio di amministrazione di organizzarsi. Tuttavia, i requisiti per la forma non dovrebbero essere troppo elevati in ogni caso: Una richiesta di ispezione via e-mail dovrebbe essere considerata sufficiente in ogni caso, anche se il regolamento organizzativo richiede la forma scritta. Il presidente decide se concedere l'accesso al membro del Consiglio di amministrazione.

VI. L'ASPETTO TEMPORALE DEL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE AI SENSI DELL'ART. 715A CO

21 Il diritto all'informazione inizia con l'elezione a membro del consiglio di amministrazione e termina con l'uscita di quest'ultimo al termine del mandato, con le dimissioni o con la revoca del mandato. Dopo le dimissioni da membro del Consiglio di amministrazione, l'interessato diventa un azionista ordinario o un terzo esterno che non ha diritto a ulteriori informazioni. In linea di principio, ciò vale anche se la richiesta di informazioni riguarda circostanze o documenti risalenti al periodo di attività del consiglio di amministrazione. Ciò è giustificato dalla mancanza di interesse di un ex membro del consiglio di amministrazione a far valere il diritto all'informazione e alla consultazione. Se un membro del consiglio di amministrazione rischia di essere licenziato, ad esempio perché il suo licenziamento è all'ordine del giorno della prossima assemblea generale, in linea di principio è possibile richiedere al tribunale competente misure cautelari (anche superprovvisorie). Tuttavia, tali misure sono concesse solo in presenza di requisiti sostanzialmente più stringenti.

22 Solo nel caso in cui un ex membro del consiglio di amministrazione dipenda dall'accesso alle informazioni richieste durante il precedente mandato a causa di una controversia legale - in particolare a causa di richieste di responsabilità

o di onorari - esiste un diritto corrispondente nei confronti della società anche dopo aver lasciato l'incarico.

VII. L'APPLICAZIONE GIUDIZIARIA DEL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE E ALL'ISPEZIONE

Per molto tempo, la questione della possibilità di far valere giudizialmente il diritto all'informazione dei membri del consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 715a CO mediante un'azione di adempimento è stata molto controversa in dottrina. La legge non prevede esplicitamente la possibilità di un'azione. Nel 2018, il Tribunale federale si è pronunciato a favore dell'ammissibilità di un'azione di adempimento. Di conseguenza, il diritto all'informazione può essere fatto valere in tribunale anche al di fuori delle riunioni del consiglio di amministrazione. Dopo un'approfondita discussione delle opinioni dottrinali e un'interpretazione della disposizione in questione, il Tribunale federale è giunto alla conclusione che lo scopo dell'art. 715a CO è quello di garantire che il consiglio di amministrazione possa svolgere in modo efficace ed efficiente i propri compiti di gestione e supervisione. Se il legislatore ha quindi ipotizzato che i diritti di informazione tutelati dall'art. 715a CO fossero necessari per l'effettivo adempimento dei suddetti compiti, questo scopo in particolare depone a favore della possibilità di agire in giudizio. Inoltre, la consapevolezza che i diritti di informazione non sono azionabili potrebbe dare ingiustificatamente impulso al rifiuto di informazioni da parte del consiglio di amministrazione. A questo proposito, un'azione per la nullità della delibera del consiglio di amministrazione non risolverebbe la situazione se non portasse alla concessione di informazioni. Tuttavia, il tribunale deve sempre esaminare in ogni singolo caso se le informazioni richieste sono necessarie per adempiere al mandato del consiglio di amministrazione o se l'ispezione sarebbe contraria agli interessi prevalenti della società. 23

La decisione del Tribunale federale può essere confermata, in quanto i diritti di informazione e di ispezione dei membri del consiglio di amministrazione di cui all'art. 715a CO sono un prerequisito fondamentale per il loro doveroso adempimento dei doveri di cui all'art. 717 CO. Tale azione di adempimento rientra nell'ambito del procedimento sommario. 24

25 Il diritto di cui all'art. 715a CO è di natura personale e non può essere ceduto. Poiché le informazioni devono essere rese disponibili attraverso un'azione di adempimento, che è finalizzata all'adempimento dei doveri statutari, solo la persona che è ancora membro del consiglio di amministrazione non solo al momento dell'avvio dell'azione, ma anche al momento della pronuncia della sentenza, è in linea di principio autorizzata ad agire. Un'eccezione deve essere fatta nell'esempio già citato dell'ex membro del consiglio di amministrazione che dipende dalle informazioni nel contesto di una causa (cfr. n. 22). Non è il presidente del consiglio di amministrazione o il consiglio di amministrazione nel suo complesso ad avere il diritto di agire in giudizio, ma la società.

BIBLIOGRAFIA

Bächtold Thomas C., Die Information des Verwaltungsrates, Bern 1997.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Bühler Christoph B., Kommentierung zur Art. 715a OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK-Bühler).

Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich 2011.

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Zürich 2021.

Forstmoser Peter/Meyer-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Killias Laurent, Gerichtliche Durchsetzung von Informationsrechten durch den einzelnen Verwaltungsrat, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, S. 337–349.

Krneta Georg, Praxiskommentar Verwaltungsrat. Art. 707–726 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005.

Meyer-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.

Moschen Corina/von der Crone Hans Caspar, Gerichtliche Durchsetzung der Informationsrechte nach Art. 715a OR, SZW 2018, S. 304–313.

Müller Lukas/David P. Henry, Transaktionen mit nahestehenden Personen im Unternehmensalltag – Eine praxisorientierte Perspektive und Empfehlungen, in: Müller Matthias P.A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel – Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich et al. 2020, S. 45–70.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich 2021.

Naef Monika/Rieger Sebastian, Zur Durchsetzung von Informationsrechten nach Art. 715a OR, AJP 5/2018, S. 600–608.

Plüss Adrian/Facincani-Kunz Dominique, Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530–771 OR – VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Plüss/Facincani-Kunz).

Roth Pellanda Katja, Organisation des Verwaltungsrats, Zürich 2007.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Wernli Martin/Rizzi Marco A., Kommentierung zu Art. 715a OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Wernli/Rizzi).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 734f CO

Un commentario di Lucas Forrer / Matthias Müller

CITAZIONE SUGGERITA

Lucas Forrer / Matthias Müller, Kommentierung zu Art. 734f OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Forrer / Müller, N XXX zu Art. 734f OR.

VII. Rappresentanza dei sessi nel consiglio d'amministrazio-ne e nella direzione

Art. 734f

Se uno dei sessi non è rappresentato almeno in ragione del 30 per cento nel consiglio d'amministrazione e almeno in ragione del 20 per cento nella direzione di una società che supera i valori soglia di cui all'articolo 727 capoverso 1 numero 2, la relazione sulle retribuzioni indica:

i motivi per i quali il sesso in questione non è rappresentato come previsto; e
i provvedimenti per promuoverne la rappresentanza.

STRUTTURA

I. Introduzione 240
A. Panoramica del contenuto e del contesto del provvedimento 240
B. Scopo della norma 241
C. Situazione giuridica; confronto con altri Paesi 241
D. Posizione costituzionale di partenza 242
II. Storia delle origini 243
A. Situazione giuridica precedente alla modifica della Legge sulle società del 2020 243
1. Legge 243
a. A livello di consiglio di amministrazione 243
b. A livello di comitato esecutivo 244
2. Autoregolazione 244
B. Corso dei lavori legislativi 244
C. Entrata in vigore 245
III. Sistema giuridico e natura giuridica 245
A. Posizione sistematica nella legge 245
B. Carattere generale della norma 246
1. Norma obbligatoria 246
2. Lex specialis 246
3. Regola atipica del comply or explain 247
a. Classificazione teorica delle norme; norme tipiche e atipiche 247
b. Critica del concetto di "rispetta o spiega 248
IV. I fatti 249
A. Ambito di applicazione personale 249
1. Ambito di applicazione personale e spaziale 249
a. Costituzione in Svizzera; quotazione in borsa; doppia soglia di valore 249
b. "Opt-in 251
2. Ambito di applicazione personale e materiale 251
3. Destinatari della norma 251
B. Livello e valutazione dei parametri di riferimento 252
1. Livello 252
2. Base di valutazione; calcolo 252
3. Attuazione pratica 254
C. Ambito di applicazione temporale (periodo transitorio) 254
V. Conseguenze legali 255
A. Conformarsi o spiegare 255
B. Obbligo di segnalazione 255
1. Recipiente della relazione: relazione sulla remunerazione 255
2. Contenuto e densità del rapporto 256
3. Controllo da parte dei revisori 258

VI. Esecuzione 260
A. Strumenti dell'azionista 260
1. Panoramica 260
2. Diritto all'informazione e all'ispezione 260
3. Responsabilità in base al diritto societario 261
B. Rivendicare un "atteggiamento"? 262
I materiali 263
Bibliografia 264

I. INTRODUZIONE

A. Panoramica del contenuto e del contesto del provvedimento

1 L'art. 734f CO inserisce per la prima volta nel diritto societario svizzero dei parametri di riferimento vincolanti in materia di genere. Di conseguenza, se i parametri di legge non sono rispettati, le società coperte dalla norma devono riferire sulle ragioni di questa sottorappresentazione e sulle misure adottate per promuovere il genere sottorappresentato. Nella vita politica di tutti i giorni, il termine "benchmark di genere" è anche indicato con l'accattivante ma poco precisa parola d'ordine "quota femminile". Anche solo uno sguardo a questo meccanismo giuridico rivela che non si tratta di una vera e propria quota, ma solo (ma comunque) di una linea guida con forza vincolante di "grado minore". Questa peculiarità sarà discussa in dettaglio più avanti. A differenza di molti omologhi stranieri, l'art. 734f CO è caratterizzato dalla tanto decantata inclinazione elvetica ("federale amichevole") al compromesso e alla moderazione.

2 L'art. 734f CO è una disposizione realmente motivata dal punto di vista socio-politico (e quindi giuridico). È un'espressione della tendenza del nostro tempo, in cui il privato e il pubblico sono sempre più intrecciati. L'"avanzamento delle donne" non è più una questione che riguarda solo lo Stato (il pubblico), ma anche le aziende private. Non sorprende quindi che la modifica della Legge sulle società per azioni del 2020 abbia rischiato di fallire completamente a causa di questa disposizione, che non è certo decisiva nel complesso - tanto era in grado di scaldare gli animi politici! In ogni caso, nella letteratura sul diritto societario, è stata giustamente sollevata la preoccupazione che il diritto societario, nonostante la sua straordinaria importanza per la vita economica, non sia il luogo adatto per la realizzazione di desideri socio-politici. L'uguaglianza di genere è una questione che riguarda la società nel suo complesso e l'economia nel suo insieme; un collegamento interno, stretto ed esclusivo con il diritto societario le è estraneo. Lo scopo del diritto societario (del diritto societario in generale) è piuttosto quello di garantire il funzionamento dell'organizzazione di diritto societario nell'interesse dei "proprietari" economici della società (cioè, nel caso della società per azioni, gli azionisti); le società per azioni, anche quelle quotate in borsa, non fanno parte del pubblico (politico), ma sono soggetti

dell'ordinamento giuridico privato al servizio dei loro proprietari (azionisti). Naturalmente, il legislatore, nella sua pienezza di potere, non ha bisogno di preoccuparsi di considerazioni di principio così sistematiche e teoriche.

B. Scopo della norma

Lo scopo dell'art. 734f CO è quello di realizzare il mandato costituzionale conferito al legislatore di garantire l'effettiva parità tra uomini e donne sul lavoro (art. 8 cpv. 3 frase 2 BV). Sebbene la formulazione della disposizione non faccia riferimento a un genere specifico e sia quindi formulata in modo neutro, dalla situazione giuridica e dalla storia della disposizione si evince chiaramente che l'obiettivo della disposizione è quello di aumentare la percentuale di donne nella dirigenza. Secondo il messaggio del Consiglio federale, la disposizione intende inviare un chiaro segnale alla comunità imprenditoriale affinché "intensifichi gli sforzi per promuovere attivamente e globalmente le donne nel management, il genere che è ancora significativamente sottorappresentato nel top management". Tuttavia, la disposizione non cerca di imporre con la forza una specifica proporzione tra i sessi nella gestione, ma solo di lavorare per raggiungere questo obiettivo attraverso la rendicontazione obbligatoria. 3

C. Situazione giuridica; confronto con altri Paesi

Dal punto di vista empirico, è chiaro che le donne sono meno rappresentate degli uomini nei piani dirigenziali delle grandi aziende (per lo più quotate) in Svizzera. Tuttavia, da qualche tempo a questa parte si nota una tendenza evidente verso una rappresentanza equilibrata di entrambi i sessi sia nei consigli di amministrazione che nei consigli esecutivi di tali società. Non solo, a volte i media dichiarano che l'azienda intende aumentare in modo significativo la percentuale di donne nelle posizioni dirigenziali più importanti nei prossimi anni. Dal 2012, gli investitori hanno persino mostrato una chiara preferenza per i membri femminili dei consigli di amministrazione, anche se le linee guida di genere sono state ufficialmente incluse nella revisione del diritto societario solo alla fine del 2014. Secondo lo Schilling Report 2022, la percentuale di donne nei consigli di amministrazione delle 100 aziende svizzere più importanti è ora del 26% (2010: 10%) e del 17% (2005: 4%) nei consigli di amministrazione. La percentuale di donne nei consigli di amministrazione delle società quotate SMI è leggermente superiore: 30% 4

(2010: 11%) e 19% (2010: 5%) nei consigli di amministrazione. Secondo la rete European Women on Boards, la Svizzera si colloca al 15° posto su 19 in termini di percentuale di donne nei consigli di amministrazione e al 14° in termini di consigli di gestione. Il divario (attuale) rispetto ai Paesi europei si spiega probabilmente con il fatto che da anni si sta cercando di aumentare in modo significativo la percentuale di donne nel management, in particolare attraverso quote di genere vincolanti.

D. Posizione costituzionale di partenza

5 Le questioni costituzionali associate all'introduzione dei benchmark di genere non possono e non devono essere discusse in dettaglio in questa sede. L'art. 734f CO interferisce con la libertà economica tutelata dal diritto costituzionale, che comprende, tra l'altro, il diritto degli uomini al libero accesso all'attività lavorativa e imprenditoriale nel settore privato, nonché il diritto delle imprese private di scegliere liberamente i propri rapporti di lavoro e di organizzarsi liberamente (libertà di determinare la composizione dei propri organi direttivi).

6 Tuttavia, la dottrina, citando l'art. 8, comma 3, frase 2 della Costituzione federale, ritiene che i parametri di genere e l'approccio scelto di rispettare o spiegare, in quanto misure relativamente "blande", rientrino nei requisiti di legge; sono in definitiva proporzionati e costituzionalmente lesivi dei diritti fondamentali in questione. Nel suo messaggio sul nuovo diritto societario, il Consiglio federale ha anche affermato che, in considerazione dell'obbligo di dichiarare solo il mancato rispetto dei parametri di genere, la restrizione della libertà economica è proporzionata. L'intervento dello Stato è stato giustificato dall'articolo 8, comma 3, frase 2, della Costituzione federale, secondo il quale la legge deve garantire l'uguaglianza giuridica ed effettiva tra uomini e donne, soprattutto sul lavoro; ciò comprendeva anche misure volte a compensare la sottorappresentazione delle donne negli organi direttivi delle aziende private o la definizione di figure target.

7 Questa giustificazione del Consiglio federale e della letteratura è stata giustamente criticata in letteratura: La sottorappresentazione delle donne negli organi direttivi, accertata empiricamente, non porta necessariamente a concludere che vi sia una mancanza di uguaglianza (discriminazione). Al contrario, la Corte Suprema Federale ha chiaramente respinto la parità di risultato in questo senso. A prescindere da ciò, non dovrebbero esserci

problemi costituzionali che possano far apparire incostituzionali i parametri di genere. Certo, con o nonostante l'affermazione dell'ammissibilità costituzionale dei benchmark di genere, la questione politico-giuridica se abbia senso introdurli nel settore privato rimane senza risposta. Il fatto che i benchmark di genere si concentrino esclusivamente sulla rappresentanza equilibrata di entrambi i sessi ai vertici delle grandi aziende potrebbe distogliere l'attenzione dalle sfide reali per la parità di genere, che si trovano, ad esempio, nell'area della creazione di condizioni per una migliore conciliazione tra famiglia e lavoro.

II. STORIA DELLE ORIGINI

A. Situazione giuridica precedente alla modifica della Legge sulle società del 2020

1. Legge

a. A livello di consiglio di amministrazione

Finora le quote o i parametri di riferimento giuridicamente vincolanti per la rappresentanza di genere erano estranei al diritto societario svizzero. Prima dell'entrata in vigore dell'art. 734f CO a partire dal 1° gennaio 2021, l'assemblea generale degli azionisti era libera di introdurre nello statuto un requisito di eleggibilità con effetto sul consiglio di amministrazione, volto a garantire una certa rappresentanza (percentuale) minima di genere. La questione dell'ammissibilità di un requisito di idoneità basato sul genere è stata finora discussa solo in modo superficiale nella letteratura giuridica. Come obiezione contro l'ammissibilità di una norma di legge riguardante la rappresentanza di genere, sono stati fatti valere in particolare la tutela della personalità e il principio della parità di trattamento. Tuttavia, questo punto di vista non può essere accettato. Non è chiaro perché la considerazione di altre caratteristiche personali, come l'età o la nazionalità, dovrebbe essere consentita nello statuto, ma non il genere. L'assemblea generale (di una società quotata in borsa) aveva quindi già la possibilità, in base alla vecchia legge, di regolamentare il genere a livello di consiglio di amministrazione. 8

b. A livello di comitato esecutivo

9 L'assemblea generale degli azionisti può limitare la competenza di delega del consiglio di amministrazione mediante una disposizione dello statuto (art. 627 n. 12 CO o, in futuro, art. 716b cpv. 1 RVR). Pertanto, sia prima che dopo l'entrata in vigore dell'art. 734f CO, sono da considerarsi ammissibili non solo le disposizioni statutarie sulla rappresentanza adeguata dei sessi, ma anche le quote percentuali nel consiglio di amministrazione.

2. Autoregolazione

10 Per molto tempo, il Codice svizzero di buone prassi per la corporate governance (Codice svizzero) non conteneva alcuna norma sulla rappresentanza di genere negli organi direttivi. Sullo sfondo del dibattito politico relativo alla richiesta di una maggiore rappresentanza femminile negli organi di gestione, il Codice svizzero nella versione rivista del 2014 raccomanda, nella sezione 12 ("Composizione del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo"), che il consiglio di amministrazione includa membri sia di sesso maschile che femminile, con l'obbligo di "conformarsi o spiegare". Allo stesso tempo, però, si sottolinea che i candidati di entrambi i sessi devono avere le competenze necessarie per formarsi un'opinione propria, al fine di garantire uno scambio critico di idee con il comitato esecutivo.

B. Corso dei lavori legislativi

11 Né la bozza preliminare del 2005 né quella del 2007 del nuovo diritto societario contenevano disposizioni sulla composizione del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo. Non sono state nemmeno incluse disposizioni di trasparenza per la diversità di genere nella governance aziendale. Solo nella bozza preliminare del 28 novembre 2014 il Consiglio federale ha presentato una proposta di disposizione legale sulla diversità di genere, quasi identica all'attuale disposizione dell'art. 734f CO ("valori orientativi per la rappresentanza di entrambi i sessi nel consiglio di amministrazione e nell'organo esecutivo" delle grandi società quotate).

12 Durante il processo di consultazione, l'obiettivo di una migliore rappresentanza femminile nei consigli di amministrazione e nei consigli direttivi delle società quotate è stato generalmente considerato auspicabile.

Tuttavia, le opinioni sull'attuazione concreta erano controverse. Le associazioni imprenditoriali e i partiti borghesi hanno chiesto di rinunciare a una norma giuridica. Una posizione diametralmente opposta è stata assunta da diverse organizzazioni e partiti per i diritti delle donne appartenenti allo spettro socialdemocratico, che hanno accolto con favore il regolamento e talvolta hanno chiesto meccanismi di controllo e sanzioni più efficaci.

Nonostante questa situazione iniziale, nella bozza del 2016 il Consiglio federale ha mantenuto la sua proposta originaria del 2014, secondo la quale, a differenza del 30% di donne nei consigli di amministrazione richiesto nella bozza preliminare del 2014, ora dovrebbe essere solo il 20%, e questo dopo un periodo di transizione più lungo di dieci anni anziché cinque. Per i membri del Consiglio di amministrazione, la proposta del progetto preliminare 2014 è rimasta invariata. 13

Il Consiglio nazionale ha approvato il regolamento proposto dal Consiglio federale nella bozza del 2016 nella sessione estiva del 2018 dopo accese discussioni - con una maggioranza di un voto. Il 19 giugno 2019, il Consiglio degli
Stati si è unito al Consiglio nazionale con 27 voti favorevoli e 13 contrari. 14

C. Entrata in vigore

La revisione del diritto societario è stata adottata il 16 giugno 2020. A differenza degli altri adeguamenti, l'introduzione delle linee guida sul genere non ha richiesto alcuna disposizione di attuazione. Nella riunione dell'11 settembre 2020, il Consiglio federale ha quindi emanato le relative disposizioni sui benchmark di genere con effetto dal 1° gennaio 2021. 15

III. SISTEMA GIURIDICO E NATURA GIURIDICA

A. Posizione sistematica nella legge

L'art. 734f CO si troverà in futuro nella quarta sezione relativa alla remunerazione delle società quotate in borsa (art. 732 e segg. CO), che è stata inserita nel corso della revisione del diritto societario nell'estate del 2020 ai fini del trasferimento dell'OaEC nel CO ed entrerà in vigore nella sua interezza a partire dal 1° gennaio 2023, e sarà in futuro, secondo la sua nota marginale, inclusa nelle disposizioni sulla relazione sulla remunerazione (art. 16

734 e segg. CO). Tuttavia, non esiste un collegamento dogmatico o addirittura tematico tra le norme che regolano la retribuzione dei dirigenti e quelle che regolano i parametri di genere. L'unico punto in comune è che entrambi servono alla realizzazione di desideri socio-politici: nel primo caso, la prevenzione di "fregature" da parte dei dirigenti, nel secondo, la creazione di "uguaglianza" nella gestione. Il Consiglio federale ha giustificato il collegamento giuridico-sistematico alla relazione sulla remunerazione con la motivazione che ciò eviterebbe la creazione di un nuovo strumento nel diritto societario. Sebbene per ragioni di "purezza" dogmatico-sistematica sarebbe stato preferibile includere le disposizioni sui parametri di genere nelle disposizioni sulla composizione del consiglio di amministrazione (art. 707 e segg. CO), l'argomentazione pragmatica del Consiglio federale è certamente in linea con la propensione svizzera alla praticabilità.

B. Carattere generale della norma

1. Norma obbligatoria

17 L'art. 734f CO è una norma imperativa. Sebbene ciò non sia facilmente desumibile dalla formulazione della disposizione, l'interpretazione, in particolare alla luce dello scopo della disposizione, non consente ragionevolmente di giungere a una conclusione diversa. Se la società potesse rinunciare alle disposizioni sulle norme di genere, ad esempio nel suo statuto, l'intenzione del legislatore sarebbe ridotta all'assurdo. Le questioni di politica legale di qualsiasi tipo che vengono elevate al rango di legge devono, di norma, essere di natura obbligatoria. Il "grado di coercizione" dell'art. 734f CO è tuttavia ridotto a causa della particolare natura giuridica di questa norma.

2. Lex specialis

18 L'art. 734f CO è una lex specialis. Questa caratterizzazione è ovviamente poco significativa finché non viene spiegato fino a che punto si estende l'ambito di applicazione di questa lex specialis e qual è il suo rapporto con la lex generalis. La regola "lex specialis derogat legi generali" è una regola puramente formale e quindi poco produttiva, che acquista significato solo attraverso l'interpretazione della lex specialis, in cui soprattutto la teleologia gioca un ruolo importante. Per quanto riguarda l'art. 734f CO, si può affermare che se tutti gli elementi costitutivi di questa norma sono soddisfatti, essa sostituisce (deroga) l'art. 698 cpv. 2 n. 2 CO relativo al libero diritto

dell'assemblea generale di eleggere i membri del consiglio d'amministrazione e l'art. 716b cpv. 1 CO relativo al potere del consiglio d'amministrazione di scegliere liberamente le persone alle quali intende trasferire la gestione. Tuttavia, la deroga si verifica solo nei limiti dell'ambito di applicazione dell'art. 734f CO e delle conseguenze giuridiche disposte da questa norma. In particolare: poiché la conseguenza giuridica dell'art. 734f CO - ossia l'obbligo di motivazione - non è in conflitto inconciliabile con le conseguenze giuridiche dell'art. 698 cpv. 2 n. 2 CO o dell'art. 716b cpv. 1 CO - ossia l'efficacia giuridica dell'atto di elezione o di trasferimento - queste conseguenze giuridiche non sono sostituite da tale conseguenza giuridica. Sebbene l'art. 734f CO sia una lex specialis rispetto a queste due disposizioni, il suo ambito di applicazione è limitato e le sue conseguenze giuridiche si aggiungono solo a quelle disposte da queste leges generales, senza sostituirle (derogarle).

3. Regola atipica del comply or explain

a. Classificazione teorica delle norme; norme tipiche e atipiche

Se una società non rispetta i parametri di riferimento ai sensi dell'art. 734f CO, deve spiegare nella relazione sulla remunerazione i motivi per cui il genere non è rappresentato nel consiglio di amministrazione o nell'organo esecutivo nella proporzione prevista da questa disposizione e quali misure intende adottare per promuovere questo genere. A differenza di altri Paesi - come la Germania o la Norvegia - in Svizzera non esistono quote vincolanti, la cui violazione comporterebbe sanzioni legali "severe" (come la nullità dell'atto elettorale o addirittura una multa). La conseguenza giuridica è piuttosto l'obbligo di giustificare un comportamento "conforme alle norme". Questo metodo tecnico-giuridico si chiama "rispetta o spiega". A causa di questo obbligo di motivazione, l'art. 734f CO non è una lex imperfecta (una norma la cui violazione non prevede una conseguenza giuridica); è anche improbabile che esista una vera e propria lex minus quam perfecta (una norma la cui violazione non comporta la nullità dell'atto giuridico, ma una sanzione). In definitiva, l'art. 734f CO si colloca a metà strada. 19

La tecnica del comply-or-explain proviene dalla sfera giuridica anglosassone. In Svizzera è utilizzato principalmente nell'autoregolamentazione (cfr. ad esempio l'art. 7 DCG e il preambolo del Codice svizzero); tuttavia, era estraneo al Codice delle obbligazioni - almeno fino all'entrata in vigore 20

dell'art. 734f CO. Una disposizione conforme o esplicita è caratterizzata da una riduzione del suo effetto normativo (il suo grado di forza vincolante, il suo "grado di coercizione") rispetto alle norme "ordinarie". Permette al destinatario della norma di eludere il "comando" della legge giustificando l'inadempienza. Questa tecnica normativa crea quindi un margine di manovra per la copertura oggettivamente appropriata di casi speciali (discrezionalità) e quindi aumenta anche l'accettazione (politica) della disposizione - cosa da non trascurare, soprattutto nel caso di disposizioni fortemente motivate dal punto di vista socio-politico come l'art. 734f CO.

21 Alla luce di queste considerazioni, tuttavia, l'art. 734f CO si rivela una forma atipica di disposizione "comply or explain". Nella sua forma tipica, "pura", una clausola "rispetta o spiega" afferma prima un dovere nei suoi fatti ("se") e poi determina nella sua conseguenza legale ("allora") come la violazione di questo dovere deve essere giustificata. L'art. 734f CO si discosta da questo schema nella misura in cui, a rigore, non vi è alcun obbligo nei fatti: Un obbligo nel senso di una quota minima per un certo rapporto tra i sessi non esiste fin dall'inizio (la formulazione non parla nemmeno di un "valore guida", sebbene il messaggio del Consiglio federale utilizzi questo termine in diverse occasioni). Di conseguenza, la legge non richiede alcuna scusante da parte della società in caso di "non conformità", ma solo una giustificazione per la sottorappresentazione del genere. L'opinione espressa dalla dottrina secondo cui "spiegare" non può essere un sostituto di "rispettare" in considerazione dello scopo dell'art. 734f CO e quindi ancorare un vero e proprio dovere di osservare il parametro di riferimento nella legge non riconosce il carattere atipico di questa norma, secondo l'opinione qui rappresentata. Se è indubbiamente vero che il legislatore voleva promuovere la parità tra i sessi con l'art. 734f CO, ha deliberatamente scelto (anche nel senso di un compromesso politico) la variante atipica della tecnica comply or explain. Questa decisione fondamentale del legislatore non può essere messa da parte con un semplice riferimento allo scopo (presunto) della norma.

b. Critica del concetto di "rispetta o spiega

22 In assenza della minaccia di sanzioni "severe" (civili, per non parlare di quelle penali), l'effetto del concetto di comply-or-explain è stato messo in discussione dalla dottrina in varie occasioni. È vero che le imprese sono libere di decidere se rispettare o meno i parametri di riferimento previsti dall'art.

734f CO; non si tratta di "quote obbligatorie". Tuttavia, sono obbligatori per quanto riguarda l'obbligo di rendicontazione. La conclusione (sostanzialmente corretta) che ne deriva, secondo cui l'art. 734f CO è molto probabilmente una disposizione sulla trasparenza, deve tuttavia essere temperata. Per ragioni di reputazione e di "correttezza politica", probabilmente si creerà una costrizione di fatto o sociale o economica a rispettare "volontariamente" le linee guida sul genere. Il legislatore ha lasciato al potere di autoregolamentazione dei mercati dei capitali il compito di esercitare un effetto disciplinare o addirittura sanzionatorio sulle società interessate. Tuttavia, questo effetto può verificarsi solo se l'art. 734f CO è accettato dai partecipanti al mercato dei capitali e può quindi essere applicato - cosa che, alla luce dell'onnipresente tendenza ESG, si può presumere almeno tra gli investitori istituzionali interessati. Inoltre, l'art. 734f CO dovrebbe avere un effetto di autodisciplina anche sui consigli di amministrazione delle società quotate in borsa, in quanto essi sono tenuti per legge a occuparsi regolarmente della "politica di genere". "Lontano dagli occhi, lontano dal cuore: questo non sarà più possibile in futuro". Alla luce di queste considerazioni, l'art. 734f CO dovrebbe certamente rivelarsi uno strumento adatto a promuovere la causa dell'uguaglianza di genere, senza limitare indebitamente il margine di manovra delle imprese che è necessario nella pratica economica.

IV. I FATTI

A. Ambito di applicazione personale

1. Ambito di applicazione personale e spaziale

a. Costituzione in Svizzera; quotazione in borsa; doppia soglia di valore

In virtù del principio di costituzione, l'art. 734f CO si applica innanzitutto solo alle società con sede in Svizzera (cfr. art. 154 cpv. 1 DPI, inoltre art. 640 CO). Il campo di applicazione personale dell'art. 734f CO è quindi limitato da un lato dall'art. 732 cpv. 1 RVR e dall'altro - in virtù del riferimento all'art. 734f CO - dall'art. 727 cpv. 1 n. 2 CO. L'art. 732 cpv. 1 RVOR stabilisce che le disposizioni della quarta sezione (che comprende l'art. 734f CO) si applicano alle società le cui azioni sono (almeno parzialmente) quotate in borsa. L'art. 727 cpv. 1 comma 2 CO prevede tre diverse soglie (a. totale di bilancio di 20 milioni di 23

franchi svizzeri; b. fatturato di 40 milioni di franchi svizzeri; c. 250 dipendenti a tempo pieno in media annua) e richiede che almeno due di queste soglie siano superate in due esercizi consecutivi affinché la società sia obbligata a sottoporsi a una revisione ordinaria. L'art. 734f CO si applica quindi solo se questi requisiti sono soddisfatti. In sintesi, l'art. 734f CO si applica solo alle società quotate nazionali con una certa rilevanza economica. La norma non si applica alle società costituite ai sensi dell'art. 763 CO (società e istituzioni istituite da leggi cantonali speciali e amministrate con la partecipazione di autorità pubbliche) o che hanno solo certificati di partecipazione, certificati di godimento o obbligazioni quotate in borsa (cfr. anche art. 732 cpv. 1 riv. e contr.). Tuttavia, è irrilevante che la società nazionale abbia quotato le sue azioni in Svizzera o all'estero, che le sue azioni abbiano una trasferibilità limitata o che siano al portatore o nominative.

24 Il legislatore ha deliberatamente limitato l'ambito personale dell'art. 734f CO rispetto a quello generale dell'art. 732 ss. CO basandosi sul criterio aggiuntivo della rilevanza economica. Il Consiglio federale ha sostenuto che le società quotate più piccole, in particolare quelle non quotate sul Main Standard della SIX Exchange, non dovrebbero rientrare nel campo di applicazione dell'art. 734f CO. In letteratura, questa limitazione è considerata ragionevole. I proprietari e i dipendenti di queste piccole e medie imprese (PMI) sono spesso legati da rapporti personali e familiari. Le linee guida di genere non sono sempre compatibili con le strutture personalistiche di queste aziende.

25 Tuttavia, la dottrina ha criticato il fatto che l'art. 734f CO si applichi solo alle società quotate. Sebbene l'importanza economica dell'impresa determinata sulla base dei valori soglia dell'art. 727 cpv. 1 n. 2 CO sia un criterio di fatto nell'interesse della tutela delle PMI, è discutibile, in relazione al principio della "prevalenza della sostanza sulla forma", il motivo per cui le società non quotate in borsa siano esentate dal campo di applicazione dell'art. 734f CO, soprattutto perché la stragrande maggioranza delle società qui presenti non è quotata. La forma giuridica di una società non dovrebbe essere il fattore decisivo; piuttosto, l'importanza economica di una società dovrebbe essere l'unico fattore decisivo, indipendentemente dalla sua forma giuridica. Sebbene questa critica non sia priva di fondamento, i criteri della forma giuridica della società per azioni e della quotazione in borsa garantiscono almeno che solo le società svizzere più grandi siano interessate dall'art. 734f CO. La norma è quindi volutamente molto mirata.

b. "Opt-in

Sebbene le società per azioni non quotate in borsa non rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 734f CO, esse possono, ai sensi dell'art. 732 cpv. 2 RVR, dichiarare parzialmente o integralmente applicabili le disposizioni della quarta sezione mediante una disposizione statutaria (cosiddetto opt-in). Tali società possono pertanto dichiarare che l'art. 734f CO è ad esse applicabile. L'opt-in richiede una base nello statuto secondo un'espressa disposizione di legge; dogmaticamente, l'opt-in è quindi un contenuto cosiddetto condizionatamente necessario dello statuto. Si tratta di disposizioni che per essere vincolanti devono essere inserite nello statuto (cfr. art. 627 CO). Una società per azioni non quotata in borsa può quindi dichiarare applicabile l'art. 734f CO. Può anche modificare il contenuto di questa disposizione, sebbene ciò non derivi direttamente dall'art. 732 cpv. 2 RVR. Si potrebbe obiettare che "in parte o in toto" può solo significare che una società dichiara applicabili alcune o tutte le disposizioni della quarta sezione e non ha il potere di "scegliere", ma l'argumentum a fortiori si oppone a questa visione: Invece di optare per l'adesione, le società potrebbero semplicemente includere nei loro statuti clausole liberamente redatte sulle linee guida di genere relative al consiglio di amministrazione, come era consentito dalla legge precedente e continua a essere consentito - anche se solo in misura limitata per le società quotate. 26

2. Ambito di applicazione personale e materiale

Secondo la formulazione dell'art. 734f CO ("[s]ofern"), esso si applica solo alle società che non soddisfano i parametri di genere ivi stabiliti. In altre parole, tutte le aziende che raggiungono questi parametri non sono tenute a includere le informazioni richieste (giustificazione e misure di promozione) nella loro relazione sulla remunerazione; per legge, non devono nemmeno dichiarare che hanno raggiunto i parametri di genere. L'art. 734f CO semplicemente non si applica a queste società. Naturalmente, tali aziende sono libere di rilasciare una dichiarazione su questo argomento, ad esempio per motivi di promozione della reputazione. 27

3. Destinatari della norma

La questione dei destinatari dell'art. 734f CO deve essere distinta dall'ambito di applicazione personale. La formulazione della disposizione fornisce chiare 28

indicazioni in merito: essa riguarda il consiglio di amministrazione e la direzione di quelle società che rientrano nel campo di applicazione personale dell'art. 734f CO. Il consiglio di amministrazione è il massimo organo esecutivo disciplinato dagli artt. 707 e seguenti. CO, il massimo organo esecutivo dell'azienda. Il comitato esecutivo è composto da terzi ai quali il consiglio di amministrazione ha delegato in tutto o in parte la gestione ai sensi dell'art. 716b comma 1 CO. Questi "terzi" sono anche chiamati amministratori (cfr. art. 718 cpv. 2 CO) e più di essi formano il "comitato esecutivo". L'inclusione del comitato esecutivo nella cerchia dei destinatari normativi dell'art. 734f CO va oltre il "consenso internazionale" e rappresenta in questo senso una specificità svizzera ("Swiss finish"). Ciò è probabilmente dovuto al fatto che la percentuale di donne nei consigli di amministrazione è generalmente ancora molto inferiore a quella dei consigli di amministrazione.

B. Livello e valutazione dei parametri di riferimento

1. Livello

29 Il benchmark per il consiglio di amministrazione è del 30%, quello per il consiglio esecutivo - a differenza del progetto preliminare 2014 - solo del 20%. Secondo il Consiglio federale, la ragione della differenza nei parametri di riferimento è che, da un lato, nel comitato esecutivo sono richieste particolari competenze specifiche e conoscenze del settore e, dall'altro, i (futuri) membri del comitato esecutivo sono spesso promossi all'interno dell'azienda e, in media, sono promossi a questa posizione solo dopo circa 13 anni. È quindi giustificata una differenziazione tra il consiglio di amministrazione e il consiglio esecutivo, che si riflette anche nei diversi periodi di transizione. In combinazione con il periodo di transizione di dieci anni, il valore guida inferiore del 20% mira a garantire la flessibilità della politica del personale aziendale e la sua diversità (conoscenza del settore, esperienza professionale, background internazionale, ecc.) Infine, poiché l'appartenenza al comitato esecutivo - a differenza di quella al consiglio di amministrazione - è generalmente un'occupazione a tempo pieno, anche il tempo a disposizione dei candidati gioca un ruolo importante.

2. Base di valutazione; calcolo

30 L'art. 734f CO non definisce il concetto di genere. Implicitamente, tuttavia, la disposizione presuppone senza dubbio la dualità dei sessi (uomini e donne)

che è alla base della legge applicabile. Un esperimento logico di pensiero supporta questa ipotesi: se si ipotizzasse un numero di generi superiore a 3 o 5, percentuali di 30 o 20 renderebbero impossibile soddisfare i parametri di riferimento (con quattro o sei generi diversi, la somma sarebbe del 120% - un'impossibilità matematica). Se il numero di sessi non può superare i 3 o i 5, sarebbe arbitrario e quindi privo di logica ipotizzare un numero inferiore (ma superiore a 2). Lo spirito del tempo, tuttavia, va in una direzione diversa e richiede che una persona possa professare un terzo genere. A questa richiesta corrispondono anche due postulati adottati dal Consiglio nazionale. Il rapporto del Consiglio federale in merito è ancora in sospeso. Se in futuro si verificasse una modifica dell'ordinamento giuridico in tal senso, sarebbe probabilmente necessario modificare anche l'art. 734f CO, eventualmente anche prima della scadenza dei periodi transitori!

Va quindi osservato che: Il De lege lata, art. 734f CO si basa sulla dualità dei sessi. Il fattore decisivo per l'assegnazione al genere maschile o femminile è il sesso iscritto all'anagrafe (cfr. art. 8 lett. d ZStV). Alla fine del 2019, il Consiglio federale ha presentato al Parlamento un progetto di modifica del CC, che è stato elevato al rango di legge dall'Assemblea federale nelle risoluzioni del 18 dicembre 2020. La disposizione è entrata in vigore il 1° gennaio 2022. Ai sensi dell'art. 30b cpv. 1 CC, chiunque può dichiarare all'ufficiale di stato civile di voler modificare l'iscrizione nel registro dello stato civile relativa al proprio sesso. Tuttavia, questa nuova disposizione non modifica la dualità dei sessi o l'univocità dell'assegnazione a uno dei due sessi ai sensi della legge sullo stato civile, ma si limita a una semplificazione giuridica del cambiamento di sesso. 31

Infine, la questione dell'arrotondamento nel calcolo dei valori di riferimento per il genere richiede una spiegazione. Se, ad esempio, il consiglio di amministrazione di una società è composto da sette membri, il valore standard ai sensi dell'art. 734f CO richiede che 2,1 membri ciascuno siano uomini e donne. Da un punto di vista matematico, non è azzardato arrotondare questa quota a 2. La legge tedesca, ad esempio, prevede l'arrotondamento secondo regole matematiche (arrotondamento per difetto fino alla cifra decimale 4 inclusa, arrotondamento per eccesso a partire dalla cifra decimale 5) (si veda il § 96 comma 2 frase 5 AktG relativo al consiglio di sorveglianza). Tuttavia, tale soluzione è da respingere per la legge in questione. Dalla parola "almeno" dell'art. 734f CO si evince che il valore percentuale orientativo deve essere raggiunto in ogni caso; in altre parole, nel 32

senso di "valori minimi", deve essere sempre arrotondato al numero intero di persone successivo (1, 2, 3, ecc.). Nell'esempio precedente, il benchmark verrebbe raggiunto solo se e quando ci saranno tre donne nel consiglio di amministrazione.

3. Attuazione pratica

33 Infine, si pone la questione di come l'art. 734f CO debba essere attuato nella pratica. In sostanza, l'azienda ha due opzioni: Possono aumentare il numero di membri dei loro consigli di amministrazione e dei consigli esecutivi (il che, nel primo caso, richiede generalmente una modifica dello statuto) e occupare le nuove posizioni con membri del sesso sottorappresentato (cioè, di norma, con donne), oppure possono sostituire i membri (per lo più uomini) che hanno lasciato il consiglio con membri (donne) senza aumentare il numero di membri. A questo punto, però, è importante ricordare che l'azienda non è affatto tenuta a rispettare le linee guida dell'art. 734f CO (non c'è alcun obbligo di "conformarsi"); può invece decidere di intraprendere la strada della rendicontazione ("spiegare").

C. Ambito di applicazione temporale (periodo transitorio)

34 Art. 4 OBest. Il CO prevede periodi transitori per l'applicazione dell'art. 734f CO. L'obbligo di rendicontazione si applica al consiglio di amministrazione al più tardi a partire dall'esercizio sociale che inizia cinque anni dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto societario (comma 1), e al consiglio di amministrazione al più tardi a partire dall'esercizio sociale che inizia dieci anni dopo (comma 2). Art. 734f CO e Art. 4 ÜBest. CO sono entrate in vigore a partire dal 1° gennaio 2021 (a differenza della maggior parte delle altre nuove disposizioni del diritto societario). Il periodo di transizione più lungo per il comitato esecutivo serve a fornire tempo sufficiente per il reclutamento dei talenti interni all'azienda (da cui spesso emergono i suoi membri).

35 Di norma, l'esercizio finanziario coincide con l'anno solare (anche se non è obbligatorio). Per la maggior parte delle società, l'art. 734f CO dovrebbe quindi essere applicabile al consiglio di amministrazione a partire dal 1° gennaio 2026 e al consiglio esecutivo a partire dal 1° gennaio 2031. Il termine "al più tardi" nell'art. 4 OBest. L'OR si rivela fuorviante: la legge stabilisce che una norma è applicabile o non applicabile. Il termine "al più tardi" deve essere

inteso nel senso che il legislatore ha voluto dare alle imprese la possibilità di adempiere prima all'obbligo di rendicontazione.

V. CONSEGUENZE LEGALI

A. Conformarsi o spiegare

Mentre l'art. 734f CO è una norma giuridica abbastanza usuale per quanto riguarda i fatti, si può osservare una deviazione dalla struttura normativa usuale per quanto riguarda le conseguenze giuridiche. È già stato spiegato, e va qui nuovamente ricordato, che l'adempimento dei fatti di cui all'art. 734f CO non comporta la nullità di un atto elettorale o un'altra sanzione "severa" (come una multa) (come è peculiare della maggior parte delle norme giuridiche), ma ha solo l'effetto di obbligare la società a riferire su determinati aspetti. Questo tipo insolito di conseguenza legale è indicato, in linea con lo spirito dei tempi, con l'espressione inglese "comply or explain". 36

B. Obbligo di segnalazione

1. Recipiente della relazione: relazione sulla remunerazione

Sebbene sia alquanto dubbio da un punto di vista dogmatico-sistematico, il legislatore ha scelto la relazione di compensazione come "contenitore" della relazione richiesta dall'art. 734f CO per ragioni pragmatiche. Ai sensi dell'art. 13 cpv. 1 VegüV (dal 1° gennaio 2023: art. 734 cpv. 1 revOR), la relazione sulla remunerazione è redatta dal consiglio di amministrazione; si tratta di un compito non trasferibile e inalienabile del consiglio di amministrazione (art. 13 cpv. 1 VegüV; dal 1° gennaio 2023: art. 716a cpv. 1 punto 8 revOR). Il Consiglio di amministrazione non può delegare questo compito a un singolo membro del Consiglio, a una commissione composta da suoi membri, al Consiglio esecutivo o a chiunque altro. Tuttavia, può delegare la preparazione, l'esecuzione e la supervisione della preparazione della relazione a singoli membri del consiglio di amministrazione o a un comitato; in tutti i casi, tuttavia, il consiglio di amministrazione in corpore deve mantenere la responsabilità dell'adozione della relazione. 37

2. Contenuto e densità del rapporto

38 Ai sensi dell'art. 734f CO, la relazione sulla remunerazione deve fornire informazioni (contenuto della relazione) sui motivi per cui i generi non sono rappresentati nel consiglio di amministrazione o nel comitato esecutivo nella proporzione prevista da questa disposizione (comma 1) e sulle misure adottate per promuovere il genere meno rappresentato (comma 2). Le ragioni specifiche della sottorappresentazione possono variare notevolmente da un settore e da una società all'altra, e non è raro che il consiglio di amministrazione stesso abbia difficoltà a identificarle chiaramente. Per quanto riguarda le misure di promozione, la legge non fornisce al consiglio di amministrazione alcun requisito in merito al contenuto (cosa?), alle modalità (come?) e alla portata (quanto?), e anche l'obiettivo legale (promozione) non ha alcuna pretesa di forza vincolante, poiché la legge non richiede al consiglio di amministrazione di adottare effettivamente misure di promozione, ma si limita ad incaricarlo di riferire se e quali misure intende adottare. Al Consiglio di amministrazione va quindi concessa una notevole discrezionalità, quasi illimitata, per quanto riguarda entrambi gli aspetti.

39 L'art. 734f CO tace sui requisiti sostanziali delle misure di giustificazione e incentivazione che la relazione sulla remunerazione deve soddisfare (densità della relazione). Nella consultazione sulla bozza preliminare 2014, è stato espresso il timore che le giustificazioni richieste alle imprese ai sensi dell'art. 734f CO fossero altamente standardizzate (i cosiddetti "boilerplate") e quindi (almeno in larga misura) prive di significato. Queste preoccupazioni non possono essere liquidate a priori. Nella ricerca di indicazioni adeguate per determinare la densità di reporting richiesta, si può fare proficuamente riferimento alla direttiva SIX sulle informazioni relative alla corporate governance, soprattutto perché questa direttiva, come si evince dal suo preambolo, si impegna a rispettare o spiegare il concetto di comply or explain. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, di questa direttiva, le informazioni chiave devono seguire i principi di rilevanza e chiarezza; devono limitarsi a ciò che è essenziale per gli investitori ed essere pertinenti e comprensibili. Questi termini sono troppo vaghi per poterne dedurre "istruzioni" concrete sul contenuto, soprattutto perché la direttiva, in quanto atto di autoregolamentazione privata, non ha alcuna forza generale giuridicamente vincolante. Tuttavia, la forma esteriore e formale del rapporto dovrà essere conforme a questi principi: Il contenuto del rapporto deve essere formulato in

modo tale che il partecipante medio al mercato dei capitali sia in grado di comprenderlo (chiarezza), e il rapporto non deve essere "sommerso" da una tale quantità di informazioni che il partecipante non veda più "il legno per gli alberi" (materialità). La relazione sulla remunerazione, di cui la presente relazione è parte integrante, deve essere redatta in una delle lingue nazionali svizzere (tedesco, francese, italiano o romancio) o in inglese in applicazione analoga dell'art. 958d par. 4.

Per quanto riguarda l'ampiezza e la profondità dei dettagli, l'art. 734f CO lascia 40
al consiglio di amministrazione un'ampia libertà nell'elaborazione della relazione, e la disposizione non impedisce nemmeno la standardizzazione delle dichiarazioni. Un'azienda esemplare, impegnata internamente nell'obiettivo dell'art. 734f CO (o semplicemente opportunista per motivi di reputazione), potrebbe fornire dettagli completi sui processi di assunzione e sui candidati disponibili per la selezione, nonché sulle misure già adottate e previste per promuovere il genere sottorappresentato. Nella pratica aziendale, tuttavia, le dichiarazioni standardizzate già menzionate sembrano molto più probabili di questo ideale. Una società potrebbe anche opporsi fondamentalmente all'obiettivo alla base dell'art. 734f CO e, ad esempio, dichiarare semplicemente nella relazione che i suoi azionisti si oppongono alla partecipazione di un genere nella sua gestione e che la società non adotterà di conseguenza alcuna misura di promozione a favore di quel genere. L'unica cosa vietata dall'art. 734f CO è il silenzio assoluto da parte dell'azienda. In altre parole, l'art. 734f CO invita le imprese a esprimersi, ma non impone loro alcun requisito in termini di contenuto. Anche il requisito (formale) della materialità deve essere inteso solo in senso negativo, ossia che la relazione sulla remunerazione non può contenere un eccesso di informazioni.

L'opinione diffusa in letteratura, secondo la quale le affermazioni generali e 41
generiche non sono compatibili con l'art. 734f CO, deve essere respinta. Innanzitutto, la legge non richiede che le aziende (o i loro azionisti e dirigenti) condividano internamente gli obiettivi del legislatore. La legge li obbliga a rispettarla da soli, senza tener conto di motivazioni soggettive. È quindi consentita anche un'opposizione di fondo all'obiettivo legislativo, purché venga rispettato solo il mandato legale di rendicontazione. Inoltre, la legge non impone alcun requisito alle società per quanto riguarda il contenuto della relazione. Spetta al consiglio di amministrazione stabilire come e in che

misura identificare le ragioni della sottorappresentazione di un genere e tradurle in parole nella relazione, così come spetta al consiglio di amministrazione stabilire la politica aziendale in materia di diversità di genere. Infine, l'opinione che affermazioni generiche o generiche siano assolutamente inammissibili non tiene conto della realtà economica, la cui naturale inclinazione è quella di aumentare l'efficienza e in cui la tendenza verso affermazioni standardizzate sarà di conseguenza inevitabile.

3. Controllo da parte dei revisori

42 L'art. 17 VegüV (dal 1° gennaio 2023: art. 728a cpv. 1 n. 4 RVR) prevede che la relazione sulla remunerazione delle società le cui azioni sono quotate in borsa sia soggetta a revisione da parte dell'ufficio di revisione. Di conseguenza, tutte le società che sono obbligate a riferire ai sensi dell'art. 734f CO rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 17 VegüV o dell'art. 728a cpv. 1 n. 4 RVR. Con l'inserimento di quest'ultima disposizione, l'art. 17 VegüV è stato incorporato nella legge senza alcuna modifica sostanziale, motivo per cui per la sua interpretazione si può fare riferimento alla letteratura sull'art. 17 VegüV. Ai sensi dell'art. 728a comma 1 n. 4 del RVR, il criterio di controllo sarà la legge e lo statuto della società. Si pone ora la questione se e in che misura l'ufficio di revisione debba sottoporre a verifica la relazione sulla remunerazione per quanto riguarda il rispetto dell'art. 734f CO. Il problema è evidente: i requisiti di contenuto estremamente scarsi previsti dalla legge per la "relazione sulla diversità", la conseguente notevole discrezionalità del consiglio di amministrazione e la questione dell'idoneità dei revisori a verificare tale relazione.

43 Affinché le disposizioni di legge siano idonee a fungere da parametro di riferimento per la revisione, è necessario che, in base alla natura della revisione, facciano riferimento alla contabilità (contabilità, bilancio d'esercizio, proposta di destinazione degli utili) o alla remunerazione del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo e del comitato consultivo. In altre parole, si tratta di "cifre". D'altra parte, l'audit non è un "controllo di legalità generale". L'art. 734f CO non ha alcun legame sostanziale con la retribuzione dei dirigenti, anche se la disposizione, sistematicamente discutibile, è classificata nelle disposizioni di legge sulla retribuzione. Inoltre, la politica del personale non è una questione di contabilità o di retribuzione, ma di gestione, che è espressamente esclusa dalla verifica da parte dell'ufficio

di revisione dall'art. 728a cpv. 3 CO. Pertanto, per quanto riguarda la nomina dell'organo esecutivo da parte del consiglio di amministrazione, l'art. 728a cpv. 3 CO preclude anche la verifica della relazione sulla remunerazione da parte dell'organo di revisione ai sensi dell'art. 734f CO. Ciò deve valere a maggior ragione per l'elezione del consiglio di amministrazione da parte dell'assemblea generale, che è in fondo l'organo supremo della società (art. 698 cpv. 1 CO).

Va quindi osservato che: Se i revisori si preparano a verificare la relazione sulla remunerazione, devono esercitare la massima moderazione. La Camera svizzera dei dottori commercialisti e degli esperti fiscali - l'associazione professionale di coloro che si occupano di revisione contabile - era già giunta a questa conclusione durante la consultazione sul progetto preliminare nel 2014. L'opinione contraria individuale che si trova in letteratura non ha alcun supporto nella legge e deve quindi essere respinta. I revisori possono non essere d'accordo con il ragionamento del consiglio di amministrazione, ma non hanno certo il diritto di sostituire la loro valutazione a quella del consiglio di amministrazione. L'intervento dei revisori è ipotizzabile e legalmente giustificabile solo in un unico caso (anche se sembra giustificato dissentire anche su questo punto): ovvero, se il consiglio di amministrazione non fa alcun commento sull'art. 734f CO nella relazione sulla remunerazione, anche se la società non rispetta i parametri ivi previsti (cosa che - va ricordato - non è obbligata a fare). I revisori devono segnalare le evidenti violazioni della legge anche se esulano dal loro mandato di revisione. È probabile che si verifichi una tale violazione della legge se il consiglio di amministrazione di una società che non soddisfa i parametri di cui all'art. 734f CO rimane completamente silente nella relazione sulla remunerazione. Tuttavia, è probabile che la "misura" del revisore si limiti a un semplice riferimento alla relazione sulla remunerazione nella relazione di revisione; non è necessaria una raccomandazione del revisore rivolta all'assemblea generale, poiché la relazione sulla remunerazione non richiede la sua approvazione. Infine, è ipotizzabile che il completo silenzio del consiglio di amministrazione faccia scattare l'obbligo di notifica dell'ufficio di revisione ai sensi dell'art. 728c CO, in particolare nei confronti dell'assemblea generale (cpv. 2) - nei confronti del consiglio di amministrazione (cpv. 1) non avrà alcuna importanza, in quanto quest'ultimo è esso stesso l'autore della violazione della legge. Certo, è probabile che questa rimanga una considerazione piuttosto teorica. 44

VI. ESECUZIONE

A. Strumenti dell'azionista

1. Panoramica

45 Se i revisori non sono né adatti né autorizzati a controllare il rispetto degli obblighi di rendicontazione del consiglio di amministrazione, questo compito non può che spettare agli azionisti della società. Questo "monitoraggio" può essere fatto da due lati: da un lato, ottenendo informazioni, dall'altro, imponendo responsabilità. In questo contesto, lo strumento del diritto all'informazione e all'ispezione (N. 46 e segg.) e quello della responsabilità nel diritto societario (N. 48 e segg.) saranno discussi di seguito, limitando le spiegazioni ai prerequisiti essenziali per quanto riguarda l'interesse alla conoscenza. Va innanzitutto notato che il primo strumento in particolare ha subito alcune modifiche nel corso della modifica della legge sulle società del 2020; a differenza della legge precedente, non vi è più alcuna differenza de lege lata tra il diritto all'informazione e il diritto all'ispezione in termini di requisiti sostanziali.

2. Diritto all'informazione e all'ispezione

46 L'art. 697 cpv. 4 e l'art. 697a cpv. 3 del RVR pongono un doppio limite al diritto di informazione o di ispezione dell'azionista: Da un lato, le informazioni o l'ispezione devono essere necessarie per l'esercizio dei diritti dell'azionista; pertanto, deve esistere un collegamento fattuale tra le informazioni a cui si riferisce la richiesta di informazioni o di ispezione e l'esercizio dei diritti associativi dell'azionista. Di norma, tale connessione esiste se le informazioni sono necessarie per l'esercizio del diritto di voto alle elezioni. La politica del personale dell'azienda può essere oggetto di una richiesta. L'azionista che desidera che nel consiglio di amministrazione e nella direzione della "sua" società siano rappresentati entrambi i sessi nella proporzione prevista dall'art. 734f CO ha interesse a ricevere informazioni sui processi di assunzione all'interno della società, sui criteri di selezione dei candidati e sulle misure di promozione previste e già adottate dal consiglio di amministrazione. O vuole eleggere o non eleggere alcuni membri del consiglio di amministrazione in occasione dell'assemblea generale, essendo a conoscenza di queste informazioni, o vuole influenzare indirettamente la composizione del

consiglio di amministrazione attraverso questa elezione o non elezione. Il collegamento fattuale richiesto dalla legge deve quindi essere generalmente fornito.

In secondo luogo, le informazioni o l'ispezione non devono mettere a repentaglio segreti aziendali o altri interessi dell'azienda meritevoli di protezione. Il motivo di questo pericolo è la mancanza di dovere fiduciario degli azionisti nei confronti della società. Pertanto, in ogni singolo caso è necessario bilanciare l'interesse della società alla segretezza e l'interesse dell'azionista all'informazione. Tuttavia, gli obblighi di segretezza imposti contrattualmente all'azienda non sono soggetti a considerazione fin dall'inizio. Poiché i processi di assunzione coinvolgono sempre singole persone che vengono accuratamente "vagliate" nel corso di tali processi, soprattutto quando si tratta di posizioni dirigenziali, anche il diritto generale della personalità (art. 28 del Codice Civile) è suscettibile di tracciare una linea di demarcazione. I candidati possono anche voler tutelarsi contrattualmente dalla divulgazione di informazioni che li riguardano. Al di fuori di questi casi, la valutazione del top management può essere di importanza tale da giustificare il rifiuto della richiesta, anche in relazione all'interesse dell'azionista all'informazione. Una via d'uscita potrebbe essere quella di rendere anonime le informazioni, ma in questo caso ci sarebbe da chiedersi che valore avrebbero ancora. Di conseguenza, si deve notare che l'azienda dovrà soppesare attentamente gli interessi in conflitto in relazione al singolo caso specifico. Tuttavia, è probabile che l'interesse dell'azionista prevalga di norma per quanto riguarda le informazioni di carattere generale (cioè non relative a persone specifiche), ad esempio per quanto riguarda la politica di genere della società e le sue misure di promozione. 47

3. Responsabilità in base al diritto societario

La responsabilità del consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 754 cpv. 1 CO presuppone innanzitutto una violazione del dovere. L'obbligo di diligenza (art. 717 cpv. 1 CO) impone ai membri del consiglio di amministrazione di rispettare la legge, soprattutto nel caso di norme obbligatorie. L'art. 734f CO è una norma imperativa. Se il consiglio di amministrazione rimane completamente in silenzio rispetto all'art. 734f CO, commette una violazione del dovere. La violazione del dovere si verifica anche se il contenuto della relazione sulla remunerazione non corrisponde alla verità; la menzogna attiva 48

non è compatibile con il dovere di diligenza. Una violazione dell'obbligo, invece, è esclusa in assenza di requisiti di contenuto se il consiglio di amministrazione si limita a fare uso di affermazioni generiche o standardizzate nella relazione sulla remunerazione o addirittura esprime il proprio rifiuto di fondo dei parametri di riferimento di genere..,

49 La responsabilità ai sensi del diritto societario richiede quindi un danno. Se la violazione dell'obbligo viene portata a conoscenza del pubblico e il prezzo di borsa dell'azione scende a causa della reputazione compromessa, questo potrebbe essere considerato un danno. Tuttavia, in assenza di un effetto negativo sul patrimonio della società, ciò non costituisce un danno (diretto) alla società, né gli azionisti hanno diritto a un risarcimento, poiché non hanno diritto a un prezzo di borsa elevato e l'art. 717 cpv. 1 CO non ha il carattere di norma protettiva a questo riguardo. Un danno diretto all'azionista è almeno ipotizzabile se la sua decisione di investimento si basa su un'affermazione non veritiera relativa ai parametri di genere nella relazione sulla remunerazione e l'azionista rivende le sue azioni acquistate a seguito della violazione del dovere da parte del consiglio di amministrazione a un prezzo inferiore. In questo caso, è probabile che l'azionista abbia una richiesta di risarcimento nei confronti dei membri del consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 41 CO. In combinazione con l'art. 717 cpv. 1 CO, l'art. 734f CO ha un effetto normativo protettivo in questo senso,

50 Deve esistere un nesso causale naturale e adeguato tra la violazione del dovere e il danno. L'azionista (direttamente danneggiato) deve riuscire a dimostrare che la sua decisione di investimento è collegata alla dichiarazione non veritiera del consiglio di amministrazione sulle linee guida di genere nella relazione sulla remunerazione. L'ipotesi che la "politica di genere" nella gestione di un'azienda non sia probabilmente rilevante per la formazione della volontà della maggior parte degli investitori (a differenza dell'esperienza professionale, per esempio) non è inverosimile, per cui questa prova avrà successo solo raramente. Tuttavia, non è impossibile, soprattutto perché in tempi di ESG le questioni di "diversità" stanno acquisendo sempre più peso,

B. Rivendicare un "atteggiamento"?

51 È almeno ipotizzabile che un candidato che non sia stato preso in considerazione per la nomina a membro del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo possa avere una richiesta di "reclutamento" (o più

precisamente: di creazione di un rapporto con un organo di governo). Tale affermazione deve essere respinta. In questo modo si ignorerebbero completamente l'oggetto e lo scopo dell'art. 734f CO. Questa norma si basa sull'idea di trasparenza e non prevede conseguenze legali "dure" in caso di realizzazione dei fatti, ma solo un obbligo di motivazione. A maggior ragione, sarebbe del tutto assurdo voler costruire una pretesa del tipo qui descritto che possa essere fatta valere per via giudiziaria. Anche l'art. 5 par. 2 GlG esclude una pretesa legale della persona discriminata in caso di rifiuto di assunzione o di cessazione di un rapporto di lavoro ai sensi del Codice delle Obbligazioni e concede a questa persona solo una richiesta di risarcimento monetario.

I MATERIALI

Bericht zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), Bern, 17. September 2015 (zit. Bericht Vernehmlassung VE-OR 2014).

Bertschinger Urs, Vernehmlassung zur «Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)», Vorentwurf vom 28. November 2014, 14. März 2015 (zit. Vernehmlassung).

Botschaft des Bundesrates vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft 2016).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff. (zit. Botschaft Revisionspflicht 2004).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister) vom 6. Dezember 2019, BBl 2020 799 ff. (zit. Botschaft Personenstandsregister 2014).

Erläuternder Bericht des Bundesrates zum Vorentwurf 2014 (zit. Bericht VE-OR 2014).

European Women on Boards (Hrsg.), Gender Diversity Index 2021, https://europeanwomenonboards.eu/wp-content/uploads/2022/01/2021-Gender-Diversity-Index.pdf, besucht am 4.3.2022 (zit. Gender Diversity Index 2021).

guido schilling ag, schillingreport 2022, Medienmitteilung vom 4. März 2022, https://www.schillingreport.ch/content/uploads/sites/2/2022/02/Medienmitteilung_2022.pdf, besucht am 4.3.2022 (zit. Medienmitteilung Schilling-Report 2022).

Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 13. März 2015.

von der Crone Hans Caspar, Vernehmlassungseingabe zur Revision des Aktienrechts, 13. März 2015 (zit. Vernehmlassung).

BIBLIOGRAFIA

Bertschinger Urs, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, GesKR 2/2012, S. 294 ff. (zit. Delegation).

Böckli Peter, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 1/2015, S. 1 ff. (zit. Blütenlese).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. Aktienrecht).

Bühler Christoph B., «Business Judgment Rule»: Massstab für die richterliche Beurteilung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht, in: Müller Matthias P. A./Forrer Lucas/Zuur Floris (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, S. 29 ff.

Bühler Christoph B., Ausserrechtliche Regulierungstendenzen in der Corporate Governance, Empfehlungen der Stimmrechtsberater, Best Practice und Vorwirkung der Aktienrechtsrevision, EF 1-2/2016, S. 12 ff.

Bühler Christoph B., Entwicklung der Corporate Governance nach der Umsetzung der Minder-Initiative, SJZ 2015, S. 349 ff. (zit. Corporate Governance).

Bühler Christoph B., Zürcher Kommentar, Art. 698-726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, 3. Aufl., Zürich 2018.

Burg Benedict / von der Crone Hans Caspar, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, SZW 1/2012, S. 59 ff.

Bürgi Friedrich Wolfhart, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 698–738 OR, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1969.

Chaudet François, Responsabilité civile et principaux devoirs des réviseurs, La responsabilité de l'organe de révision dans la SA (1ère partie), ST 4/2000, S. 306 ff.

Dekker Stephan, in: Wibmer Jeannette K. (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar (Orell Füssli), Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Zürich 2016.

Druey Jean Nicolas/ Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Dubs Dieter / Truffer Roland, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016.

Duc Nicolas, Nouvel (?) avant-projet de révision du droit de la société anonyme, Jusletter vom 19. Oktober 2015.

Forstmoser Peter / Kleibold Thorsten, Berichterstattung des Abschlussprüfers über wichtige Prüfungssachverhalte, EF 9/2016, S. 614 ff.

Forstmoser Peter / Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frei Nula, Gleichheits- und Repräsentationsverständnisse im verfassungsrechtlichen Diskurs um "Frauenquoten", ZSR 139/2020, S. 173 ff.

Fried Jesse M., Will Nasdaq's Diversity Rules Harm Investors? 12 Harvard Business Law Review, art. 1, 2021, S. 1 ff.

Gerhard Frank, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Friederici Katharina, Die neue Quotenregelung im schweizerischen Aktienrecht: Unsinn oder Zeitgeist?, GesKR 1/2022, S. 92 ff.

Giger Gion, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Grundlagen sowie Anpassungsbedarf in den Bereichen Aktionärsrechte und Unternehmensleitung bei Publikumsgesellschaften, Diss., Zürich 2003.

Grosz Mirina, Frauenquoten im Aktienrecht?, Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, ZBl 116/2015, S. 511 ff.

Habersack Mathias, in: Goette Wulf / Habersack Mathias / Kalss Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl., München 2019.

Hofstetter Karl, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, ST 2015, S. 171 ff. (zit. Swiss Code).

Hofstetter Karl, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, Grundlagenbericht zur Revision, Zürich 2014 (zit. Grundlagenbericht).

Homburger Eric, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 707–726 OR, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1997.

Junod Valérie, «Comply or explain»: la solution au dilemma des quotas?, SZW 5/2015, S. 478 ff. (zit. dilemma).

Junod Valérie, Quotas féminins dans le CO: Que penser de la volte-face du Conseil fédéral?, GesKR 3/2015, S. 381 ff. (zit. quotas).

Knobloch Stefan, in: Watter Rolf / Vogt Hans-Ueli, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 1. Aufl., Basel 2015.

Kunz Peter V., Schweizer Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert: Ausblick(e) zwischen Hoffen und Bangen, AJP 3/2015, S. 411 ff.

Lütolf Daniel, Das Kollisionsrecht der internationalen Unternehmensübername, Diss. Zürich 2020.

Meier-Hayoz Arthur /Forstmoser Peter /Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht. Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018.

Müller Andreas / Oser David, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), OR Kommentar (Orell Füssli), Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Müller Matthias P. A., Informationsrechte des Aktionärs: Würdigung des Entwurfs für ein neues Aktienrecht, ex ante 2019, S. 27 ff.

Müller Matthias P. A. / Forrer Lucas, Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht, AJP 2019, S. 1015 ff. (zit. Geschlechterrichtwerte).

Müller Matthias P. A. / Forrer Lucas, Keine Frauenquote, aber Erklärungspflicht, NZZ vom 29. Juni 2020, S. 11 (zit. Frauenquote).

Müller Roland / Lipp Lorenz / Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.

Nay Martin / Rüfenacht Beat / Steiner Andreas, Erfahrungen mit der neuen Berichterstattung über Key Audit Matters, EF 10/2017, S. 694 ff.

Painter Richard W., Board Diversity: A Response to Professor Fried, Stanford Journal of Law, Business & Finance, Vol. 27:1, S. 174 ff.

Pfiffner Daniel, Revisionsstelle und Corporate Governance: Stellung, Aufgaben, Haftung und Qualitätsmerkmale des Abschlussprüfers in der Schweiz, in Deutschland, in der Europäischen Union und in den Vereinigten Staaten, Diss., Zürich/St. Gallen 2008.

Poggio Karin / Zihler Florian, Weiterer Meilenstein in der Aktienrechtsrevision, EF 1–2/2016, S. 79 ff.

Rioult Christian, Gender Diversity in der Unternehmensführung, Diss., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Diversity).

Rioult Christian, Geschlechterrichtwerte für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Erläuterung und Analyse des bundesrätlichen Vorschlags im Rahmen der aktuellen Aktienrechtsrevision, Jusletter vom 12. März 2018 (zit. Geschlechterrichtwerte).

Ruprecht Roland / Gwerder Ruth, Key Audit Matters und erweiterte Berichterstattung, EF 12/2017, S. 950 ff.

Schärer Heinz, in: Oser David / Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2018.

Schenker Urs, Gleichstellung – Ein aktienrechtliches Thema, SZW 5/2015, S. 469 ff.

Schneider Roman / Wagner Alexander F. / Wenk Bernasconi Christoph, Der Verwaltungsrat zwischen Regulierung und Marktdisziplin, EF 9/2016, S. 670 ff.

Sethe Rolf / Andreotti Fabio, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Peter R. Isler/Rolf Sethe (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 87 ff.

Stojanovic Jasna, Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen, Die vorgesehene Quotenregelung für börsenkotierte Grossunternehmen in der aktuellen Aktienrechtsrevision: Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, in: Canapa Damiano / Landolt Robin / Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Zürich/St. Gallen 2018, S. 165 ff.

Trigo Trindade Rita, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Code des obligations II – Commentaire romand, 2. Aufl., Basel 2017.

Ueberschlag Jakob, Geschlechtsspezifische Quotenregelung im Rahmen der geplanten Aktienrechtsrevision, AJP 6/2015, S. 907 ff.

Vogt Hans-Ueli / Bänziger Michael, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, GesKR 4/2012, S. 607 ff.

Vogt Hans-Ueli, Freiheit und Zwang im Aktienrecht, NZZ vom 20. Januar 2015, S. 21.

von der Crone Hans Caspar / Angstmann Luca, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 1/2017, S. 2 ff.

von der Crone Hans Caspar / Brugger Daniel, Salärgovernance, SZW 3/2014, S. 241 ff.

von der Crone Hans Caspar / Daeniker Daniel, Aktienrecht und Finanzmarktregulierung – wohin geht die Reise?, SJZ 20/2016, S. 457 ff.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf / Maizar Karim, in: Watter Rolf / Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), 1. Aufl., Basel 2015.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 785 CO

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 785 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 785 OR.

II. Trasferimento

1. Cessione

a. Forma

Art. 785

[1] La cessione di quote sociali e la promessa di stipulare tale cessione richiedono la forma scritta.

[2] Il contratto di cessione deve rinviare agli stessi diritti e obblighi statutari cui rimanda l'atto di sottoscrizione delle quote sociali, salvo che l'acquirente sia già socio.

STRUTTURA

I. Assegnazione 273
A. Forma 273
B. Contenuto 274
C. Effetto 274
II. Riferimento ai diritti e agli obblighi di legge nel contratto di trasferimento 275
Modelli di documenti 275
I materiali 275
Bibliografia 276

I. ASSEGNAZIONE

Di norma, l'assegnazione delle azioni si stabilisce con l'acquisto, la permuta, la donazione o l'acquisizione dell'azienda o della società a responsabilità limitata - ad eccezione dell'acquisizione per successione, divisione ereditaria, diritto patrimoniale dei coniugi o esecuzione forzata, che viene trattata separatamente all'art. 788 CO. L'assegnazione presuppone che la persona alienante abbia fondamentalmente il potere di disporre. 1

Nel caso di cessione ai sensi dell'art. 785, cpv. 1 CO, si distingue tra un'obbligazione e un'operazione di alienazione, anche se di solito entrambe coincidono nel tempo e sono redatte nello stesso documento. Gli accordi di cessione ai sensi dell'art. 164 e segg. CO e l'obbligo di concludere un accordo di cessione sono considerati operazioni di cessione. Nel caso di trasferimenti di azioni ordinarie, l'operazione di obbligo viene spesso conclusa separatamente dal contratto di assegnazione (operazione di cessione) per mantenere la discrezionalità sul prezzo di acquisto e, ad esempio, per evitare l'effetto pubblicitario. Il motivo è che il contratto di compravendita deve essere presentato al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese e questo documento può essere consultato dal pubblico. Pertanto, se il prezzo di acquisto non è stato concordato separatamente, il prezzo di acquisto può essere ispezionato senza alcuna prova di interesse nel registro delle imprese. 2

A. Forma

Sebbene l'azione ordinaria sotto forma di azione nominativa sia un titolo (art. 965 e segg. CO), in caso di cessione è necessaria una dichiarazione scritta di cessione (art. 967 CO in combinato disposto con l'art. 164 e segg. CO). Un contratto di cessione valido richiede l'obbligo di cessione (operazione di obbligo) e la cessione basata su di esso (operazione di cessione). A differenza della cessione di crediti (art. 165 CO), sia l'obbligo che l'operazione di cessione devono essere redatti per iscritto (art. 12 e segg. CO) ed entrambe le parti contraenti devono firmare il contratto di cessione di proprio pugno, poiché l'acquirente assume non solo diritti ma anche obblighi. 3

Prima della revisione della legge sulle società a responsabilità limitata, entrata in vigore il 1° gennaio 2008, il trasferimento di azioni ordinarie richiedeva un 4

atto pubblico notarile. Il requisito della certificazione pubblica è diventato obsoleto dopo la suddetta revisione della legge.

5 La conseguenza della mancanza di forma delle operazioni di obbligo e di cessione è l'invalidità o la nullità della cessione. Se l'operazione di obbligazione e l'operazione di cessione differiscono nel tempo e solo l'operazione di obbligazione presenta un difetto di forma - ad esempio a causa di una conclusione orale - il difetto può essere sanato da un'operazione di cessione scritta. Questa cura è valida almeno se gli elementi essenziali e completi dell'operazione di obbligo sono stati registrati per iscritto nell'operazione di cessione.

B. Contenuto

6 Oltre alla chiara intenzione di trasferire, il contratto di cessione deve contenere anche i dettagli del prezzo di acquisto, delle azioni e delle parti contraenti. Nella pratica, tuttavia, spesso il prezzo di acquisto non viene quantificato, ma si fa riferimento al fatto che questo viene registrato in un atto separato o è oggetto di un altro accordo - questo soprattutto per proteggere le parti dall'effetto pubblicitario. Al fine di garantire la tutela del mercato, è inoltre fondamentale che l'acquirente sia messo a conoscenza di eventuali obblighi di non concorrenza per i soci, contributi aggiuntivi e obblighi accessori (art. 785 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 777a cpv. 2 CO), che possono avere conseguenze drastiche per i soci.

C. Effetto

7 Per ottenere i diritti di azionista, la persona che acquista o vende deve notificare alla società l'assegnazione delle azioni ordinarie. La cessione diventa legalmente efficace dopo l'approvazione da parte dell'assemblea generale degli azionisti (art. 786, cpv. 1 CO) - a meno che lo statuto non abbia rinunciato all'obbligo di approvazione al momento della cessione (art. 786, cpv. 2, punto 1 CO) - o se non c'è un rifiuto sei mesi dopo il ricevimento della richiesta (art. 787 CO). Nel frattempo l'effetto della cessione rimane in sospeso.

8 La direzione deve quindi iscrivere il nome, il domicilio e la residenza del nuovo azionista, nonché il numero e il valore nominale delle sue azioni ordinarie nel registro delle azioni della GmbH (art. 790 cpv. 1 e 2 CO) e

notificare al registro di commercio il trasferimento delle azioni ordinarie per l'iscrizione non costitutiva (art. 791 CO, art. 82 HRegV). Il Registro delle Imprese esamina il contratto di cessione nell'ambito della registrazione dell'acquirente come socio (art. 82 HRegV). Se i requisiti non sono soddisfatti, la registrazione viene rifiutata - a meno che il trasferimento delle azioni della società non sia stato acquisito per successione, divisione ereditaria, diritti patrimoniali tra coniugi o esecuzione forzata (art. 788 CO).

II. RIFERIMENTO AI DIRITTI E AGLI OBBLIGHI DI LEGGE NEL CONTRATTO DI TRASFERIMENTO

Se possibile, la persona che acquista le azioni ordinarie deve essere informata degli obblighi statutari a cui è soggetta in quanto socio. L'art. 785 cpv. 2 CO - così come l'art. 784 cpv. 2 CO - richiede che i riferimenti ai diritti e agli obblighi legali dei partner elencati nell'art. 777a cpv. 2 CO siano inclusi nel contratto di cessione (obblighi aggiuntivi e accessori, eventuali clausole di non concorrenza per i partner, diritti di prelazione o sanzioni contrattuali). 9

Se questi requisiti minimi previsti dalla legge non sono soddisfatti, il contratto di cessione è invalido secondo una parte della dottrina e ne consegue la nullità (art. 20 CO), in quanto questa norma è di natura obbligatoria. Secondo Keller/Jegher/Vasella e Küng/Camp, viene violata solo una disposizione normativa e si presume solo una mancanza di volontà. 10

Un riferimento particolare ai diritti e agli obblighi statutari non è necessario se l'acquirente è già un azionista della GmbH - in quanto dovrebbe essere già informato del contenuto statutario - o se le azioni ordinarie sono state trasferite mediante tipi speciali di acquisizione (art. 788 CO). 11

MODELLI DI DOCUMENTI

Si veda la versione originale tedesca del commentario.

I MATERIALI

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter

https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

BIBLIOGRAFIA

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., 2017 Basel (zit. CR).

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Girsberger Daniel / Hermann Johannes Lukas, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020 Basel (zit. BSK).

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 214 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Minnig Yannick, Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis, Diss. Bern 2017.

Olejarova Veronika, Urteil des Veraltungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2019 betreffend Verletzung des Eintragungspflicht (Art. 152 HRegV), REPRAX 3/2019, S. 99-104.

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Schenker Franz, in: Honsel Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino, Stolpersteine bei der Übertragung von Stammanteilen bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, REPRAX 2/2008, S. 76-88 (zit. REPRAX).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trigo Trindade Rita, in: Handschin Lukas / Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660–697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016 Zürich (zit. CHK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 786 CO

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 786 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 786 OR.

b. Esigenze in materia di approvazione

Art. 786

[1] La cessione di quote sociali richiede l'approvazione dell'assemblea dei soci. Quest'ultima può rifiutare l'approvazione senza indicarne i motivi.

[2] Lo statuto può derogare a quanto disposto nel capoverso 1:

rinunciando all'esigenza dell'approvazione della cessione;
stabilendo i motivi che giustificano il rifiuto dell'approvazione della cessione;
prevedendo che l'assemblea dei soci può rifiutare l'approvazione se la società offre all'alienante di assumere le quote sociali al valore reale;
escludendo la cessione di quote sociali;
prevedendo che l'assemblea dei soci può rifiutare l'approvazione se è dubbio che un obbligo statutario di effettuare versamenti suppletivi o di

fornire prestazioni accessorie sarà adempito e non sono state fornite le garanzie chieste dalla società.

[3] Se lo statuto esclude la cessione di quote sociali o l'assemblea dei soci rifiuta l'approvazione, è fatto salvo il diritto di recedere dalla società per gravi motivi.

STRUTTURA

I. Consenso 282
A. Restrizioni legali al trasferimento 282
B. Notifica 282
C. Giurisdizione 282
D. Risoluzione di consenso 283
E. Consigli pratici 283
II. Deviazioni dalla legge 284
A. Abolizione del requisito del consenso (n. 1) 284
B. Deviazioni (n. 2) 284
C. Acquisizione al valore reale (sezione 3) 285
D. Divieto di trasferimento (n. 4) 285
E. Dubbi sulla liquidità del cessionario (par. 5) 286
III. Conseguenze legali del rifiuto del consenso 286
Modelli di documenti 287
I materiali 287
Bibliografia 287

I. CONSENSO

A. Restrizioni legali al trasferimento

1 A differenza di una società per azioni, che segue il principio della libera trasferibilità - ad eccezione delle restrizioni statutarie - il trasferimento delle azioni con diritto di voto di una società a responsabilità limitata è soggetto a restrizioni statutarie. L'art. 786 cpv. 1 CO richiede il consenso dell'assemblea degli azionisti per il trasferimento di azioni ordinarie. Il consenso può essere rifiutato senza fornire motivazioni, senza la necessità di una specificazione nello statuto.

2 La composizione del gruppo di azionisti può essere influenzata dalle restrizioni al trasferimento; si tiene conto dell'elemento personale della GmbH. Gli acquirenti indesiderati di azioni ordinarie possono essere tenuti fuori nell'interesse della società.

B. Notifica

3 Affinché il trasferimento delle azioni ordinarie sia approvato, la società (cioè la direzione) deve essere informata del trasferimento. Sia il cedente che il cessionario possono notificare alla società il trasferimento delle azioni ordinarie senza coinvolgere l'altra persona, a meno che lo statuto non preveda una disposizione speciale su chi debba effettuare la notifica.

4 Se l'acquirente notifica il trasferimento e richiede l'approvazione della società, deve allegare alla richiesta il contratto di trasferimento, in modo da verificare la validità legale del trasferimento. Se il cedente presenta la richiesta alla società, non è necessario allegare il contratto di cessione.

C. Giurisdizione

5 Se la richiesta di approvazione della cessione è stata presentata o consegnata alla società, la direzione deve convocare l'assemblea generale degli azionisti. Gli amministratori non hanno l'obbligo né la facoltà di iscrivere il consenso all'ordine del giorno se non è pervenuta alcuna richiesta.

6 Il consenso all'assegnazione delle azioni ordinarie è dato dall'assemblea generale degli azionisti e non dalla direzione, vale a dire che la competenza

non può essere delegata (art. 804 CO). Di conseguenza, l'assemblea generale ordinaria o straordinaria degli azionisti deve essere convocata dalla direzione (art. 805 cpv. 1 e 2 CO) e il consenso all'assegnazione deve essere inserito nell'ordine del giorno - a meno che non si tratti di un'assemblea universale (art. 805 cpv. 3 ultima frase CO).

D. Risoluzione di consenso

Per l'approvazione della cessione di azioni o del riconoscimento come azionista con diritto di voto è necessaria una maggioranza qualificata di due terzi dei voti rappresentati e la maggioranza assoluta del capitale sociale complessivo (art. 808b cpv. 1 n. 4 CO). La delibera non può essere trasferita alla direzione (art. 804 cpv. 2 punto 8 CO), in quanto è considerata una competenza non trasferibile dell'assemblea degli azionisti. Per quanto riguarda l'art. 808b cpv. 2 CO, si noti che i requisiti per l'approvazione delle delibere possono essere aumentati, ma non ridotti; in altre parole, il quorum non può essere ridotto alla maggioranza semplice. 7

La legge non si pronuncia sui requisiti formali per una delibera di approvazione o di rigetto da parte dell'assemblea degli azionisti. La delibera può essere approvata per iscritto, a condizione che l'azionista o gli azionisti non abbiano richiesto una discussione orale (art. 805 cpv. 4 CO). Di norma, viene registrato per iscritto nel verbale ordinario. Se l'azionista o gli azionisti sono elencati nominativamente nello statuto - come era necessario prima della revisione della legge sulle società a responsabilità limitata nel 2008 - è necessario apportare una modifica allo statuto anche al momento del trasferimento delle azioni ordinarie, che richiede una certificazione pubblica. 8

Il consenso viene solitamente dato in occasione di un'assemblea degli azionisti; invece di una delibera assembleare, il consenso può essere dato anche tramite una delibera circolare, purché questa forma di delibera non sia esclusa dallo statuto (art. 805 cpv. 4 CO). 9

E. Consigli pratici

La persona che vende le azioni ordinarie può partecipare all'assemblea degli azionisti e votare a favore della cessione (art. 806a CO). Tuttavia, non può prendere alcuna precauzione per ostacolare o impedire il trasferimento. 10

11 L'acquirente può partecipare all'assemblea degli azionisti o prendere il posto del venditore (il cedente) solo dopo una delibera positiva sull'assegnazione. Siffert/Fischer/Petrin sostengono la possibilità per il venditore di farsi rappresentare dall'acquirente all'assemblea degli azionisti e di votare a favore del trasferimento. Tuttavia, ciò richiede che lo statuto consenta la rappresentanza degli azionisti da parte di terzi. Se tutte le azioni ordinarie sono detenute da una sola persona e vengono vendute a una sola persona, è formalmente necessaria l'approvazione dell'assemblea generale degli azionisti; tuttavia, l'approvazione può essere decisa contemporaneamente al trasferimento dall'assemblea universale (art. 805 cpv. 3 CO).

II. DEVIAZIONI DALLA LEGGE

12 Le disposizioni di legge possono derogare all'obbligo di consenso di cui all'art. 786 cpv. 1 CO. Ai sensi dell'art. 786 cpv. 2 CO, è possibile anche una disposizione derogatoria nell'atto costitutivo, per cui l'elenco delle possibilità è esaustivo; è possibile una combinazione delle singole varianti. Le norme statutarie possono andare oltre la restrizione di trasferimento prevista dalla legge e rendere il trasferimento più difficile o addirittura impossibile (art. 786 cpv. 2 n. 4 CO).

A. Abolizione del requisito del consenso (n. 1)

13 Gli azionisti hanno la possibilità di abrogare la restrizione legale alla trasferibilità prevista dallo statuto (art. 786 cpv. 2 punto 1 CO) e quindi di prevedere la libera trasferibilità delle azioni ordinarie. In pratica, questo regolamento viene scelto per le società con molti azionisti o se la composizione del gruppo di azionisti non è particolarmente significativa. Di conseguenza, all'elemento capitalistico viene attribuita maggiore importanza rispetto all'elemento personale dell'appartenenza alla GmbH.

14 Si può stabilire negli articoli che il consenso può essere negato solo per motivi importanti, introducendo così una quasi abolizione del requisito del consenso.

B. Deviazioni (n. 2)

15 Ai sensi dell'art. 786, cpv. 2, comma 2 CO, lo statuto stesso può specificare i motivi che giustificano il rifiuto del consenso al trasferimento delle azioni ordinarie. Possono essere elencate ragioni importanti, ma possono essere

stipulate nello statuto anche ragioni banali se sono legate alla composizione della cerchia degli azionisti, come ad esempio la clausola familiare.

Le restrizioni al trasferimento di azioni ai sensi del paragrafo 2 si applicano non solo al trasferimento a un nuovo azionista, ma anche agli azionisti esistenti, in quanto l'equilibrio di potere può cambiare. 16

C. Acquisizione al valore reale (sezione 3)

L'assemblea generale degli azionisti può rifiutarsi di approvare il trasferimento se lo statuto prevede che la società offra al cedente il trasferimento al valore reale (art. 786, cpv. 2, punto 3 CO). Il valore reale non è definito dalla legge e deve essere determinato come il valore totale a valori correnti tenendo conto del valore dell'attivo netto e del valore degli utili capitalizzati. Inoltre, è opportuno determinare la valutazione prendendo in considerazione i flussi di cassa (in particolare il metodo dei flussi di cassa attualizzati), la determinazione dei contributi al valore aggiunto o i dati relativi all'utile residuo (ad esempio, il metodo del valore aggiunto economico). In ogni caso, è opportuno utilizzare una combinazione di diversi metodi di valutazione. È inoltre opportuno determinare il valore sulla base del parere di un esperto indipendente. 17

Con questa disposizione (clausola di salvaguardia), all'azionista che intende vendere viene garantito il diritto di recesso e corrisponde alla disposizione per le azioni nominative non quotate in borsa nel caso di una società per azioni (art. 685b cpv. 1 CO). Le azioni ordinarie possono essere acquistate per conto della società (acquisto di azioni ordinarie proprie, art. 783 e 806a cpv. 2 CO), dei singoli azionisti o di terzi. 18

D. Divieto di trasferimento (n. 4)

L'atto costitutivo può prevedere un divieto di trasferimento. Questa disposizione è molto simile alla trasferibilità dei diritti di socio nelle società di persone. Il divieto di trasferimento è generalmente utilizzato nelle joint venture societarie, perché lo scopo della società può essere raggiunto solo attraverso le caratteristiche personali dei soci. 19

Il divieto di trasferimento implica un diritto di recesso per giusta causa per l'azionista (art. 786 cpv. 3 in relazione all'art. 822 CO). Il divieto di 20

trasferimento esclude anche la creazione di un usufrutto o di un pegno sulle azioni (art. 789a cpv. 2 e art. 789b cpv. 2 CO).

E. Dubbi sulla liquidità del cessionario (par. 5)

21 In ultima istanza, l'assemblea degli azionisti può adeguare i requisiti di approvazione dello statuto ai sensi del paragrafo 5 se l'adempimento degli obblighi statutari di versamento di contributi supplementari (art. 795 CO) o di prestazioni accessorie (art. 796 CO) è dubbio e non viene fornita una garanzia richiesta dalla società. La cosiddetta restrizione del rating è valida solo se entrambe le condizioni sono soddisfatte cumulativamente. Corrisponde alla restrizione di trasferimento per le azioni nominative non interamente liberate (art. 685 CO).

22 La società può richiedere una garanzia solo se la solvibilità dell'acquirente non può essere resa credibile. Tuttavia, la garanzia richiesta può essere fornita dall'alienante, dall'acquirente o da terzi e la sua forma (titoli reali e personali) può non essere prescritta dalla società. L'importo della garanzia è determinato dalla parte non coperta degli obblighi di pagamento aggiuntivi o accessori.

23 Questa disposizione è in contrasto con il principio secondo cui l'assemblea generale degli azionisti può rifiutarsi di dare il proprio consenso senza indicarne i motivi. In effetti, il comma 5 ha senso solo se la restrizione giuridica dispositiva della trasferibilità di cui all'art. 786 cpv. 1 CO è stata preventivamente esclusa.

III. CONSEGUENZE LEGALI DEL RIFIUTO DEL CONSENSO

24 Se la maggioranza richiesta non viene raggiunta dall'assemblea degli azionisti al momento della votazione sul consenso, il consenso si considera rifiutato. Se l'assemblea generale degli azionisti rifiuta di dare il proprio consenso al trasferimento, l'operazione di trasferimento rimane inefficace e si deve procedere all'annullamento dell'operazione. La persona che vende le azioni rimane azionista - a meno che la società non rilevi le azioni ordinarie al loro valore reale (art. 786 cpv. 2 punto 3 CO).

25 Limitando la trasferibilità delle azioni, la società può proteggersi da acquirenti indesiderati, ma può anche ledere gli interessi degli azionisti che desiderano ritirarsi. Per ovviare alle drastiche conseguenze di rendere più difficile il cambio di socio, l'art. 786 cpv. 3 CO prevede che, in caso di divieto di

trasferimento previsto dalla legge e in caso di rifiuto del consenso al trasferimento di un'azione ordinaria, sia riservato il diritto di dimettersi per giusta causa (art. 822 CO).

Il divieto di trasferimento previsto dalla legge costituisce una buona causa di recesso, ma resta da verificare se la prosecuzione del rapporto societario sia irragionevole nel singolo caso. Se la società rifiuta il proprio consenso senza un valido motivo e quindi agisce abusivamente, possono essere giustificate le dimissioni per giusta causa o addirittura lo scioglimento per giusta causa (art. 821 cpv. 3 CO). 26

Non è del tutto chiaro se il diritto di dimettersi possa essere esercitato anche in caso di rifiuto non abusivo del consenso, ma non sembra che il legislatore abbia voluto tutelare in modo così completo gli azionisti disposti a vendere. 27

MODELLI DI DOCUMENTI

Si veda la versione originale tedesca del commentario.

I MATERIALI

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

BIBLIOGRAFIA

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

Dalla Corte Philippine / Meyer Manuel / Trautmann Matthias D., in: Theus Simoni Fabiana / Hauser Isabel / Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK).

Forstmoser Peter / Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den Weiteren Gesetzesänderungen, Bern 2022.

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jentsch Valentin, Ausübung eines vertraglichen Kaufrechts durch die übrigen Gesellschafter beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GmbH, Urteilsbesprechung 4A_60/2018, GesKR 2019, S. 132-140.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Küng Manfred / Hauser Isabel, GmbH – Gründung und Führung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Basel 2005.

Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter / Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankenhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationen Recht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Schmid Christoph, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trigo Trindade Rita, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

Trigo Trindade Rita, in: Handschin Lukas / Jung Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellscahft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660–697m OR, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. ZK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Wibmer Jeannette K., in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 787 CO

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 787 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 787 OR.

c. Trasferimento dei diritti

Art. 787

[1] La cessione di quote sociali subordinata all'approvazione dell'assemblea dei soci è efficace soltanto dal momento in cui tale approvazione è accordata.

[2] L'approvazione si considera accordata se l'assemblea dei soci non la rifiuta entro sei mesi dalla ricezione della relativa domanda.

STRUTTURA

I. Momento del trasferimento dei diritti 293
II. Termine per il rilascio del consenso 293
A. Calcolo dei limiti di tempo 294
B. Effetti alla scadenza del termine 294
C. Riconoscimento della decisione 294
Modelli di documenti 295
I materiali 295
Bibliografia 295

I. MOMENTO DEL TRASFERIMENTO DEI DIRITTI

Se i requisiti per l'acquisizione delle azioni ordinarie sono soddisfatti (art. 785 CO), i diritti e gli obblighi non passano all'acquirente con il suo trasferimento, ma solo dopo che l'assemblea degli azionisti ha dato il suo consenso - a condizione che il requisito non sia stato abrogato dallo statuto (art. 786 cpv. 2 punto 1 CO). Di conseguenza, il trasferimento è soggetto a una condizione sospensiva (art. 151 e segg. CO) e rimane in sospeso finché l'assemblea degli azionisti non dà il suo consenso. Di conseguenza, l'assegnazione di azioni ordinarie si comporta come il trasferimento di azioni nominative non quotate in borsa (art. 685c CO). 1

Solo dopo l'approvazione, l'acquirente ottiene tutti i diritti (diritto di voto, diritto di veto, ecc.) e gli obblighi di un socio. Fino a quel momento, l'alienante rimane il solo autorizzato a esercitare i diritti di socio; tuttavia, è possibile per l'acquirente votare all'assemblea degli azionisti per mezzo di una delega dell'alienante. 2

Se la cessione viene approvata, gli effetti giuridici non decorrono retroattivamente al momento dell'acquisizione, ma ex nunc con l'approvazione della delibera. Inoltre, non è costitutiva l'iscrizione nel registro delle imprese, ma il momento della risoluzione. Se l'obbligo di consenso è stato escluso dallo statuto (art. 786 cpv. 2 punto 1 CO), i diritti e gli obblighi vengono trasferiti all'acquirente con il trasferimento. 3

Se il consenso al trasferimento viene rifiutato, il trasferimento è inefficace e decade ex tunc. Se i certificati azionari ordinari sono già stati consegnati all'acquirente, il contratto di vendita o donazione deve essere annullato (art. 109 CO). 4

II. TERMINE PER IL RILASCIO DEL CONSENSO

L'assemblea generale degli azionisti ha un termine di sei mesi per approvare il trasferimento delle azioni ordinarie (art. 787 cpv. 2 CO). Anche se il termine di sei mesi è esplicitamente previsto per il consenso, si tratta in pratica di un termine entro il quale l'assemblea dei soci deve agire se non vuole ammettere la persona acquirente come socio. Se l'assemblea generale degli azionisti non rifiuta entro questo periodo, il consenso si considera dato per finzione. 5

6 Durante questi sei mesi gli azionisti possono fare domande sull'acquirente. A tal fine, la loro solvibilità può essere verificata se, nell'ambito di una norma di legge ai sensi dell'art. 786 Ab. 2 n. 5 CO, il consenso alla cessione può essere rifiutato se l'adempimento degli obblighi di legge di versare contributi supplementari o accessori è dubbio e se non viene fornita una garanzia richiesta dalla società.

A. Calcolo dei limiti di tempo

7 Il termine inizia a decorrere dal giorno successivo a quello in cui la richiesta di approvazione dell'assegnazione delle azioni ordinarie è stata ricevuta dalla società o è entrata in suo potere. Il periodo di sei mesi può essere ridotto dall'atto costitutivo, ma non esteso, al fine di tutelare gli interessi degli acquirenti.

B. Effetti alla scadenza del termine

8 Se la società non respinge la richiesta di approvazione della cessione o non prende una decisione generale entro il termine, l'approvazione si presume inconfutabilmente. Un rifiuto tardivo da parte dell'assemblea generale degli azionisti non avrà alcun effetto.

9 Se la richiesta è stata respinta senza motivo - ad esempio se l'acquirente soddisfa i requisiti della restrizione di trasferimento prevista dalla legge ai sensi dell'art. 786 cpv. 2 n. 2 CO o della restrizione del rating ai sensi dell'art. 786 cpv. 2 n. 5 CO e tuttavia gli viene negato il consenso - e la decisione viene impugnata in tribunale, si presume che l'approvazione sia stata concessa nel momento in cui la sentenza dichiarativa diventa definitiva.

C. Riconoscimento della decisione

10 La decisione di rigetto non deve essere motivata (cfr. art. 786 cpv. 1 CO), a meno che lo statuto non preveda un obbligo di motivazione. Tuttavia, il richiedente deve essere informato della decisione dell'assemblea degli azionisti. Se non è presente all'assemblea degli azionisti, ad esempio come rappresentante del venditore, e la società rifiuta il trasferimento delle azioni ordinarie, la delibera deve pervenire al richiedente prima della scadenza del periodo di sei mesi.

La forma in cui deve essere effettuata la notifica non è disciplinata dalla legge. L'atto costitutivo della società deve disciplinare questa forma (art. 776 n. 4 CO). Se la comunicazione è inviata per iscritto per posta o per e-mail, vale la data di ricezione e non è necessario che il richiedente abbia effettivamente preso atto del rifiuto della società. Pertanto, si consiglia cautela se l'assemblea degli azionisti è prevista per l'ultimo giorno del periodo di sei mesi e la decisione di rifiuto deve ancora essere comunicata. 11

MODELLI DI DOCUMENTI

Si veda la versione originale tedesca del commentario.

I MATERIALI

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

BIBLIOGRAFIA

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR).

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK).

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Basel 214 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK).

Zellweger-Gutknecht Corinne, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020 Basel (zit. BSK).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 788 CO

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly, Kommentierung zu Art. 788 OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Schneuwly, N XXX zu Art. 788 OR.

2. Modi di acquisto particolari

Art. 788

[1] Se quote sociali sono acquistate per successione, divisione ereditaria, in virtù del regime matrimoniale dei beni o in un procedimento di esecuzione forzata, i diritti e gli obblighi connessi passano all'acquirente senza l'approvazione dell'assemblea dei soci.

[2] L'acquirente può tuttavia esercitare il diritto di voto e i diritti ad esso connessi soltanto se è riconosciuto socio con diritto di voto dall'assemblea dei soci.

[3] L'assemblea dei soci può negargli il riconoscimento soltanto se la società gli offre di assumere le quote sociali al valore reale al momento della domanda. La società può fare l'offerta per proprio conto o per conto di altri soci o di terzi. L'offerta si considera accettata se l'ac-

quirente non la respinge entro un mese da quando ha avuto conoscenza del valore reale.

[4] Il riconoscimento si considera accordato se l'assemblea dei soci non respinge la relativa domanda entro sei mesi.

[5] Lo statuto può rinunciare all'esigenza del riconoscimento.

STRUTTURA

I. Trasferimento di diritti e obblighi 300
A. Forme di trasferimento 300
B. Effetto 300
II. Riconoscimento dell'assemblea generale 301
A. Richiesta di riconoscimento 301
B. Risoluzione di riconoscimento 301
C. Posizione giuridica dell'acquirente fino all'approvazione della delibera 302
D. Limite di tempo 302
III. Assunzione di azioni ordinarie al valore reale 303
IV. Conseguenze legali del rifiuto del consenso 303
V. Esonero dall'obbligo di riconoscimento 304
Modelli di documenti 304
I materiali 304
Bibliografia 304

I. TRASFERIMENTO DI DIRITTI E OBBLIGHI

A. Forme di trasferimento

1 In caso di acquisto di azioni per successione (art. 537 e segg. CC), divisione ereditaria (art. 602 e segg. CC), diritti patrimoniali tra coniugi (art. 181 e segg. CC) o esecuzione forzata (ai sensi del Codice delle obbligazioni svizzero), i diritti e gli obblighi sono immediatamente trasferiti all'acquirente e non si applicano le norme generali sui requisiti di consenso (art. 786 CO) e sul trasferimento dei diritti (art. 787 CO).

2 L'elenco dei tipi di acquisizione è stato concepito dal legislatore come esaustivo, ma l'art. 788 CO si applica per analogia a tipi di acquisizione analoghi, a condizione che le circostanze e gli interessi corrispondano ai casi elencati nel 1° comma. Sono quindi riconosciute altre forme di successione universale, come l'acquisizione di azioni ordinarie da parte di una società acquirente nel corso di una fusione o scissione. In questo caso, le azioni ordinarie vengono trasferite alla data di iscrizione nel registro di commercio (art. 22, 52 e 73 della legge sulla fusione), indipendentemente dall'art. 788 CO.

B. Effetto

3 Fatte salve eventuali restrizioni al trasferimento, in caso di acquisizione delle azioni ordinarie in uno dei modi sopra descritti, tutti i diritti e gli obblighi associati alle azioni ordinarie vengono trasferiti alla persona che le acquisisce senza il consenso dell'assemblea generale degli azionisti. Il trasferimento dei diritti in quanto tale non richiede mai il consenso dell'assemblea generale degli azionisti. In questo modo si garantisce la successione legale dell'azionista ritirato e si evita che i diritti e gli obblighi associati alle azioni ordinarie diventino privi di proprietà.

4 Tuttavia, il diritto di voto e i diritti connessi sono sospesi fino al riconoscimento da parte dell'assemblea degli azionisti (art. 788 cpv. 2 CO). L'effetto della restrizione statutaria al trasferimento è limitato al riconoscimento come azionista con diritto di voto. In altre parole, la decisione dell'assemblea degli azionisti funge da condizione sospensiva per l'esercizio del diritto di voto. L'assemblea generale degli azionisti non può quindi

rifiutare l'ammissione di un nuovo azionista, ma può almeno impedire che un acquirente indesiderato partecipi alla formazione della volontà della società.

II. RICONOSCIMENTO DELL'ASSEMBLEA GENERALE

A. Richiesta di riconoscimento

L'acquirente deve chiedere alla società di essere riconosciuto come azionista con diritto di voto. La legge non ha fissato un termine per la richiesta e pertanto consente le azioni ordinarie senza diritto di voto per gli acquirenti ai sensi dell'art. 788 cpv. 1 CO. 5

B. Risoluzione di riconoscimento

Come nel caso di un trasferimento legale, l'assemblea generale degli azionisti è responsabile del riconoscimento dei diritti di voto ai sensi dell'art. 788 cpv. 2 CO. Pertanto, per l'approvazione delle delibere valgono gli stessi requisiti dell'art. 786 CO. Per essere riconosciuti come azionisti con diritto di voto è necessaria una maggioranza qualificata di due terzi dei voti rappresentati e la maggioranza assoluta del capitale sociale complessivo (art. 808b cpv. 1 punto 4 CO). La delibera non può essere trasferita alla direzione (art. 804 cpv. 2 punto 8 CO), in quanto è considerata una competenza non trasferibile dell'assemblea degli azionisti. Per quanto riguarda l'art. 808 cpv. 2 CO, si noti che i requisiti per l'approvazione delle delibere possono essere aumentati, ma non ridotti; in altre parole, il quorum non può essere ridotto alla maggioranza semplice. 6

La legge non specifica i requisiti formali per la delibera di riconoscimento. La delibera può essere approvata per iscritto, a condizione che non sia stata richiesta una discussione orale da parte degli azionisti (art. 805 cpv. 4 CO). Di norma, viene registrata per iscritto nell'ambito della normale attività di registrazione. Se i nomi dei soci sono elencati nell'atto costitutivo, al momento del trasferimento delle azioni ordinarie deve essere effettuata anche una modifica dell'atto costitutivo, che richiede una certificazione pubblica. Invece di una delibera assembleare, il consenso può essere dato anche tramite delibera circolare, purché questa forma di delibera non sia esclusa dallo statuto (art. 805 cpv. 4 CO). 7

8 Indipendentemente dal fatto che il nuovo azionista sia riconosciuto o meno come avente diritto di voto, deve essere iscritto nel registro delle imprese (art. 82 cpv. 1 HRegV). Ogni trasferimento di un'azione ordinaria, così come altri cambiamenti di fatto (ad es. cambio di nome, domicilio, residenza, numero e valore nominale) devono essere annotati nel registro delle azioni (art. 791 cpv. 1 CO). Devono essere inseriti anche gli azionisti che non hanno diritto di voto finché la società non ha dato il suo consenso all'acquisizione. Tale caso può verificarsi, ad esempio, se la partecipazione è stata acquisita sulla base dell'art. 788 CO (successione, divisione ereditaria, diritto patrimoniale dei coniugi o esecuzione forzata). Si noti inoltre che la prova dell'eredità deve essere presentata all'Ufficio del Registro delle Imprese, in originale o in copia autenticata; i documenti stranieri devono essere tradotti di conseguenza e corredati delle necessarie certificazioni (apostille; sovracertificazione). Se una comunità di eredi ha ereditato delle quote e solo alcuni degli eredi vengono successivamente registrati come soci, il contratto di cessione deve essere redatto di conseguenza. I requisiti per dimostrare che i minori hanno potere di rappresentanza legale, se esistono, non devono essere troppo elevati.

C. Posizione giuridica dell'acquirente fino all'approvazione della delibera

9 Fino a quando l'acquirente non sarà definitivamente riconosciuto come azionista con diritto di voto, non potrà esercitare il diritto di voto e i diritti ad esso connessi, come il diritto di mozione (art. 805 cpv. 5 punto 2 e art. 699 cpv. 3 CO) o il diritto di informazione o di ispezione (art. 802 CO). Si può quindi affermare che è prevista una divisione dei diritti e che questi sono in stato di sospensione fino al riconoscimento da parte dell'assemblea degli azionisti - a meno che il riconoscimento da parte dell'assemblea degli azionisti non sia stato rinunciato nello statuto (art. 788 cpv. 5 CO).

D. Limite di tempo

10 Se il riconoscimento non viene rifiutato dall'assemblea generale entro 6 mesi dal ricevimento della domanda, il riconoscimento si considera concesso (art. 788 cpv. 4 CO). Il termine inizia a decorrere dal giorno successivo a quello in cui la richiesta di approvazione dell'assegnazione delle azioni ordinarie è stata ricevuta dalla società o è entrata in suo potere. Il periodo di sei mesi può

essere ridotto dall'atto costitutivo, ma non prolungato per tutelare gli interessi dell'acquirente.

Se la società non respinge la richiesta di approvazione della cessione o non prende una decisione generale in tempo utile, l'approvazione si presume inconfutabilmente. Un rifiuto tardivo da parte dell'assemblea generale degli azionisti rimane senza effetto. 11

III. ASSUNZIONE DI AZIONI ORDINARIE AL VALORE REALE

L'assemblea generale degli azionisti non è in realtà libera di decidere sul riconoscimento, perché può rifiutarlo solo se offre all'acquirente l'acquisizione delle azioni ordinarie al valore reale (art. 789 CO). Poiché le azioni ordinarie sono già state validamente trasferite, l'assemblea degli azionisti si limita a decidere se rilevare il successore legale e sottoporgli un'offerta pubblica di acquisto. Questa disposizione è identica alla clausola di salvaguardia per le azioni nominative non quotate delle società per azioni (art. 685b cpv. 1 CO). Le azioni ordinarie possono essere acquistate per conto della società (acquisto di azioni ordinarie proprie, art. 783 e 806a cpv. 2 CO), del singolo azionista o di terzi. 12

La società comunicherà all'acquirente che l'assemblea generale degli azionisti ha rifiutato il riconoscimento e desidera acquistare le azioni ordinarie al loro valore reale. L'acquirente sarà libero di rifiutare l'acquisizione al valore effettivo e di rimanere un azionista senza diritto di voto. In questo caso, l'acquirente ha un periodo di un mese per rifiutare l'offerta di acquisizione, altrimenti l'offerta si considera accettata. Se l'acquirente contesta il valore delle azioni ordinarie calcolato dalla società, il termine di un mese per il rifiuto decorre solo dal momento dell'accordo tra le parti sull'importo del valore reale o dal momento in cui la sentenza del tribunale diventa definitiva. 13

IV. CONSEGUENZE LEGALI DEL RIFIUTO DEL CONSENSO

Se l'assemblea generale rifiuta di riconoscere la persona acquirente come azionista con diritto di voto, essa conserva il diritto di essere iscritta nel registro delle azioni come azionista senza diritto di voto (art. 791 cpv. 3 CO) e di esercitare i diritti patrimoniali delle azioni ordinarie. 14

15 Se l'acquirente non riceve entro il termine di sei mesi la comunicazione che l'assemblea generale degli azionisti ha rifiutato il riconoscimento e che intende acquistare le azioni ordinarie al loro valore reale, il riconoscimento si presume inconfutabilmente (art. 788 cpv. 3 CO).

V. ESONERO DALL'OBBLIGO DI RICONOSCIMENTO

16 Gli azionisti hanno la possibilità di rinunciare al requisito legale del riconoscimento dell'acquirente come azionista con diritto di voto nello statuto (art. 788 cpv. 5 CO). Gli articoli possono anche prevedere che solo alcuni tipi di acquisizioni siano soggetti all'obbligo di riconoscimento.

17 Se lo statuto rinuncia al consenso in caso di trasferimento di beni (art. 786, cpv. 2, punto 1 CO), si considera rinunciata anche la restrizione di trasferimento per tipi speciali di acquisizioni ai sensi dell'art. 788 CO.

MODELLI DI DOCUMENTI

Si veda la versione originale tedesca del commentario.

I MATERIALI

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2002/443/de besucht am 24. Juni 2022 (zit. Botschaft GmbH 2002).

BIBLIOGRAFIA

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

Buchser Michael, in: Theus Simoni Fabiana / Hauser Isabel / Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Chappuis Fernand / Jaccard Michel, in: Tercier Pierre / Amstutz Marc / Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 2. Aufl., 2017 Basel (zit. CR).

Druey Jean Nicolas / Druey Just Eva / Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

du Pasquier Shelby / Wolf Matthias / Oertle Matthias, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., 2016 Basel (zit. BSK).

Handschin Lukas / Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Keller Alwin / Jegher Gion / Vasella David, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. KuKo).

Küng Manfred / Camp Raphael, Orell Füssli Kommentar, GmbH-Recht – Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. OFK).

Meisterhans Clemens / Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 4. Aufl., Zürich 2021.

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Müller Lukas / Kaiser Philippe J.A. / Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, REPRAX 3/2022, S. 217-269, abrufbar unter https://www.alexandria.unisg.ch/260742/.

Scheidegger Markus, in: Nussbaum Martin F. / Sanwald Reto / Scheidegger Markus (Hrsg.), Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 2007 (zit. Kurzkommentar GmbH).

Siffert Rino, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2013 (zit. SHK).

Siffert Rino / Fischer Marc Pascal / Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Trüeb Hans Rudolf, in: RobertoVito / Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016 Zürich (zit. CHK).

Wibmer Jeannette K., in: Kren Kostkiewicz Jolanta / Wolf Stephan / Amstutz Marc / Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK).

Vogel Alexander, Orell Füssli Kommentar, Handelsregisterverordnung, Zürich 2020 (zit. OFK).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 808c CO

Un commentario di Jan Heller

CITAZIONE SUGGERITA

Jan Heller, Commentario all'art. 808c CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online alla Codice delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Heller, Art. 808c OR N. XXX.

VI. Diritto di contestare le deliberazioni dell'assemblea dei soci

Art. 808*c*

Al diritto di contestare le deliberazioni dell'assemblea dei soci si applicano per analogia le disposizioni del diritto della società anonima.

STRUTTURA

I. Introduzione 311
II. Delibera dell'assemblea degli azionisti e delibere 312
A. Concetto di delibera e terminologia relativa alle delibere 312
1. Impugnabile vs. nulla 313
2. Valido vs. invalido 313
3. Difettoso o esente da vizi 314
4. In attesa di approvazione o definitiva 314
B. Delibere 315
III. Azione di annullamento 315
A. Legittimazione attiva 315
1. Azionisti 315
2. Direzione 317
3. Interesse all'elusione 318
B. Legittimazione passiva 319
C. Oggetto dell'elusione 320
D. Motivi di contestazione 321
1. Cause formali di annullamento (vizi procedurali) 322
a. Difetti formali nella convocazione dell'assemblea degli azionisti 324
b. Vizi di forma nell'organizzazione dell'assemblea degli azionisti 325
c. Vizi di forma relativi alla votazione 328
2. Motivi sostanziali di annullamento (difetti di contenuto) 329
a. Restrizione o revoca dei diritti degli azionisti in violazione della legge o dello statuto 329
b. Limitazione o revoca dei diritti degli azionisti in modo improprio 330
c. Disparità di trattamento o discriminazione ingiustificata degli azionisti 330
d. Annullamento del fine di lucro 331
E. Natura giuridica dell'azione 331
F. Termine di contestazione/perdita 332
G. Effetti della sentenza di annullamento 334
1. Rigetto dell'azione di annullamento 334
2. Approvazione dell'azione di annullamento 334
a. Effetti della sentenza dal punto di vista fattuale 334
b. Effetti della sentenza in termini di tempo 335
c. Effetti della sentenza in termini personali 335
IV. Azione di annullamento 336
A. Legittimazione attiva 336
B. Legittimazione passiva 337
C. Cause di nullità 337
1. Motivi formali di nullità (vizi procedurali) 338
a. Vizi formali nella convocazione dell'assemblea degli azionisti 339

b. Vizi formali nell'organizzazione dell'assemblea degli azionisti 340
2. Cause di nullità sostanziale (difetti di contenuto) 342
a. Diritto di partecipazione all'assemblea degli azionisti e diritto di voto minimo 342
b. Diritti di azione e altri diritti obbligatori concessi agli azionisti 342
c. Diritti di controllo degli azionisti 343
d. Strutture di base della GmbH 343
e. Disposizioni sulla protezione del capitale 343
D. Natura giuridica dell'azione 344
E. Limitazione temporale 344
F. Effetti della sentenza di nullità 344
V. Differenziazione e rapporto con altri atti societari 345
A. Azione di responsabilità (art. 827 in combinato disposto con gli artt. 753 e 760 CO) 345
B. Azione di restituzione (art. 800 in combinato disposto con l'art. 678 CO) 345
C. Azione di scioglimento 346
D. Evitazione ai sensi dell'art. 106 f. FusG 346
VI. Questioni procedurali 347
A. Giurisdizione 347
1. Competenza locale 347
2. Competenza per materia 347
B. Procedure di conciliazione 348
C. Rappresentanza della GmbH 349
1. Gestione 349
2. Rappresentanza ai sensi dell'art. 706a cpv. 2 CO 350
D. Massime procedurali 352
1. Massima di negoziazione o di indagine? 352
2. Disposizione o massima ufficiale? 353
E. Diritto alla prova 353
F. Riconoscimento della domanda e transazione 355
G. Intervento 356
H. Spese di lite 357
I. Rimedi giuridici 358
J. Misure cautelari 358
1. Requisiti generali per un'ordinanza 359
a. Diritto all'ingiunzione (prognosi della questione principale) 360
b. Motivazione dell'ingiunzione (previsione di svantaggi) 360
c. Urgenza 360
d. Proporzionalità 360
2. Blocco giudiziario del registro delle imprese 361
3. Divieto 362

4. Ricorsi contro le decisioni sui provvedimenti 362
K. Arbitrato 363
VII. Inversione delle risoluzioni 364
VIII. Contestabilità e nullità in relazione alla pandemia di Covid-19 367
Bibliografia e i materiali 368

I. INTRODUZIONE

L'art. 808c CO fa riferimento alle disposizioni del diritto societario per l'impugnazione delle delibere dell'assemblea degli azionisti di una società a responsabilità limitata. Contrariamente alla formulazione ristretta, il riferimento dell'art. 808c CO comprende non solo le disposizioni del diritto societario in materia di elusione, ma anche quelle in materia di nullità. L'art. 808c CO fa riferimento agli artt. 689f, 691 cpv. 3, 706-706b e 731 cpv. 3 CO. Per motivi di leggibilità, nel presente commento non si aggiunge "l'art. 808c in combinato disposto con" prima di queste norme. è stato aggiunto. 1

Le delibere della direzione non possono essere impugnate. È possibile che le loro delibere siano nulle. Per quanto riguarda la nullità delle delibere della direzione, l'art. 816 CO - come il suo omologo del diritto societario (art. 714 CO) - rimanda all'art. 706b CO.

Le disposizioni del diritto societario sono applicabili "di conseguenza". Le particolarità della forma giuridica della GmbH devono essere tenute in considerazione. Nella misura in cui queste particolarità non comportano alcuna deviazione, la dottrina e la giurisprudenza delle disposizioni del diritto societario possono essere generalmente prese in considerazione. Nel presente commento, la letteratura e la giurisprudenza sul diritto delle società per azioni viene utilizzata senza indicare che non si tratta di letteratura o giurisprudenza sulla GmbH. 2

In dottrina si è discusso se i riferimenti alle disposizioni del diritto delle società per azioni nel diritto delle società a responsabilità limitata siano di natura statica o dinamica. Nel materiale della revisione parziale della legge sulle società a responsabilità limitata, entrata in vigore il 1° gennaio 2008, il legislatore ha chiarito che si tratta di riferimenti dinamici. Nel corso della revisione del diritto societario, il legislatore ha ribadito i riferimenti dinamici. Ciò significa che le attuali disposizioni del diritto societario sono applicabili in ogni caso. 3

Sebbene la struttura giuridica delle azioni di annullamento e di elusione sia diversa (si veda il n. 83 e segg. e il n. 130), in pratica entrambe le azioni mirano a ottenere in tribunale che una delibera dell'assemblea degli azionisti non venga attuata o non venga (più) applicata. Prima di discutere l'azione di annullamento e l'azione di elusione, un capitolo spiega innanzitutto la 4

delibera dell'assemblea degli azionisti e le sue conseguenze (si veda il n. 5 e seguenti). Seguono i capitoli sull'azione revocatoria (n. 19 e seguenti) e sull'azione di annullamento (n. 99 e seguenti). Successivamente, un capitolo esamina il rapporto tra le azioni revocatorie e di annullamento e le altre azioni di diritto societario (cfr. infra, n. 136 e segg.). Gli aspetti procedurali sono illustrati di seguito al n. 143 e seguenti. Seguono infine capitoli minori sull'annullamento delle delibere (infra n. 200 e segg.) e sulla pandemia Covid-19 (infra n. 205).

II. DELIBERA DELL'ASSEMBLEA DEGLI AZIONISTI E DELIBERE

A. Concetto di delibera e terminologia relativa alle delibere

5 Secondo alcuni studiosi, le delibere sono negozi giuridici sui generis, mentre secondo un'altra opinione sono negozi giuridici multilaterali. Poiché una delibera richiede in genere più di una dichiarazione di intenti, essa è considerata un negozio giuridico multilaterale secondo l'opinione qui espressa. Se l'assemblea degli azionisti è composta da una sola persona, si parla anche di delibera.

6 La delibera è approvata quando il presidente o la presidentessa la annuncia all'assemblea degli azionisti. A mio avviso, l'annuncio del risultato della votazione è costitutivo per ragioni di certezza giuridica. Il processo di votazione deve essere preso in considerazione solo se non viene annunciato. Ai sensi dell'art. 805 cpv. 5 n. 5 in combinato disposto con l'art. 701 cpv. 3 CO. Ai sensi dell'art. 701 cpv. 3 CO, le delibere possono essere approvate per iscritto, a meno che un azionista non richieda una discussione orale (la cosiddetta votazione per scrutinio). In caso di votazione a scrutinio segreto, il presidente o la presidente devono adottare una delibera formale dopo aver ricevuto i voti degli azionisti.

7 Diversi termini sono utilizzati in modo incoerente in relazione alle delibere assembleari. A questo punto, alcuni di questi termini, utilizzati anche nel prosieguo del commento, vengono brevemente presentati come coppie di opposti.

I termini "delibera fittizia" e "non delibera" non vengono discussi in dettaglio (si veda anche il successivo n. 100).

1. Impugnabile vs. nulla

Una delibera assembleare è nulla se presenta gravi vizi (cfr. art. 706b CO; cfr. infra, n. 106 e segg.). Gli altri vizi comportano l'annullabilità della delibera e devono essere fatti valere entro due mesi dall'assemblea mediante un'azione di annullamento (cfr. art. 706a cpv. 1 CO; cfr. infra, n. 85 e segg.). Per contro, i semplici illeciti amministrativi sono giuridicamente irrilevanti. Ciò vale, ad esempio, per il rispetto del termine di sei mesi per la convocazione dell'assemblea ordinaria ai sensi dell'art. 805 cpv. 2 CO. 8

In relazione alla validità giuridica delle delibere, Dubs tratta il concetto di presupposti per le delibere. I presupposti veri e propri delle delibere sono elementi di fatto legati al contenuto che costituiscono il presupposto per la validità giuridica di una delibera. Mentre i prerequisiti genuini qualificati di una risoluzione devono già esistere al momento dell'approvazione della risoluzione, i prerequisiti genuini semplici di una risoluzione possono concretizzarsi solo dopo l'approvazione della risoluzione. Al contrario, i prerequisiti non genuini di una risoluzione non fanno parte dei fatti legali della risoluzione e quindi non hanno alcun effetto sulla validità legale della risoluzione. Secondo Dubs, i prerequisiti genuini di una delibera sono una questione di esistenza a monte dell'elusione e della nullità. Se un requisito genuino per la risoluzione non è soddisfatto, non c'è alcuna risoluzione. Le conseguenze legali di una violazione di requisiti di risoluzione non genuini devono essere determinate caso per caso in base alla natura dello standard violato. Ciò può comportare la contestabilità. 9

Secondo il punto di vista qui espresso, non è necessaria una questione di esistenza a monte. L'assenza di presupposti reali per la risoluzione può essere direttamente collegata alla nullità. In caso di violazione di prerequisiti non genuini per una risoluzione, può essere prevista l'impugnabilità, a seconda della norma violata.

2. Valido vs. invalido

La delibera, che può servire come oggetto dell'elusione, deve essere valida in partenza. Solo l'annullamento della delibera a seguito di un'azione di annullamento approvata comporta la trasformazione retroattiva da una delibera valida a una delibera invalida (si veda il successivo n. 96). 10

11 Una delibera nulla è invalida ab initio. Per questo motivo, non è necessaria un'azione di annullamento. L'invalidità deve essere fatta valere con un'azione di accertamento o di contestazione (si veda il successivo n. 99 e seguenti). L'invalidità di una delibera deve essere riconosciuta d'ufficio.

12 A differenza di una delibera invalida, una delibera valida deve essere rispettata dalla società. Ciò significa che la direzione deve in generale attuare la delibera approvata (cfr. art. 810 cpv. 1 n. 6 CO; anche n. 179 e n. 203 di seguito).

13 L'Ufficio del registro di commercio deve tenere conto d'ufficio della nullità nell'ambito della sua cognizione. Di conseguenza, una delibera chiaramente nulla non deve essere registrata. Tuttavia, le altre delibere (comprese quelle contestabili) devono essere iscritte - a condizione di un blocco del registro delle imprese imposto dal tribunale (n. 188 e seguenti).

3. Difettoso o esente da vizi

14 Una delibera è viziata se viola la legge e/o lo statuto (cfr. art. 706 cpv. 1 CO). Le delibere prive di vizi sono (almeno inizialmente) valide (cfr. n. 160 e segg.). Le delibere viziate possono essere valide o non valide. Se una delibera viziata è valida all'inizio, è impugnabile. In tutti gli altri casi, la delibera è nulla.

15 Si può distinguere tra vizi formali e vizi materiali. I vizi formali (vizi procedurali) si riferiscono a errori nella procedura di adozione della delibera (per quanto riguarda l'impugnabilità, si veda il n. 47 e seguenti; per quanto riguarda la nullità, si veda il n. 109 e seguenti). I vizi materiali (vizi di contenuto) sussistono se il contenuto della delibera viola la legge e/o lo statuto (in merito all'impugnabilità, si veda il successivo n. 77 e seguenti; in merito alla nullità, si veda il successivo n. 122 e seguenti).

4. In attesa di approvazione o definitiva

16 Le delibere nulle sono definitivamente invalide fin dall'inizio. L'invalidità è sempre definitiva perché una delibera invalida non può diventare valida. Le delibere impugnabili sono valide in attesa. La delibera diventa definitivamente invalida solo quando l'azione di annullamento è stata approvata (formalmente e legalmente) (si veda il precedente n. 10). Prima di ciò, esiste uno stato di sospensione. Questo dura almeno due mesi (cfr. art. 706a cpv. 1 CO) e si prolunga quando viene presentata un'azione di annullamento. In questo stato di sospensione, la delibera dell'assemblea degli azionisti ha una validità

risolutiva condizionata. La sentenza di contestazione favorevole costituisce la condizione risolutiva. Se il periodo di impugnazione di due mesi scade inutilmente, l'eventuale vizio viene sanato e la delibera diventa definitivamente valida.

B. Delibere

La delibera dell'assemblea degli azionisti costituisce la base giuridica (causa) per le delibere successive. Le delibere sono di particolare importanza per gli azionisti. Un'azione di diritto societario in relazione a una delibera dell'assemblea degli azionisti ha generalmente lo scopo effettivo di impedire l'approvazione di determinate delibere. Ad esempio, si deve impedire l'aumento del capitale sociale o la partecipazione di un amministratore eletto alla gestione della GmbH in questione. 17

Se la delibera dell'assemblea degli azionisti è nulla, non esiste una base giuridica per le delibere corrispondenti ab initio. Le delibere impugnabili costituiscono inizialmente la base giuridica per le conseguenze delle delibere. Tuttavia, se l'azione di annullamento viene accolta, la delibera decade con effetto ex tunc (si veda il successivo n. 96). Pertanto, fin dall'inizio non esisteva una base giuridica valida per le delibere corrispondenti (sull'annullamento delle delibere, cfr. infra, n. 200 e segg.). 18

III. AZIONE DI ANNULLAMENTO

A. Legittimazione attiva

Ogni azionista e ogni socio (n. 20 e segg.) e la direzione in corpore (n. 28 e segg.) hanno il diritto di agire in giudizio. I revisori non sono autorizzati ad agire. Non è possibile restringere o ampliare il gruppo di soggetti autorizzati nello statuto. I terzi, come i creditori, non hanno quindi il diritto di impugnare, anche se hanno un interesse corrispondente. 19

1. Azionisti

In linea di principio, ogni azionista ha il diritto di impugnare una delibera assembleare. Anche gli azionisti che non erano presenti all'assemblea o che si sono semplicemente astenuti dal votare la delibera hanno il diritto di impugnarla. Un'eccezione a questo principio è prevista per gli azionisti che 20

hanno votato a favore della delibera. Nel senso di una contro-eccezione, anche questi azionisti hanno la possibilità di presentare un'azione di annullamento se sono soggetti a un difetto di volontà. Il termine per far valere questa pretesa non è il periodo di un anno dalla conoscenza della mancanza di volontà ai sensi dell'art. 31 cpv. 1 CO, bensì il termine di decadenza previsto dal diritto societario di due mesi dalla data della delibera (art. 706a cpv. 1 CO; per il termine, si veda il successivo n. 85 e segg.).

21 Per valutare lo status di azionista, sono importanti il trasferimento dell'azione ordinaria nella forma corretta (art. 785 CO) e, se necessario nella società interessata, il riconoscimento dell'acquirente da parte dell'assemblea degli azionisti (cfr. art. 786 CO), che possono emergere come questioni preliminari nel procedimento di elusione. Per contro, l'iscrizione nel registro delle azioni e nel registro delle imprese ha solo valore dichiarativo.

22 La legittimazione attiva deve sussistere al momento della presentazione dell'azione e al momento della sentenza. I nuovi soci che entrano nella società in caso di aumento di capitale non possono impugnare la delibera di aumento di capitale. Tuttavia, possono impugnare le delibere successive sulle quali hanno diritto di voto.

23 Dopo la vendita delle azioni ordinarie, l'acquirente ha il diritto di intentare un'azione di annullamento o di proseguire il procedimento (art. 83 cpv. 1 CPC). In qualità di parte interveniente, l'acquirente è responsabile di tutte le spese legali (Art. 83 cpv. 2 CPC). Se è richiesto il consenso dell'assemblea degli azionisti, l'assegnazione delle azioni ordinarie diventa legalmente efficace solo con il consenso dell'assemblea degli azionisti (Art. 787 cpv. 1 CO). A mio avviso, il diritto di elusione non rientra tra i diritti connessi al diritto di voto ai sensi dell'art. 788 cpv. 2 CO. Per questo motivo, in caso di particolari tipi di acquisizione (successione, divisione ereditaria, diritto matrimoniale, pignoramento, acquisizione di azioni ordinarie da parte della società acquirente in caso di fusione e altre circostanze previste dalla legge sulle fusioni), il diritto di annullamento viene trasferito all'acquirente senza il consenso dell'assemblea degli azionisti (art. 788 cpv. 1 CO). Ciò è particolarmente importante perché altrimenti la delibera (negativa) dell'assemblea degli azionisti in merito al riconoscimento come socio con diritto di voto non potrebbe essere impugnata dall'acquirente, il che comporterebbe un'ingiustificata lacuna nella tutela giuridica.

Se più persone hanno diritto a un'azione ordinaria (cfr. art. 792 CO), esse formano un'associazione necessaria ai fini dell'impugnazione della delibera (cfr. art. 70 CPC). È inoltre possibile avviare un'azione di annullamento tramite un rappresentante nominato congiuntamente (cfr. art. 792 cpv. 1 CO). D'altra parte, non è possibile includere come convenuti le altre parti congiuntamente autorizzate. Al massimo può essere concessa un'eccezione in caso di urgenza. In questo caso, le altre parti autorizzate dovranno successivamente accettare l'azione di rescissione e costituirsi in giudizio. 24

Le parti con diritti d'azione indipendenti possono condurre il procedimento di annullamento come semplici contendenti congiunti (cfr. art. 71 CPC).

In caso di usufrutto di un'azione ordinaria, all'usufruttuario spettano i diritti di voto e i diritti connessi (art. 806b cpv. 1 CO). È controverso in che misura l'usufrutto abbia un effetto sui diritti patrimoniali. Alcuni studiosi non riconoscono agli usufruttuari un diritto di elusione. Poiché gli interessi dell'azionista e dell'usufruttuario non sempre coincidono, altre voci dottrinali ritengono che entrambi abbiano il diritto di agire in giudizio. 25

Secondo una parte della dottrina, i titolari di certificati di godimento (art. 774a in combinato disposto con l'art. 657 CO) hanno il diritto di impugnare la società solo se ciò è loro concesso dallo statuto. Secondo un altro punto di vista, i titolari di certificati di godimento hanno anche il diritto di agire in giudizio se sono interessati dalla delibera in quanto azionisti della società. Poiché ai titolari di certificati di godimento non dovrebbe essere negata la tutela legale, si dovrebbe accettare quest'ultima tesi. 26

I creditori pignoratizi di azioni ordinarie non sono legittimati ad agire in giudizio (cfr. Art. 905 cpv. 2 CC). 27

2. Direzione

In quanto organo esecutivo, anche la direzione ha il diritto di agire in giudizio. Di conseguenza, i singoli amministratori delegati che non sono azionisti non possono agire in giudizio personalmente. Sebbene la direzione non sia menzionata nell'Art. 691 cpv. 3 CO, anch'essa ha il diritto di agire in giudizio in questi casi. Per intentare un'azione legale è necessaria una delibera degli amministratori delegati. Finché c'è un solo amministratore delegato, è lui solo a decidere in merito alla presentazione di un'azione legale. Se non diversamente stabilito dallo statuto, gli amministratori delegati decidono a 28

maggioranza dei voti espressi (art. 809 cpv. 4 CO). Questa delibera non può essere soggetta alla riserva di approvazione ai sensi dell'art. 811 CO, perché altrimenti la stessa maggioranza che ha ottenuto la delibera dell'assemblea degli azionisti da impugnare potrebbe vanificare l'impugnazione di questa stessa delibera. Una riserva di autorizzazione renderebbe inoltre più difficile la presentazione di un'azione legale entro il termine (per il termine si veda il successivo n. 85 e segg.).

29 In linea di principio, la direzione può lasciare agli azionisti perdenti il compito di impugnare la delibera dell'assemblea. Se una delibera dell'assemblea degli azionisti impedisce all'amministrazione di funzionare o di svolgere i suoi compiti principali o viola gravemente il diritto pubblico o il diritto penale, l'obbligo di contestazione può derivare dall'art. 810 cpv. 2 n. 6 e dall'art. 812 cpv. 1 CO.

30 L'assemblea degli azionisti può revocare in qualsiasi momento gli amministratori delegati che ha eletto (art. 805 cpv. 1 CO). La maggioranza dell'assemblea degli azionisti può quindi revocare gli amministratori delegati ed eleggere amministratori delegati che ritirano l'azione di annullamento. Per questo motivo, gli azionisti devono valutare se non desiderano intentare essi stessi un'azione legale, con i relativi rischi.

3. Interesse all'elusione

31 L'azione di elusione richiede un interesse degno di tutela (art. 59 cpv. 2 lett. a CPC). La forma specifica di questo interesse all'elusione è controversa. In una decisione pubblicata ufficialmente, il Tribunale federale ha ritenuto che - fatto salvo il divieto di abuso di diritto - sia sufficiente l'intenzione di salvaguardare gli interessi della società. È inoltre necessario che la posizione giuridica dell'azionista contestatore sia influenzata da una sentenza favorevole. In una giurisprudenza non pubblicata, la Corte Suprema Federale si è spinta oltre e ha richiesto che la posizione giuridica dell'azionista contestatore sia effettivamente modificata ("effectivement modifié") da una sentenza di approvazione e che questa sentenza gli giovi personalmente ("doit lui être utile"). Una decisione della Corte Suprema Federale pubblicata ufficialmente in seguito si limita ad affermare il principio che la sentenza favorevole all'azione di annullamento deve avere un effetto positivo sulla situazione giuridica del ricorrente. Questa decisione afferma inoltre che la valutazione dell'interesse alla tutela legale deve basarsi sul presupposto che i

fatti del caso e l'opinione legale del ricorrente siano corretti. La dottrina prevalente, invece, è più generosa e afferma l'interesse a impugnare la decisione se l'azione tutela gli interessi della società.

La correttezza delle delibere assembleari è nell'interesse della società. Se la direzione solleva l'azione di elusione (vedi n. 28 e seguenti), agisce anche nell'interesse di terzi. Ogni azionista dovrebbe quindi avere la possibilità di impugnare una delibera dell'assemblea degli azionisti, a prescindere dal fatto che la sua posizione giuridica ne risenta o meno. In caso contrario, potrebbe essere impossibile per un azionista far valere una delibera conforme alla legge e allo statuto.

L'interesse alla tutela legale generalmente decade retroattivamente se la società approva una seconda volta la delibera con lo stesso contenuto perché la prima delibera presentava un vizio di forma. Di norma, la delibera ha effetto solo a partire dalla seconda delibera (effetto ex nunc). Un'azione di annullamento con effetto ex tunc è ancora possibile entro il periodo di contestazione di due mesi (si veda il successivo n. 85). Ciò richiede un interesse degno di tutela all'annullamento della decisione con effetto ex tunc. 32

L'azione di annullamento non ha alcun interesse se viene abusata. Ciò accade se l'attore o l'attrice ha come unico scopo quello di danneggiare l'azienda o se vuole ottenere l'annullamento del diritto all'elusione. 33

Per quanto riguarda il requisito della causalità come parte dell'interesse meritevole di tutela, si veda il successivo n. 48 e seguenti. 34

B. Legittimazione passiva

In ogni caso, la società che adotta la delibera (art. 706 cpv. 1 CO: "contro la società") è autorizzata ad agire come convenuta. Di norma, la società è rappresentata dalla direzione (cfr. art. 706a cpv. 2 CO; sulla rappresentanza in giudizio, cfr. infra n. 153 e segg.). 35

Se la società è stata cancellata dal registro di commercio, deve essere nuovamente iscritta per il procedimento (cfr. art. 935 cpv. 2 n. 2 CO). Parallelamente alla procedura di reiscrizione, deve essere presentata un'azione di annullamento per rispettare il termine di decadenza (cfr. infra, n. 85 e segg.). L'azione revocatoria deve essere sospesa in vista dell'esito del procedimento di reiscrizione (cfr. art. 126, cpv. 1, CPC). 36

37 Se la società viene dichiarata fallita, l'art. 207 SchKG si applica alla procedura di annullamento. Di conseguenza, ad eccezione dei casi urgenti, i procedimenti civili in cui è parte il debitore e che interessano la massa fallimentare sono interrotti (art. 207 cpv. 1 LSC). L'interruzione è quindi ipotizzabile se il patrimonio della società viene intaccato (ad esempio, quando viene annullata una delibera sui dividendi). È anche ipotizzabile che, di norma, non vi sia più alcun interesse a contestare l'annullamento della delibera a causa della mancata continuazione della società (in generale sull'interesse a contestare la delibera, si veda il n. 31 e seguenti).

C. Oggetto dell'elusione

38 Solo le delibere assembleari possono essere considerate oggetto di annullamento. Sia una delibera positiva (accettazione di una mozione) sia una delibera negativa (rifiuto di una mozione) possono essere oggetto di un'azione di annullamento. Di norma, l'interesse a impugnare una delibera negativa (n. 31 e segg.) sussiste solo se la delibera diventa positiva in seguito all'approvazione dell'azione di annullamento (cfr. n. 71 e segg. e n. 95 in merito all'azione di determinazione positiva di una delibera). Per contro, le delibere della direzione possono essere solo nulle (art. 816 in combinato disposto con l'art. 706b CO) ed è esclusa l'azione revocatoria. Anche se la delibera è stata dichiarata inoppugnabile dall'assemblea degli azionisti, ciò non preclude un'azione di annullamento.

39 Se non diversamente stabilito dallo statuto, gli azionisti esercitano l'amministrazione della società in comune (art. 809 cpv. 1 CO). Se viene mantenuto il concetto di organo di autogoverno statutario, potrebbe non essere chiaro in quale veste gli azionisti abbiano agito. Il fatto che gli azionisti agiscano in qualità di assemblea o di direzione è importante, ad esempio, per l'espressione del voto e per la questione della possibilità di impugnare la relativa delibera (n. 1). L'assemblea degli azionisti approva quasi tutte le delibere ordinarie con la maggioranza assoluta dei voti rappresentati, a meno che non esista una diversa regolamentazione legale o statutaria (si veda l'art. 808 e l'art. 808b CO). Il diritto di voto si basa di norma sul valore nominale delle azioni ordinarie dell'azionista (art. 806 cpv. 1 CO). Tuttavia, se non diversamente stabilito dallo statuto, la direzione decide a maggioranza dei voti espressi (art. 809 cpv. 4 CO).

Una delibera dell'assemblea degli azionisti esiste se rientra nell'ambito dei poteri non trasferibili dell'assemblea degli azionisti ai sensi dell'art. 804 cpv. 2 CO. Ai sensi dell'art. 810 cpv. 1 CO, gli amministratori delegati sono responsabili di tutte le delibere che non sono assegnate all'assemblea degli azionisti dalla legge o dallo statuto. In questo contesto, è importante anche che gli azionisti siano consapevoli del fatto che stanno deliberando come assemblea degli azionisti. Nel caso di un'assemblea universale, gli azionisti devono acconsentire espressamente o tacitamente alla convocazione dell'assemblea. 40

D. Motivi di contestazione

L'art. 706 cpv. 1 CO prevede, come clausola generale, che la delibera possa essere impugnata in caso di violazione della legge o dello statuto. La legge comprende innanzitutto il diritto societario. Sono comprese anche le regole non scritte, come il principio dell'attento esercizio dei diritti e il principio di proporzionalità. 41

Nell'art. 706 cpv. 2 CO, il legislatore elenca esplicitamente una serie di reati. L'elenco non è esaustivo. L'art. 706 cpv. 2 n. 1 CO (revoca o limitazione dei diritti dell'azionista a causa di una violazione della legge o dello statuto) è già contenuto nella clausola generale e non ha quindi un significato autonomo. Le altre clausole dell'art. 706 cpv. 2 CO codificano principi che valgono anche per la GmbH, specificando così l'art. 706 cpv. 1 CO. 42

Una delibera dell'assemblea dei soci in contrasto con le disposizioni statutarie può essere impugnata - a condizione che sussista la corrispondente causalità nel caso di motivi formali di impugnazione (si veda il successivo n. 48 e segg.) - se tale delibera non si riferisce di per sé a una modifica della disposizione statutaria. Un esempio di tale delibera è l'elezione di un amministratore delegato che non soddisfa un requisito di idoneità chiaramente formulato dalla legge. 43

In linea di principio, possono essere impugnate anche le delibere che violano il regolamento della società. Secondo Schott, ciò non include i regolamenti o le norme procedurali relative alla preparazione e all'organizzazione dell'assemblea degli azionisti.

Anche una violazione dell'osservanza (diritto consuetudinario all'interno dell'associazione) può portare all'impugnabilità.

Una delibera che introduce nello statuto una disposizione potenzialmente interpretabile in modo improprio (violazione virtuale dello statuto) non può essere contestata.

44 L'azione di annullamento non serve a valutare il giudizio della maggioranza degli azionisti. L'adeguatezza o l'opportunità di una delibera dell'assemblea degli azionisti non può essere controllata giudizialmente attraverso un'azione di annullamento.

45 Se una delibera assembleare non rispetta le disposizioni di un patto parasociale, come ad esempio gli impegni di voto, tale delibera non può essere contestata a causa dell'effetto puramente contrattuale del patto parasociale.

46 La seguente sezione è dedicata alle cause formali di annullamento (n. 47 e seguenti) e una sezione alle cause sostanziali di annullamento (n. 77 e seguenti).

1. Cause formali di annullamento (vizi procedurali)

47 Le cause formali di annullamento esistono in caso di difetti nella procedura di risoluzione. Un motivo formale di annullamento può derivare da una violazione della legge e/o dello statuto (art. 706 cpv. 1 CO). L'art. 706 cpv. 2 CO non menziona i vizi formali.

48 Quando si contestano i vizi formali, è necessario rispettare il requisito della causalità. Il Tribunale federale richiede che un vizio formale abbia avuto un effetto anche sulla delibera. Il requisito della causalità può essere ricavato dall'art. 691 cpv. 3 CO, che si applica anche alle società a responsabilità limitata (si veda il precedente n. 1). Come sottoinsieme dell'azione di elusione, l'art. 691 cpv. 3 CO prevede che una delibera possa essere impugnata se vi partecipano persone non autorizzate (azione negativa per i diritti di voto), a meno che la società non dimostri che tale partecipazione non ha avuto alcuna influenza. Si riconosce che tale azione è possibile anche se una persona autorizzata è stata erroneamente esclusa dall'assemblea degli azionisti (azione positiva per il diritto di voto). L'onere della prova dell'assenza di causalità spetta alla società convenuta ai sensi dell'art. 691 cpv. 3 CO. Secondo l'opinione prevalente, il requisito del nesso di causalità fa parte dell'interesse meritevole di tutela (sull'interesse a contestare la decisione, si veda il n. 31 e seguenti).

L'ambito di applicazione o l'applicazione specifica del requisito della causalità è controverso. Nel caso di una delibera errata (ad esempio, per l'applicazione di un quorum errato o di un conteggio errato dei voti), si applica la causalità effettiva del risultato. La delibera dell'assemblea degli azionisti può essere contestata solo se il risultato della delibera sarebbe stato diverso senza il difetto in questione. In presenza di difetti che pregiudicano il processo decisionale degli azionisti (violazione dei diritti di partecipazione, coinvolgimento e informazione), la contestabilità dovrebbe essere affermata se esiste un collegamento tra questo difetto e il comportamento di voto di un azionista obiettivamente giudicante (causalità normativa). Una tale concezione della causalità non lascerebbe gli azionisti di minoranza alla mercé della maggioranza e, allo stesso tempo, impedirebbe le azioni di annullamento che si limitano a denunciare difetti di scarsa rilevanza. Schenker respinge l'estensione del requisito della causalità ad altre disposizioni procedurali. La visione radicale di Schenker non può essere accettata. Con la concezione della causalità appena descritta (caratterizzata da Schott), gli azionisti di minoranza possono essere sufficientemente presi in considerazione. 49

In relazione all'azione di annullamento, è raramente discussa la questione dell'esistenza di un obbligo di notifica dei vizi a danno dell'azionista che impugna, secondo il quale egli deve notificare i vizi formali all'assemblea degli azionisti. In un'azione di annullamento di diritto associativo, il Tribunale federale ha ritenuto che, sulla base dell'art. 2 cpv. 2 del Codice civile svizzero, si applichi il principio secondo cui i vizi formali devono essere denunciati prima dell'approvazione della delibera, purché possano essere riconosciuti e sanati in tempo utile, pena la decadenza del diritto di annullamento. A questo punto, il Tribunale federale ha fatto riferimento a Riemer, che non distingue tra i vari organi societari del diritto svizzero per quanto riguarda l'obbligo di denuncia dei vizi. La maggior parte della dottrina sul diritto delle società per azioni rilevante per la GmbH (si veda il precedente n. 2) respinge tale obbligo di denuncia dei vizi - a condizione che vi sia un comportamento abusivo. In assenza di una base giuridica per l'obbligo di denuncia dei vizi, questa opinione è a mio avviso corretta. 50

I seguenti sono esempi di vizi formali. Non è possibile trattare tutti i vizi formali in questo commento. A questo proposito, si rimanda alla letteratura specializzata e ai commenti sui rispettivi standard violati. 51

La descrizione che segue si basa su tre sezioni, orientate alla sequenza cronologica (difetti nella convocazione [N. 52 e segg.], nell'attuazione [N. 61 e segg.] e nella votazione [N. 71 e segg.] dell'assemblea degli azionisti). Solo nel caso di vizi relativi alla votazione si deve applicare la causalità effettiva del risultato (cfr. n. 49 sopra). Nel caso di vizi relativi alla convocazione e allo svolgimento dell'assemblea, si applica la causalità normativa secondo la visione qui sostenuta (cfr. n. 49 supra).

a. Difetti formali nella convocazione dell'assemblea degli azionisti

52 La violazione di requisiti formali nella convocazione dell'assemblea comporta generalmente l'annullabilità delle delibere successive. Questi vizi diventano irrilevanti se sono soddisfatti i requisiti per un'assemblea universale (si veda l'art. 805 cpv. 5 n. 5 in combinato disposto con l'art. 701 cpv. 1 e cpv. 2 CO).

53 L'assemblea degli azionisti deve essere fissata al più tardi venti giorni prima della data dell'assemblea, con la possibilità di una riduzione legale a dieci giorni (art. 805 cpv. 3 CO). A mio avviso, l'inosservanza involontaria di questo termine comporta solo l'impugnabilità (per quanto riguarda la nullità, cfr. infra, n. 114).

54 Gli argomenti all'ordine del giorno devono essere indicati nell'avviso di convocazione (art. 805 cpv. 5 n. 3 in combinato disposto con l'art. 700 cpv. 2 n. 2 CO). A parte alcune eccezioni, non è possibile deliberare su mozioni relative a punti all'ordine del giorno che non sono stati regolarmente annunciati (art. 805 cpv. 5 n. 3 in combinato disposto con l'art. 704b CO). La violazione di questa regola comporta la contestabilità. Anche la formulazione eccessivamente restrittiva di un punto all'ordine del giorno comporta la contestabilità, in quanto viola il diritto individuale degli azionisti di presentare mozioni in assemblea.

55 Anche le proposte della direzione e degli azionisti devono essere inserite nell'avviso di convocazione dell'assemblea (art. 805 cpv. 5 n. 4 in combinato disposto con l'art. 700 cpv. 2 n. 3 e n. 4 CO). Se un argomento di discussione viene pubblicato nell'avviso di convocazione dell'assemblea senza una corrispondente mozione, è ugualmente contestabile.

56 In linea di principio, la determinazione della sede dell'assemblea non deve rendere irragionevolmente difficile l'esercizio dei diritti degli azionisti in relazione all'assemblea (art. 805 cpv. 5 n. 2bis in combinato disposto con l'art.

701a cpv. 2 CO). Di norma, la violazione di questa disposizione è contestabile. Secondo l'opinione qui espressa, la causalità normativa è un prerequisito per questo vizio (cfr. n. 49 sopra).

L'elusione è possibile anche se viene violato il principio dell'unità dell'oggetto (art. 805 cpv. 5 n. 2 in combinato disposto con l'art. 700 cpv. 3 CO). Questo principio viene violato se vengono combinati elementi di diverse delibere principali. Ciò impedisce agli azionisti di approvare una proposta anche se la condividono solo in parte. Questo sarebbe il caso, ad esempio, se più amministratori delegati possono essere eletti contemporaneamente, anche se un azionista chiede l'elezione individuale. Secondo Müller, per far valere il principio dell'unità dell'oggetto, è necessario che un azionista si adoperi per il rispetto del principio dell'unità dell'oggetto in assemblea, richiedendo una votazione separata. In assenza di una base giuridica, a mio avviso non vi è motivo di fare un'eccezione al principio secondo cui non vi è alcun obbligo di notifica dei vizi nel caso di vizi formali (cfr. n. 50 supra). 57

La direzione deve inviare agli azionisti il rapporto di gestione e, in assenza di opting-out, la relazione di revisione al più tardi insieme alla convocazione dell'assemblea ordinaria (art. 801a cpv. 1 CO). Se ciò avviene in ritardo, è contestabile. Nei casi più gravi è ipotizzabile anche la nullità. 58

Se l'assemblea è convocata nelle forme previste dallo statuto, le delibere non possono essere impugnate se un azionista non prende atto dell'avviso di convocazione senza sua colpa. 59

Per la nullità in caso di vizi di forma nella convocazione dell'assemblea: si veda il successivo n. 109 e seguenti. 60

b. Vizi di forma nell'organizzazione dell'assemblea degli azionisti

Ogni azionista ha il diritto di presentare mozioni nell'ambito dei punti all'ordine del giorno (art. 805 cpv. 5 n. 4 in combinato disposto con l'art. 699b cpv. 5 CO). Se il presidente o la presidentessa non prende in considerazione o non consente la presentazione di una mozione da parte di un azionista su un punto all'ordine del giorno, la delibera dell'assemblea degli azionisti su tale punto all'ordine del giorno è impugnabile. 61

62 Lo Statuto può stabilire quorum di presenza per l'assemblea degli azionisti. Se tale quorum di presenza viene violato, a mio avviso è impugnabile perché è stata violata solo una disposizione dello statuto (cfr. sopra n. 43).

63 Una delibera alla quale abbiano partecipato persone non autorizzate a partecipare all'assemblea è contestabile. La semplice presenza non è sufficiente. È necessario che il partecipante non autorizzato abbia influenzato l'assemblea, ad esempio votando. Il diritto di elusione ai sensi dell'art. 691 cpv. 3 CO non richiede una contestazione ai sensi dell'art. 691 cpv. 2 CO durante l'assemblea.

64 Per quanto riguarda la rappresentanza degli azionisti in assemblea, si applicano le corrispondenti disposizioni del diritto societario (art. 805 cpv. 5 n. 8 CO). Per quanto riguarda il voto per delega, l'art. 689f CO prevede la contendibilità in due casi. Se i delegati indipendenti, i delegati aziendali e i delegati per azioni depositate non comunicano alla società il numero, il valore nominale e la categoria delle azioni ordinarie che rappresentano, le delibere dell'assemblea degli azionisti possono essere contestate alle stesse condizioni previste per la partecipazione non autorizzata all'assemblea degli azionisti ai sensi dell'art. 691 cpv. 3 CO (art. 689f cpv. 1 CO). Le delibere dell'assemblea degli azionisti possono essere impugnate anche se il presidente o la presidentessa non forniscono all'assemblea tutte le informazioni per ogni tipo di rappresentanza, anche se un azionista ne ha fatto richiesta (art. 689f cpv. 2 CO). È sorprendente che solo l'art. 689f cpv. 1 CO faccia riferimento all'art. 691 CO. Secondo l'opinione prevalente, la causalità deve essere presa in considerazione anche in caso di contestazione basata sull'art. 689f cpv. 2 CO.

65 Se per un'assemblea virtuale si sarebbe dovuto designare un delegato indipendente (si veda l'art. 805 cpv. 5 n. 2bis in combinato disposto con l'art. 701d CO), la mancanza di un delegato indipendente significa che le delibere adottate in questa assemblea virtuale possono essere impugnate.

A mio avviso, anche la mancanza di una base legale per l'organizzazione di un'assemblea virtuale porta all'impugnabilità (art. 805 cpv. 5 n. 2bis in combinato disposto con l'art. 701d cpv. 1 CO). Anche l'inosservanza dei requisiti di legge per lo svolgimento di un'assemblea virtuale comporta l'impugnabilità.

Secondo l'opinione espressa in questa sede, anche i problemi tecnici comportano solo l'impugnabilità delle delibere (si veda il successivo n. 119).

Nel caso di assemblee ibride e virtuali, la direzione determina l'identità dei partecipanti (art. 805 cpv. 5 n. 2bis in combinato disposto con l'art. 701e cpv. 2 n. 1 CO). Se all'assemblea ibrida o virtuale si intrufolano partecipanti non autorizzati, è possibile una contestazione ai sensi dell'art. 691 cpv. 3 CO (cfr. sopra n. 63 e sotto n. 72 e n. 95). 66

L'assemblea degli azionisti può tenersi in una sede estera senza voto per delega indipendente solo se tutti gli azionisti sono d'accordo (art. 701b cpv. 2 CO). Se questa disposizione viene disattesa, qualsiasi delibera dell'assemblea degli azionisti è impugnabile. A mio avviso, l'impugnabilità sussiste anche se non esiste una base legale per lo svolgimento dell'assemblea degli azionisti in una sede estera (cfr. art. 701b cpv. 1 CO). 67

Le delibere relative all'approvazione del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato e alla destinazione dell'utile di bilancio possono essere impugnate anche in caso di assenza dell'ufficio di revisione in violazione del regolamento (art. 731 cpv. 3 CO). L'obbligo di presenza dell'ufficio di revisione è previsto dalla legge se è stata effettuata una revisione ordinaria (art. 731 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 818 cpv. 1 CO). Le società a responsabilità limitata di solito non hanno dimensioni sufficienti per essere obbligate alla revisione ordinaria (cfr. art. 727 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 818 cpv. 1 CO). La revisione ordinaria deve essere effettuata se gli azionisti che rappresentano il 10% del capitale sociale ne fanno richiesta (art. 727 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 818 cpv. 1 CO). Anche l'azionista soggetto all'obbligo di versare contributi supplementari ha il diritto di richiedere una revisione ordinaria (art. 818 cpv. 2 CO). Anche l'azionista che ha lasciato la società può richiedere una revisione ordinaria, a condizione che il suo compenso non sia stato interamente versato (art. 825a cpv. 4 CO). È discutibile se la società sia autorizzata a fornire la controprova dell'assenza di causalità ai sensi dell'art. 691 cpv. 3 CO. 68

Se un azionista non vota nella votazione ai sensi dell'art. 805 cpv. 5 n. 5 in combinato disposto con l'art. 701 cpv. 3 CO. L'art. 701 cpv. 3 CO consente di impugnare una delibera approvata nella votazione di ballottaggio. Von der Crone, invece, sostiene la nullità. 69

Secondo l'opinione prevalente, non c'è delibera difettosa se il verbale è stato redatto in modo errato o se manca del tutto il verbale. Il verbale è importante per la richiesta all'ufficio del registro delle imprese (cfr. art. 23 HRegV) e per la 70

presentazione di prove (cfr. infra, n. 168). Se l'atto costitutivo prevede un verbale o disposizioni specifiche sul verbale, la sua violazione - a condizione che non vi siano altre indicazioni nell'atto costitutivo - costituisce semplicemente un illecito amministrativo giuridicamente irrilevante (si veda anche il precedente n. 8).

c. Vizi di forma relativi alla votazione

71 Il risultato della delibera può essere falsato e quindi contestabile se i voti vengono contati in modo errato, se il quorum viene applicato in modo errato (si veda l'Art. 808 e l'Art. 808b CO) o se il presidente o la presidentessa annunciano la delibera in modo errato. In questi casi, la delibera errata può essere sostituita da quella corretta mediante un'azione di accertamento positivo della delibera (si veda il successivo n. 95).

72 I difetti nella votazione possono essere causati dalla partecipazione di una persona non autorizzata (art. 691 cpv. 3 CO). Sono considerati partecipanti non autorizzati anche gli azionisti che non hanno adempiuto all'obbligo di notifica ai sensi dell'art. 790a CO (cfr. art. 790a cpv. 5 in combinato disposto con l'art. 697m cpv. 1 CO). Se, come previsto dall'art. 808 CO, la delibera si basa sui voti rappresentati, un partecipante non autorizzato è già coinvolto dal fatto di essere rappresentato all'assemblea con un certo numero di voti presunti. Anche in questo caso, la delibera errata può essere sostituita da quella corretta mediante un'azione di accertamento positivo della delibera (si veda il successivo n. 95).

73 Nel caso di delibere sulla dimissione degli amministratori, le persone che hanno partecipato in qualche modo alla gestione della società non hanno diritto di voto (art. 806a cpv. 1 CO). Se tuttavia partecipano alla votazione, questa è generalmente contestabile.

Se tutti gli azionisti partecipano alla gestione della società, una delibera di scarico è esclusa fin dall'inizio. Se in tali situazioni si ipotizzasse solo la contendibilità, la delibera sarebbe definitivamente valida dopo la scadenza del termine di decadenza di due mesi ai sensi dell'art. 706a cpv. 1 CO. È probabile che ciò si verifichi regolarmente, poiché gli azionisti coinvolti nella gestione della società hanno un interesse in questa delibera di scarico. In caso di fallimento, la delibera di esonero non può essere impugnata contro il credito dell'intera massa dei creditori. Poiché quindi non ci sono creditori che hanno

interesse alla nullità, a mio avviso la conseguenza giuridica in questa costellazione è anche l'annullabilità della delibera.

Una società a responsabilità limitata può acquistare azioni ordinarie proprie entro limiti ristretti (art. 783 CO). I diritti di voto e i diritti connessi di queste azioni ordinarie sono sospesi (art. 783 cpv. 4 in combinato disposto con l'art. 659a cpv. 1 CO). Una delibera adottata in violazione di questa disposizione è impugnabile (cfr. art. 783 cpv. 4 in combinato disposto con l'art. 659a cpv. 3 in combinato disposto con l'art. 691 cpv. 3 CO). L'azionista che cede le azioni ordinarie alla società non ha diritto di voto (art. 806a cpv. 2 CO) per le delibere sull'acquisto di azioni ordinarie proprie (cfr. art. 804 cpv. 2 n. 11 CO). L'inosservanza di questa disposizione comporta anche la contestabilità. 74

Nel caso di delibere sull'approvazione di attività degli azionisti che violano l'obbligo di fedeltà o il divieto di concorrenza (cfr. art. 804 cpv. 2 n. 13 CO), l'azionista interessato non ha diritto di voto (art. 806a cpv. 3 CO). Una delibera adottata in violazione di questa disposizione è impugnabile. 75

Secondo l'opinione prevalente, i voti espressi dal rappresentante in violazione delle istruzioni e i voti espressi dagli azionisti vincolati da un accordo di voto in violazione del contratto non sono rilevanti ai fini dell'impugnazione. Tuttavia, una parte della dottrina non riconosce l'effetto della rappresentanza se la società è a conoscenza del comportamento contrario alle istruzioni. 76

2. Motivi sostanziali di annullamento (difetti di contenuto)

I motivi sostanziali di annullamento riguardano il contenuto della delibera. Di seguito vengono illustrati alcuni casi di contestabilità sulla base dei numeri specificati nell'art. 706 cpv. 2 CO. L'elenco non è esaustivo. Per alcuni casi specifici, si consiglia di consultare la letteratura specializzata sull'argomento in questione e i commenti alle norme pertinenti. 77

a. Restrizione o revoca dei diritti degli azionisti in violazione della legge o dello statuto

Le delibere che limitano o revocano i diritti degli azionisti in violazione della legge o dello statuto sono impugnabili (art. 706 cpv. 2 n. 1 CO). In relazione all'art. 706 cpv. 2 n. 1 CO, di solito si tratta di limitazioni in singoli casi. L'emanazione di norme generali astratte negli statuti dovrebbe generalmente comportare la nullità (si veda il successivo n. 124 s.). Ad esempio, una 78

disposizione statutaria che consenta di convocare l'assemblea degli azionisti in meno di dieci giorni sarebbe nulla (cfr. art. 805 cpv. 3 CO).

b. Limitazione o revoca dei diritti degli azionisti in modo improprio

79 Le delibere dell'assemblea degli azionisti possono essere impugnate anche se limitano o privano gli azionisti dei loro diritti in modo improprio (art. 706 cpv. 2 n. 2 CO). Questo reato è difficile da distinguere dal controllo inammissibile dell'adeguatezza e dell'opportunità di una delibera (n. 44 sopra). Si applica se non viene violata una specifica disposizione di legge o statutaria, ma la restrizione viene effettuata in modo non obiettivo. Tra l'altro, una delibera è considerata non obiettiva se non è destinata a promuovere gli interessi della società. Devono essere osservati anche il principio di proporzionalità e il principio dell'attento esercizio dei diritti (si veda il precedente n. 41). Gli interessi della minoranza non devono essere inutilmente compromessi rispetto agli interessi della società. Solo raramente le delibere vengono qualificate come non conformi all'interesse della società.

80 Una decisione a maggioranza è un abuso di diritto se non può essere giustificata da ragionevoli motivi economici, pregiudica in modo evidente gli interessi della minoranza e favorisce senza motivo gli interessi particolari della maggioranza. Una delibera è contestabile se i diritti degli azionisti vengono limitati o revocati per perseguire gli obiettivi personali della maggioranza. Occorre prestare particolare attenzione a questo aspetto se gli azionisti di minoranza sfavoriti devono essere costretti a uscire dalla società. Ciò può accadere, ad esempio, se la maggioranza non consente la distribuzione di dividendi e ciò non può essere giustificato da ragioni economiche perché i fondi trattenuti non sono né investiti né necessari come garanzia per il futuro. Tuttavia, l'impugnazione porta semplicemente all'annullamento della delibera e non all'assegnazione di un dividendo adeguato.

c. Disparità di trattamento o discriminazione ingiustificata degli azionisti

81 Ai sensi dell'art. 706 cpv. 2 n. 3 CO, può essere impugnata una delibera che comporti un'ingiustificata disparità di trattamento o discriminazione degli azionisti in base all'oggetto sociale. Per scopo sociale ai sensi dell'art. 706 cpv. 2 n. 3 CO si intende l'interesse della società. È richiesta la relativa parità di

trattamento. È possibile una differenziazione in base alla quota di capitale (cfr. art. 798 in combinato disposto con l'art. 661, art. 806 cpv. 1 e art. 826 cpv. 1 CO). Per contro, la parità di trattamento assoluta si applica generalmente ai diritti di informazione.

Una parte della dottrina ammette una disparità di trattamento - senza citare esempi specifici - più generosa rispetto al caso di una società per azioni, a causa delle strutture personalizzate della GmbH. Ai sensi dell'art. 808c CO, le disposizioni del Codice delle obbligazioni svizzero sono applicabili "mutatis mutandis" (cfr. n. 2 sopra). Pertanto, nell'applicazione del divieto di ingiustificata disparità di trattamento o di discriminazione degli azionisti ai sensi dell'art. 706 cpv. 2 n. 3 CO, occorre tenere conto delle peculiarità della GmbH. Ciò vale, ad esempio, per l'approvazione da parte dell'assemblea dei soci di una determinata attività che viola l'obbligo di fedeltà o il divieto di concorrenza (cfr. art. 808b cpv. 1 n. 7 CO). Se la società rifiuta di autorizzare un azionista a svolgere tale attività ma la concede a un altro, la contestazione dovrebbe essere possibile solo in casi evidenti di abuso. A questo proposito, va notato che, a causa della natura cassatoria della sentenza di elusione, solo la concessione del consenso può essere annullata e il rifiuto non può essere trasformato in consenso (si veda il successivo n. 94). Tuttavia, l'art. 706 cpv. 2 n. 3 CO è in linea di principio applicabile anche alla GmbH. La misura in cui le caratteristiche speciali della GmbH possono essere prese in considerazione dipende dal singolo caso.

d. Annullamento del fine di lucro

Il motivo di lucro può essere annullato solo con il consenso di tutti gli azionisti e non solo di quelli rappresentati (art. 706 cpv. 2 n. 4 CO). In caso contrario, la delibera dell'assemblea degli azionisti può essere impugnata. Questa disposizione riguarda la determinazione di uno scopo di beneficenza. La delibera annuale sulla destinazione degli utili non rientra in questa disposizione. Questa disposizione non si applica se viene respinto solo un aumento del capitale sociale che sarebbe necessario per la realizzazione degli utili. 82

E. Natura giuridica dell'azione

L'azione di annullamento è un'azione formativa (art. 87 CPC). L'azione di annullamento modifica la situazione giuridica annullando la delibera 83

dell'assemblea degli azionisti. Anche l'azione positiva di accertamento di una deliberazione (cfr. art. 691 cpv. 3 CO; cfr. infra, n. 95) è un'azione di accertamento della situazione giuridica, nonostante il nome fuorviante.

84 L'impugnazione di una delibera assembleare non può essere fatta valere a titolo di difesa. Se il termine di due mesi non è ancora scaduto, è possibile far valere l'annullamento in via riconvenzionale.

F. Termine di contestazione/perdita

85 L'azione di annullamento decade se non viene proposta entro due mesi dalla data dell'assemblea degli azionisti o della votazione scritta (in caso di scrutinio) (art. 706a cpv. 1 CO). Il tribunale esamina d'ufficio il rispetto del termine di decadenza. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, anche i motivi di contestazione devono essere presentati entro tale termine. Il Tribunale federale riconosce che può essere difficile definire i motivi di elusione nei singoli casi. In ogni caso, esistono due diversi motivi di elusione se si basano non solo su argomenti giuridici diversi, ma anche su circostanze di fatto diverse. La cautela è richiesta anche in relazione all'approvazione del bilancio d'esercizio (cfr. art. 804 cpv. 2 n. 5 CO; cfr. sopra n. 68). A questo proposito, secondo il Tribunale federale, non è possibile giustificare un'impugnazione sulla base dell'inesattezza di una voce di bilancio già risultante da precedenti e non contestate delibere di approvazione dell'assemblea degli azionisti.

86 Indipendentemente dalla partecipazione all'assemblea, il termine inizia a decorrere dal giorno successivo all'assemblea. Per il calcolo del termine sono determinanti l'art. 77 e l'art. 78 cpv. 1 CO. In applicazione dell'art. 77 cpv. 1 n. 3 CO, l'azione deve essere promossa al più tardi il giorno del secondo mese che porta lo stesso numero del giorno dell'assemblea degli azionisti e, se questo giorno manca in questo mese, l'ultimo giorno di questo mese. Ai sensi dell'art. 78 cpv. 1 CO, il termine è prorogato al giorno lavorativo successivo se l'ultimo giorno cade di sabato, domenica o in un giorno festivo riconosciuto dallo Stato (presso il tribunale competente).

87 In caso di votazione a scrutinio segreto, il termine decorre dalla proclamazione del risultato. È controverso se, nel caso in cui il risultato sia annunciato agli azionisti per posta, il giorno successivo alla data di affissione costituisca il primo giorno del termine o se il termine inizi a decorrere solo

quando l'azionista è effettivamente a conoscenza del risultato. Ad eccezione del diritto delle associazioni, per il calcolo del termine viene generalmente utilizzato un momento oggettivo (art. 706a cpv. 1 e art. 891 cpv. 2 CO). Nel diritto delle associazioni si tiene conto della possibilità di conoscenza. Affinché tutti i soci possano riconoscere il momento in cui la delibera diventa definitivamente valida (cfr. n. 16 sopra), è necessario accettare la prima visione. Gli azionisti della GmbH sono tenuti a prendere atto della delibera in tempo utile.

Il termine è rispettato ai sensi dell'art. 64 cpv. 2, in combinato disposto con l'art. 62 cpv. 1, dello CPC. L'art. 62 cpv. 1 CPC prevede l'affissione della domanda di arbitrato o l'azione in caso di rinuncia alla procedura arbitrale (cfr. art. 199 cpv. 1; cfr. infra n. 151), nonché in caso di competenza per materia del tribunale commerciale (cfr. art. 198 lett. f CPC; cfr. infra n. 147 e segg.). 88

Una parte della letteratura riconosce una proroga del termine per l'attore in determinate situazioni. Tale situazione è ipotizzabile se la società ha la prospettiva di revocare la delibera o se l'attore è stato ingannato, ad esempio da una dichiarazione di inoppugnabilità, sulla possibilità di impugnare la delibera. A mio avviso, la proroga dello stato di pendenza a causa di tali circostanze è giustificata solo in singoli casi estremi per motivi di certezza giuridica. Dopo la scadenza del periodo di due mesi, la delibera dovrebbe generalmente diventare definitivamente valida in assenza di impugnazione (si veda il precedente n. 16). Per precauzione, una richiesta di arbitrato o un'azione legale dovrebbe quindi essere presentata entro due mesi. 89

È controverso se il termine di decadenza di due mesi debba essere osservato anche quando si fa valere un vizio della volontà. Sulla base dell'art. 31 cpv. 1 CO, una parte della dottrina ritiene che un azionista possa dichiarare l'invalidità del proprio voto entro un anno dall'assemblea degli azionisti con una semplice dichiarazione alla società o farlo valere con un'azione di annullamento. Ai fini della certezza del diritto, il termine di decadenza di due mesi deve essere rigorosamente rispettato anche quando si fanno valere i vizi della volontà. Il termine di due mesi deve essere considerato come lex specialis rispetto al termine di un anno ai sensi dell'art. 31 cpv. 1 CO. Anche in caso di mancanza di volontà, prevale l'interesse dei negozi giuridici alla chiarezza sulla validità o meno di una delibera. Di conseguenza, non è giustificato un termine più lungo per l'impugnazione di una delibera. Una dichiarazione alla società non è sufficiente. È necessaria un'azione tempestiva

di annullamento. Per un'impugnazione riuscita, è necessario che la delibera sarebbe stata diversa senza questo difetto (sulla causalità effettiva del risultato, si veda il precedente n. 49). A seconda del quorum applicabile, i voti corrispondenti si considerano non espressi o non rappresentati (cfr. Art. 808 e Art. 808b CO).

90 Se l'assemblea degli azionisti rifiuta ingiustificatamente di fornire informazioni o ispezioni, il tribunale può fornire tali informazioni (Art. 802 cpv. 4 CO). Questa azione, che è anche almeno indirettamente diretta contro una delibera dell'assemblea degli azionisti, non è soggetta ad alcun limite di tempo. Si applica la procedura sommaria (art. 250 lett. c n. 7 CPC).

G. Effetti della sentenza di annullamento

1. Rigetto dell'azione di annullamento

91 Il rigetto dell'azione di annullamento è efficace solo inter partes e pertanto non ha alcun effetto sulle azioni di annullamento degli altri azionisti che hanno intentato causa. La sentenza di rigetto dell'azione di annullamento è una sentenza dichiarativa perché non modifica la situazione giuridica. Nelle motivazioni della sentenza si afferma che la delibera è priva di vizi, il che comporta il rigetto dell'azione (n. 14 sopra).

2. Approvazione dell'azione di annullamento

92 Se l'azione di annullamento viene accolta, viene emessa una sentenza di merito. L'invalidazione della delibera assembleare costituisce l'effetto organizzativo. Affinché ciò avvenga, la decisione deve diventare formalmente definitiva.

93 Gli effetti di una sentenza di annullamento sono brevemente descritti di seguito in termini di sostanza (N. 94 s.), tempo (N. 96) e personalità (N. 97 s.).

a. Effetti della sentenza dal punto di vista fattuale

94 Una sentenza favorevole annulla la decisione (cfr. art. 706 cpv. 5 CO). Di norma, la relativa sentenza ha esclusivamente effetto cassatorio. Il tribunale non può - ad eccezione di un'azione per una delibera favorevole (si veda il successivo n. 95) - modificare o sostituire la delibera dell'assemblea degli azionisti. Se solo singole parti della delibera sono difettose, il tribunale può

approvare solo parzialmente l'azione di annullamento (art. 20 cpv. 2 CO per analogia).

Dopo che la dottrina prevalente ha riconosciuto l'azione positiva per determinare una delibera, il Tribunale federale ha recentemente seguito l'esempio. Secondo il Tribunale federale, l'azione per la dichiarazione positiva di una delibera è ammissibile se una proposta di delibera che avrebbe dovuto essere considerata adottata è stata registrata come respinta a causa del conteggio di voti inammissibili. L'azione per la dichiarazione positiva di una risoluzione consente quindi al tribunale di sostituire il risultato errato con quello corretto. Senza un'azione per una sentenza dichiarativa positiva, mancherebbe la tutela giuridica. L'attore potrebbe solo ottenere l'annullamento di una decisione che respinge erroneamente una domanda, ma questo non lo aiuterebbe. Secondo il Tribunale federale, ciò equivale a vanificare il diritto di voto. Questa opinione deve essere condivisa. 95

b. Effetti della sentenza in termini di tempo

Secondo la dottrina e la giurisprudenza unanimi, la delibera dell'assemblea degli azionisti decade con effetto ex tunc. L'invalidità della delibera si ricollega quindi alla delibera assembleare. Ciò vale anche nel caso di un'azione di condanna (n. 95). 96

c. Effetti della sentenza in termini personali

Ai sensi dell'art. 706 cpv. 5 CO, la sentenza ha effetto per e contro tutti gli azionisti. È discutibile e poco discusso se ciò si riferisca all'effetto formativo e/o alla forza giuridica sostanziale. Secondo l'opinione espressa in questa sede, gli azionisti sono interessati anche dalla forza giuridica sostanziale oltre che dall'effetto formativo. Senza l'inclusione del giudicato sostanziale, la sentenza che approva l'impugnazione non sarebbe vincolante per gli altri azionisti in una causa successiva. Ciò potrebbe portare a un frazionamento delle conseguenze legali per i singoli azionisti, con conseguenti problemi quasi irrisolvibili per quanto riguarda la (non) contemporanea attuazione della delibera. 97

Nel caso in cui una delibera sui dividendi venga dichiarata invalida da un'impugnazione, il diritto al pagamento del dividendo decade. Qualsiasi pagamento si baserebbe sull'art. 800 in combinato disposto con l'art. 678 cpv. 1 CO. Art. 678 cpv. 1 CO (si veda il successivo n. 138 f.). Se l'azionista non è

interessato dalla forza giuridica sostanziale, potrebbe sostenere in tribunale che l'annullamento della delibera nella sentenza di rescissione era ingiustificato. Nel peggiore dei casi, l'azionista che contesta con successo sarebbe in definitiva l'unico a dover restituire il dividendo ricevuto, il che non può essere considerato un obiettivo auspicabile.

98 Anche i terzi sono interessati dalla sentenza di contestazione favorevole, almeno per l'effetto di strutturazione. In linea di principio, la sentenza significa che tutte le parti coinvolte si trovano nella stessa posizione in cui si troverebbero se la delibera non fosse mai stata approvata.

IV. AZIONE DI ANNULLAMENTO

99 Le delibere dell'assemblea degli azionisti con gravi difetti sono già invalide fin dall'inizio e non diventano invalide con effetto ex tunc solo attraverso un'azione di annullamento approvata (si vedano i precedenti N. 10 e N. 96). Tuttavia, un'azione di annullamento come azione di declaratoria può essere utilizzata per richiedere una dichiarazione giudiziale di nullità di una delibera dell'assemblea degli azionisti.

10 0 In dottrina si distingue talvolta tra delibere fittizie e non delibere (cfr. supra, n. 7). Poiché la conseguenza giuridica delle delibere fittizie e delle non delibere è anch'essa la nullità, il presente commento non opera questa distinzione.

A. Legittimazione attiva

10 1 Chiunque abbia un interesse meritevole di tutela all'accertamento della nullità di una delibera assembleare ha il diritto di agire in giudizio. A differenza dell'azione di rescissione, possono essere legittimati anche i terzi, come i creditori. Anche l'amministrazione ha il diritto di agire in giudizio. A differenza dell'azione di annullamento, tuttavia, ogni amministratore delegato ha il diritto di intentare un'azione se esiste un interesse meritevole di tutela (si veda il precedente n. 28).

10 2 Il presupposto è un interesse sufficiente alla sentenza dichiarativa. Questo deve essere attuale e concreto. Tale interesse può sussistere, ad esempio, se la posizione giuridica o gli interessi di una persona interessata sono direttamente danneggiati o se sono stati violati i limiti della morale o dell'ordine pubblico. In questo caso è sufficiente l'intenzione di proteggere gli interessi della

società. Per i creditori, tale interesse sussiste, tra l'altro, se è stato violato il divieto di restituzione dei depositi (cfr. art. 793 cpv. 2 CO).

Trattandosi di un'azione di accertamento, il presupposto è che l'attore si trovi di fronte a un'incertezza sulla propria posizione giuridica, il cui perdurare è irragionevole e non può essere sanato in altro modo, in particolare con un'azione immediata di adempimento o un'azione di accertamento (sussidiarietà; si vedano gli esempi di seguito riportati ai nn. 137 e 139).

B. Legittimazione passiva

La società è legittimata passivamente. 103

Per la rappresentanza in giudizio, vedi sotto: N 153 e seguenti. 104

Per la società cancellata dal registro delle imprese, si veda sopra: N. 36. 105

C. Cause di nullità

Affinché una delibera sia nulla, deve sussistere un vizio qualificato. L'elenco di tali difetti di cui all'art. 706b CO non è esaustivo. Tuttavia, è necessaria una certa cautela nell'ipotizzare la nullità. La nullità comporta un rischio per i negozi giuridici. Si applica il principio di sussidiarietà della nullità. Si tratta di un'eccezione rispetto all'annullabilità come regola. Di conseguenza, una delibera è nulla solo se l'impugnabilità non è una conseguenza giuridica sufficiente. La violazione di una disposizione statutaria che non costituisce anche una violazione della legge comporta solo la nullità. 106

L'art. 706b CO non è una disposizione speciale esclusiva. Ciò significa che una delibera dal contenuto impossibile o immorale è nulla ai sensi dell'art. 20 cpv. 1 CO (cfr. art. 7 CC). Le delibere che causano un eccessivo vincolo dei soci sono soggette alle conseguenze legali dell'art. 27 cpv. 2 CC. A mio avviso, ciò include, ad esempio, la rinuncia a sciogliere la società per un periodo di tempo indeterminato. 107

Le cause di nullità possono essere suddivise in formali (N. 109 e seguenti) e sostanziali (N. 122 e seguenti). Va notato che la distinzione è talvolta fluida. Tuttavia, poiché la nullità dei motivi formali non dipende da un requisito di causalità, come nel caso dell'evizione (si veda il successivo n. 109), la categorizzazione in motivi formali o sostanziali di nullità ha un significato 108

meramente teorico. L'art. 706b CO menziona in primo luogo espressamente le cause di nullità sostanziali.

1. Motivi formali di nullità (vizi procedurali)

10 I vizi formali che comportano la nullità di una delibera assembleare possono
9 insorgere nel corso della procedura di delibera. È necessario un vizio formale grave ed evidente. È controverso se esista anche un requisito di causalità per la nullità delle delibere assembleari (si veda il precedente n. 48 s. sulla causalità in caso di elusione). Il Tribunale federale ha respinto l'esistenza di un requisito di causalità per quanto riguarda il mancato invito all'assemblea. Per contro, ha affermato il requisito della causalità in relazione alla rappresentanza congiunta ai sensi dell'art. 690 CO, ritenendo che in caso di difetti relativi alla rappresentanza congiunta, il fattore decisivo è se questi hanno avuto un effetto sul risultato della delibera. Le procedure formalmente scorrette in queste costellazioni - senza influenzare il risultato della delibera - non sono quindi decisive nel calcolo dei voti. Il Tribunale federale ha poi ritenuto che la decisione relativa al mancato invito a un'assemblea fosse un caso particolare. Altrimenti, il requisito della causalità deve essere soddisfatto anche nel caso di motivi formali di nullità.

Alcuni studiosi sono favorevoli al requisito della causalità (anche con riferimento alla giurisprudenza appena citata). Altre voci negano giustamente il requisito della causalità. Nel caso di un grave difetto, non è giustificato un corrispondente esonero della società.

La rappresentanza congiunta è un problema a monte dell'esercizio dei diritti di voto su azioni o quote ordinarie di persone autorizzate congiuntamente e non un difetto diretto dell'assemblea degli azionisti. Il Tribunale federale ha semplicemente ritenuto che la gestione scorretta dei diritti di voto nell'ambito dell'autorizzazione congiunta debba essere presa in considerazione solo se anche il risultato della delibera ne risente. Di conseguenza, dalla giurisprudenza citata non si deve necessariamente dedurre che sia necessario un requisito di causalità. Nella sentenza BGer 4A_141/2020 del 4 settembre 2020 E. 3.2, il Tribunale federale ha fatto solo una breve dichiarazione in un collegio di tre giudici.

11 Queste carenze formali sono presentate di seguito come esempi. Non tutte le
0 costellazioni possono essere trattate in questo commento. A questo proposito,

si rimanda alla letteratura specializzata e ai commenti alle rispettive norme violate.

La descrizione che segue si basa su due sezioni, orientate alla sequenza cronologica (difetti nella convocazione [N. 111 e segg.] e nell'attuazione [N. 117 e segg.] dell'assemblea degli azionisti).

a. Vizi formali nella convocazione dell'assemblea degli azionisti

L'invalidità delle delibere assembleari si verifica, tra l'altro, se l'assemblea non può dirsi affatto convocata. Questo caso si verifica, ad esempio, se l'assemblea è stata convocata da un organo incompetente. Ciò include anche la convocazione non autorizzata di un'assemblea degli azionisti da parte di un singolo amministratore delegato senza una corrispondente delibera della direzione. 11 1

Se alcuni degli azionisti non sono stati invitati, ciò costituisce generalmente una nullità. Alcune dottrine limitano questo principio. Riemer richiede l'omissione colposa della convocazione dei singoli azionisti. Schott postula la conseguenza legale della nullità solo nei casi in cui la società ne era a conoscenza o avrebbe dovuto esserlo. La misura in cui la Corte Suprema Federale ammetterà tali restrizioni non è ancora del tutto chiara. 11 2

Un avviso di convocazione in cui mancano il luogo, l'ora o gli argomenti da discutere comporta anche la nullità delle successive delibere assembleari. 11 3

La letteratura è controversa riguardo ai casi in cui l'inosservanza del termine di preavviso ai sensi dell'art. 805 cpv. 3 CO comporta la nullità (si veda il precedente n. 53 sulla contestabilità). Alcuni studiosi sono favorevoli alla conseguenza della nullità se il termine non viene rispettato per più giorni. Handschin/Truniger sono favorevoli alla nullità in caso di evidente inadempimento. Un'altra opinione è favorevole alla nullità solo se gli amministratori delegati hanno palesemente e intenzionalmente violato il termine per la convocazione dell'assemblea. A mio avviso, la nullità dovrebbe essere limitata ai casi più evidenti. Per quanto riguarda l'inosservanza del termine di preavviso, si dovrebbe tenere conto anche della complessità dell'argomento all'ordine del giorno. Quanto più complessa è la materia, tanto più grave è l'inosservanza del termine di preavviso. 11 4

11 La forma di convocazione dell'assemblea è stabilita dallo statuto (art. 805 cpv.
5 5 n. 1 in combinato disposto con l'art. 626 cpv. 1 n. 7 CO). Se l'assemblea viene convocata in una forma diversa e, per questo motivo, alcuni azionisti non ne sono a conoscenza, essa è nulla.

11 In caso di convocazione errata o inadeguata, è ovviamente riservata
6 l'assemblea generale universale ("senza l'osservanza dei requisiti formali prescritti per la convocazione"; art. 805 cpv. 5 n. 5 in combinato disposto con l'art. 701 cpv. 1 e l'art. 701 cpv. 2 CO). Art. 701 cpv. 1 e cpv. 2 CO).

b. Vizi formali nell'organizzazione dell'assemblea degli azionisti

11 Un grave vizio che comporta la nullità è la mancata ammissione deliberata o
7 colposa degli azionisti aventi diritto a partecipare all'assemblea.

11 Le delibere delle assemblee universali (art. 805 cpv. 5 n. 5 CO in combinato
8 disposto con l'art. 701 cpv. 1 e cpv. 2) alle quali non erano presenti tutti gli azionisti o che sono uscite prematuramente sono nulle.

11 Secondo una parte attualmente ancora predominante della dottrina, i
9 problemi tecnici durante l'assemblea degli azionisti, tali da impedirne il regolare svolgimento (art. 805 cpv. 5 n. 2bis in combinato disposto con l'art. 701f cpv. 1 CO), sono previsti come motivo formale di nullità. In linea di principio, ciò include solo le interruzioni tecniche da parte della società e non degli azionisti. Tuttavia, ciò non si applica a un'assemblea generale universale virtuale, poiché in questo caso non partecipano tutti gli azionisti o i loro rappresentanti (cfr. art. 805 cpv. 5 n. 5 in combinato disposto con l'art. 701 cpv. 2 CO). Esiste un'eccezione, ad esempio, in caso di fallimento di una grande società di telecomunicazioni. Tuttavia, Jutzi/Yousef sostengono giustamente che in questo caso esiste solo la contendibilità. Questi autori sostengono, tra l'altro, che la nullità è la regola in caso di irregolarità dell'assemblea degli azionisti. L'ipotesi di nullità comprometterebbe troppo la certezza del diritto e gli azionisti sarebbero sufficientemente tutelati dalla contestabilità. Alcuni studiosi vorrebbero determinare l'esistenza della contestabilità o della nullità in base alle circostanze specifiche.

Secondo l'opinione qui espressa, non esiste un requisito di causalità, a prescindere dalla questione dell'esistenza di nullità o annullabilità. Alcuni studiosi sono favorevoli al requisito della causalità perché altrimenti il rischio di ripetere un'assemblea virtuale è troppo elevato. Tuttavia, gli azionisti hanno

il diritto legale a un'esecuzione pulita. Le costellazioni estreme in cui la ripetizione sarebbe una pura perdita di tempo possono essere sanate con il divieto di abuso di diritto (art. 2 cpv. 2 CC).

In questi casi, il legislatore prevede la ripetizione dell'assemblea degli azionisti. La richiesta di ripetizione può essere combinata con la domanda di rescissione o di nullità ai sensi dell'art. 90 CPC. Le delibere adottate dall'assemblea degli azionisti prima dell'insorgere dei problemi tecnici restano valide (art. 805 cpv. 5 n. 2bis in combinato disposto con l'art. 701f cpv. 2 CO). Restano ovviamente riservati altri motivi di nullità o di impugnazione.

Se l'ordine del giorno non viene integrato, l'assemblea può essere ripetuta senza rispettare il termine di preavviso, a meno che la maggioranza degli azionisti non sia esclusa dalla partecipazione fin dall'inizio.

Ai sensi dell'art. 731 cpv. 3 CO, le delibere di approvazione del bilancio d'esercizio e di destinazione dell'utile di bilancio sono nulle senza la necessaria relazione di revisione. In caso di opting-out, per queste delibere non è richiesta alcuna relazione di revisione (cfr. art. 818 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 727a cpv. 2 CO). In caso di relazione di revisione carente, non tutte le carenze comportano la nullità delle delibere. La nullità sussiste se è stata effettuata solo una revisione limitata anziché una revisione ordinaria. La nullità sussiste anche se non è stata effettuata alcuna revisione contabile. Inoltre, la nullità sussiste se la relazione di revisione non viene inviata agli azionisti al più tardi con la convocazione dell'assemblea ordinaria (cfr. art. 801a cpv. 1 CO). Una delibera assembleare nulla non può essere sanata da una relazione di revisione presentata successivamente. 120

Alcune delibere dell'assemblea degli azionisti devono essere autenticate per legge (ad esempio le modifiche statutarie [art. 780 CO], la delibera di aumento di capitale [art. 781 cpv. 5 n. 1 in combinato disposto con l'art. 650 cpv. 2 CO e l'art. 75 cpv. 1 HRegV], la delibera di riduzione del capitale [art. 782 cpv. 4 in combinato disposto con l'art. 653n CO] e la delibera di scioglimento [art. 821 cpv. 2 CO]). Ciò richiede la presenza del notaio all'assemblea degli azionisti. Inoltre, è richiesta la datazione corretta, ossia né precedente né successiva, e l'indicazione corretta del luogo. Se le delibere non sono correttamente autenticate, sono nulle e quindi giuridicamente inesistenti (si veda anche l'art. 11 cpv. 2 CO). Secondo Haefliger, l'impugnabilità sussiste solo se l'autenticazione pubblica è semplicemente richiesta dallo statuto. Alla luce 121

dell'art. 16 cpv. 1 CO, secondo cui le parti non vogliono essere vincolate in anticipo da un requisito formale concordato, può anche essere possibile giustificare la nullità di una tale delibera (cfr. art. 7 CC). La base statutaria costituisce la riserva formale. Poiché la violazione dell'atto costitutivo comporta solo la nullità, si deve ritenere che anche l'atto pubblico notarile richiesto dall'atto costitutivo sia solo annullabile (in generale, per quanto riguarda la violazione dell'atto costitutivo, si veda il precedente n. 43).

2. Cause di nullità sostanziale (difetti di contenuto)

12 2 In generale, sussiste una causa di nullità sostanziale se, mediante disposizioni statutarie, vengono introdotte norme generali e astratte che contraddicono la legge obbligatoria. La conseguenza giuridica della nullità impedisce quindi agli azionisti di ancorare le disposizioni illegittime nello statuto non impugnandole. L'impugnabilità esiste generalmente nel caso di singole violazioni. Ciò include, ad esempio, una delibera che respinge impropriamente una distribuzione di dividendi a favore degli azionisti (si veda il precedente n. 80).

12 3 I casi elencati nell'art. 706b CO, non esaustivo, sono brevemente illustrati di seguito (si veda il precedente n. 106).

a. Diritto di partecipazione all'assemblea degli azionisti e diritto di voto minimo

12 4 Ai sensi dell'art. 706b cpv. 1 CO, le delibere che limitano in generale il diritto di partecipazione all'assemblea degli azionisti sono nulle. L'annullamento del diritto di voto minimo ai sensi dell'art. 806 cpv. 1 frase 2 CO costituisce motivo di nullità. Ciò comprende anche l'annullamento del diritto di rappresentanza (cfr. art. 805 cpv. 5 n. 8 in combinato disposto con gli artt. 689b e segg. CO). L'introduzione nello statuto di una disposizione secondo la quale l'assemblea degli azionisti può deliberare solo su richiesta della direzione o può aumentare il capitale sociale solo nella misura proposta dalla direzione è anch'essa nulla. Anche altre restrizioni generali al diritto degli azionisti di proporre delibere sarebbero nulle.

b. Diritti di azione e altri diritti obbligatori concessi agli azionisti

12 5 L'assemblea degli azionisti non può inoltre limitare o revocare in modo generale e permanente i diritti di azione e altri diritti inderogabili concessi agli

azionisti (art. 706b cpv. 1 CO). Una delibera che escludesse in modo permanente la responsabilità personale dell'amministrazione sarebbe nulla (cfr. art. 827 in combinato disposto con gli artt. 753 e segg. CO). I diritti personali e irrevocabili degli azionisti ai sensi dell'art. 706b cpv. 1 CO costituiscono una clausola generale per altri casi non esplicitamente menzionati nella legge.

c. Diritti di controllo degli azionisti

Le delibere che introducono nello statuto disposizioni che limitano i diritti di controllo degli azionisti sono nulle (art. 706b cpv. 2 CO). I diritti di controllo comprendono il diritto alla divulgazione del rapporto annuale e del rapporto di revisione (art. 801a CO) e il diritto all'informazione e all'ispezione (art. 802 CO). 12 6

d. Strutture di base della GmbH

L'espressione "strutture di base" è illustrata in dottrina mediante esempi. In generale, si tratta delle caratteristiche costitutive della GmbH come istituto giuridico. Una delibera che trasferisca la gestione della società all'assemblea degli azionisti sarebbe nulla (cfr. art. 810 cpv. 2 CO: "funzioni non trasferibili e irrevocabili"). Anche l'introduzione di azioni ordinarie senza valore nominale non è possibile (cfr. art. 774 cpv. 1 CO). Anche la creazione di un'azione ordinaria senza diritto ai dividendi e di un'azione di liquidazione sarebbe nulla. 12 7

e. Disposizioni sulla protezione del capitale

La protezione del capitale di cui all'art. 706b cpv. 3 CO è un esempio di un'importante struttura di base della GmbH come società di capitali (cfr. art. 772 cpv. 1 CO). Essa comprende, ad esempio, l'emissione di azioni ordinarie sotto la pari (cfr. art. 774 cpv. 2 CO). Rientra in questa categoria anche una delibera che preveda il pagamento di interessi sui conferimenti di capitale (cfr. art. 798 in combinato disposto con l'art. 675 cpv. 1 CO). Sono nulle anche le delibere che violano le disposizioni sulla protezione del capitale in singoli casi. Ciò comprende, ad esempio, una delibera di rimborso (parziale) del capitale sociale (cfr. art. 793 cpv. 2 CO). Sono inoltre nulle le delibere che prevedono il rimborso del capitale in violazione della procedura di riduzione del capitale prescritta (art. 782 in combinato disposto con gli artt. 653j e segg. 12 8

CO). Le distribuzioni di utili che violano i coefficienti di blocco (capitale sociale e riserve vincolate per legge) sono nulle (cfr. art. 798 in combinato disposto con gli artt. 675 e segg. e art. 801 in combinato disposto con gli artt. 671 e segg. CO).

129 Per quanto riguarda l'ufficio di revisione e la relazione di revisione, si veda sopra: N. 58, N. 68 e N. 120.

D. Natura giuridica dell'azione

130 La nullità di una delibera assembleare viene fatta valere con un'azione di accertamento. La nullità può essere fatta valere anche mediante controricorso o domanda riconvenzionale.

131 Sull'interesse alla sentenza dichiarativa si veda sopra: N. 101 s.

E. Limitazione temporale

132 A differenza dell'azione di rescissione, non esiste un termine di decadenza per l'azione di annullamento (cfr. supra, n. 85 e segg.). Poiché spesso è difficile valutare se un vizio comporti la nullità o solo l'impugnabilità di una delibera, è consigliabile presentare l'azione di nullità entro due mesi e, se necessario, far valere l'impugnabilità della delibera (si veda il successivo n. 163).

133 Tuttavia, l'ostacolo dell'abuso di diritto può portare a un limite di tempo in singoli casi (si veda l'art. 2, cpv. 2, del CC). Tale caso sussiste, tra l'altro, se l'azione è stata ritardata per un periodo di tempo più lungo nonostante l'esecuzione della decisione invalida.

F. Effetti della sentenza di nullità

134 Una sentenza dichiarativa favorevole ha effetto - in virtù di un'applicazione analogica dell'art. 706 cpv. 5 CO - erga omnes nei confronti di tutti gli azionisti (cfr. sopra n. 97 s. sull'impugnazione). Anche i terzi sono coperti dall'effetto. Nella sua sentenza, il tribunale dichiara che la delibera dell'assemblea degli azionisti è invalida ex tunc a causa della nullità. Il tribunale può anche dichiarare nulla solo una parte della delibera (art. 20 cpv. 2 CO per analogia; sull'impugnazione, si veda il precedente n. 94).

135 La sentenza di rigetto di una delibera è efficace solo tra le parti.

V. DIFFERENZIAZIONE E RAPPORTO CON ALTRI ATTI SOCIETARI

A. Azione di responsabilità (art. 827 in combinato disposto con gli artt. 753 e 760 CO)

Il Tribunale federale si è già occupato in diverse occasioni del rapporto tra l'azione revocatoria e l'azione di responsabilità. In sentenze più datate, il Tribunale federale ha ritenuto che l'azione revocatoria sia inammissibile se si basa su fatti che possono costituire l'oggetto di un'azione di responsabilità contro gli organi societari. Sentenze più recenti lasciano aperta la continuazione di questa giurisprudenza. La teoria della sussidiarietà sostenuta dal Tribunale federale (almeno nella giurisprudenza precedente) non dovrebbe più essere sostenuta. L'azione di responsabilità differisce fondamentalmente dall'azione di annullamento. L'azione di responsabilità è diretta contro un membro di una persona giuridica che è colpevole e chiede un risarcimento. L'azione di annullamento è diretta contro la società e mira all'annullamento retroattivo di una delibera dell'assemblea degli azionisti (cfr. sopra N. 35 e N. 10 e N. 96). L'azione di annullamento e l'azione di responsabilità dovrebbero essere possibili contemporaneamente se sono soddisfatti i rispettivi requisiti. 136

L'azione di accertamento da parte di un creditore per la nullità di una delibera assembleare è disponibile in aggiunta all'azione di responsabilità e può essere fatta valere parallelamente a questa. Se l'azione di annullamento ha il solo scopo di semplificare una successiva azione di responsabilità, essa non deve essere accettata per mancanza di interesse a una sentenza dichiarativa (cfr. n. 101 s. sopra). 137

B. Azione di restituzione (art. 800 in combinato disposto con l'art. 678 CO)

Se un pagamento ingiustificato si basa su una delibera impugnabile dell'assemblea degli azionisti, questa deve essere contestata entro due mesi (cfr. art. 706a cpv. 1 CO; n. 85 e segg. sopra). Il rimborso può essere richiesto solo dopo che l'impugnazione è stata accolta. Poiché l'azione di restituzione può cadere in prescrizione già tre anni dopo che l'azionista o la società ne sono venuti a conoscenza (cfr. art. 678a cpv. 1 CO), essa deve essere avviata già 138

se il processo di contestazione si trascina. Se necessario, il procedimento può essere sospeso (cfr. art. 126 cpv. 1 CPC).

139 Tuttavia, se la relativa delibera dell'assemblea degli azionisti è nulla, l'azione di restituzione può essere avviata direttamente. Una delibera nulla sussiste, tra l'altro, se non sono state rispettate le restrizioni obbligatorie alla distribuzione (cfr. n. 128 sopra). In questi casi, l'interesse a una sentenza dichiarativa può spesso venire meno perché l'azione di restituzione può essere intentata come azione di adempimento (cfr. n. 101 s. sopra).

C. Azione di scioglimento

140 Ai sensi dell'art. 821 cpv. 3 CO, ogni azionista può chiedere al tribunale di sciogliere la società per giusta causa. Poiché l'azione di scioglimento è sussidiaria rispetto ad altri rimedi giuridici meno drastici, l'azione revocatoria e l'azione di annullamento hanno generalmente la precedenza. Tuttavia, l'azione di annullamento o cancellazione deve essere in grado di porre rimedio alla doglianza nel lungo periodo.

D. Evitazione ai sensi dell'art. 106 f. FusG

141 La legge sulle ristrutturazioni consente alla GmbH di partecipare a fusioni, scissioni, conversioni e trasferimenti di attività (cfr. art. 2 lett. c, art. 4 cpv. 1, art. 30, art. 54 cpv. 1 e art. 69 cpv. 1 FusG). In caso di violazione delle disposizioni del FusG, gli azionisti (cfr. Art. 2 lett. f FusG) delle entità giuridiche partecipanti che non hanno approvato la delibera possono impugnarla (Art. 106 cpv. 1 FusG). La direzione non è autorizzata a impugnare la delibera ai sensi dell'Art. 106 f. FusG. FusG (Art. 106 cpv. 1 FusG e contrario). La possibilità di impugnare una delibera in caso di cessione di beni è oggetto di un dibattito controverso tra gli studiosi. Secondo la dottrina prevalente, l'azione di annullamento ai sensi degli artt. 106 e segg. FusG prevale sull'azione revocatoria ordinaria in quanto lex specialis. Ciò che il FusG consente non può costituire un motivo di annullamento ai sensi dell'art. 808c in combinato disposto con l'art. 706 CO. Art. 706 CO.

142 Si noti che il termine di due mesi per l'azione ordinaria di annullamento decorre generalmente dall'adozione della delibera (art. 706a cpv. 1 CO; cfr. supra, n. 85 e segg.), mentre l'azione di annullamento ai sensi degli artt. 106 e segg. FusG non deve essere presentata prima di due mesi dalla pubblicazione

nel FUSC (art. 106 cpv. 1 FusG). Se non è richiesta la pubblicazione nel FUSC, il termine decorre dal momento dell'approvazione della delibera (art. 106 cpv. 1 ultima frase LFus).

VI. QUESTIONI PROCEDURALI

A. Giurisdizione

1. Competenza locale

Il tribunale della sede legale della GmbH è competente sia per l'azione di annullamento che per l'azione di elusione (art. 10 cpv. 1 lett. b CPC). La sede legale della GmbH è determinata dallo statuto e dall'iscrizione nel registro delle imprese (art. 776 cpv. 1 CO e art. 73 cpv. 1 lett. c HRegV). Poiché l'iscrizione del trasferimento della sede legale ha un effetto costitutivo, è determinante la sede legale iscritta nel registro delle imprese (al momento della presentazione della domanda o dell'azione). 14 3

Il foro competente per la sede legale non è obbligatorio. Un accordo sul foro competente nell'atto costitutivo è vincolante soprattutto per i soci fondatori e per la società. I nuovi soci sono vincolati dall'accordo sul foro competente nell'atto costitutivo con la firma dell'atto costitutivo o con una dichiarazione di adesione che riconosce espressamente l'atto costitutivo. L'art. 17 cpv. 2 CPC prevede l'obbligo della forma scritta o di un'altra forma che consenta la prova per iscritto. 14 4

Un cambio di sede della società - durante il periodo di elusione in corso - può costituire un abuso di diritto e non avrebbe quindi alcun effetto per quanto riguarda l'elusione. Un cambiamento di sede legale dopo che l'azione di evirazione è diventata litigiosa non influisce sulla giurisdizione locale (Art. 64 cpv. 1 lett. b CPC; perpetuatio fori). 14 5

2. Competenza per materia

Ai sensi dell'art. 6 cpv. 4 lett. b CPC, i Cantoni possono dichiarare il Tribunale commerciale competente per le controversie derivanti dal diritto delle società commerciali e delle cooperative. Tutti i cantoni dei tribunali commerciali si sono avvalsi di questa facoltà. Nei cantoni di Argovia e San Gallo, le azioni di contestazione e di nullità di una delibera dell'assemblea degli azionisti devono 14 6

essere sottoposte al tribunale commerciale, indipendentemente dall'importo della controversia (Sezione 12 cpv. 1 lett. a EG CPCAG e Art. 11 cpv. 1 lett. b EG CPC SG). Nei cantoni di Berna e Zurigo, il tribunale commerciale è competente se l'importo della controversia supera i 30.000 franchi svizzeri (art. 7 cpv. 2 EG ZSJ BE e art. 44 lett. b GOG ZH; sull'importo della controversia, si veda il successivo n. 174).

147 Secondo il Tribunale federale, l'iscrizione delle parti nel registro delle imprese non è rilevante ai fini della competenza del Tribunale di commercio ai sensi dell'art. 6, par. 4, lett. b CPC. La competenza per materia stabilita ai sensi dell'art. 6 cpv. 4 CPC è obbligatoria e di conseguenza non è consentita una restrizione cantonale del campo di applicazione ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 e cpv. 3 CPC. Di conseguenza, non si applica nemmeno il diritto di scelta dell'attore ai sensi dell'art. 6, cpv. 3, CPC, che si adatta alla mancanza di iscrizione dell'attore nel registro delle imprese. L'attribuzione dell'azione di rescissione o di nullità al Tribunale commerciale è quindi obbligatoria - a parte l'introduzione consentita di un limite all'importo in contestazione (n. 146 sopra).

148 Il Tribunale commerciale è competente anche per le misure cautelari prima e dopo la litispendenza (cfr. art. 6, cpv. 5, CPC). Per le misure cautelari, cfr. infra: N. 179 e segg.

149 Negli altri Cantoni, i tribunali di prima istanza si occupano innanzitutto delle azioni di annullamento e cancellazione. A ciò può seguire un procedimento di appello cantonale (cfr. infra, n. 178).

B. Procedure di conciliazione

150 Se il tribunale commerciale è competente, la procedura di conciliazione non è necessaria ai sensi dell'art. 198 lett. f CPC (cfr. n. 146 e segg.). Inoltre, la procedura di conciliazione non è necessaria se è stato fissato un termine di decadenza (si veda il successivo n. 180). Il termine di decadenza dell'azione di annullamento non è un termine di questo tipo (cfr. sopra, n. 85 e segg.). Negli altri casi è generalmente richiesta una procedura di conciliazione (cfr. art. 197 CPC). Tuttavia, il riconoscimento del credito e la transazione sono ammessi solo in misura limitata (cfr. n. 170 e segg.). D'altra parte, è consentito risolvere il procedimento di elusione ritirando l'azione.

Ai sensi dell'art. 199 cpv. 1 CPC, le parti possono rinunciare congiuntamente al procedimento arbitrale se l'importo della controversia è di almeno 100.000 franchi svizzeri. Se l'assemblea degli azionisti non è disposta ad approvare un riconoscimento del credito o una transazione, è opportuno rinunciare alla procedura arbitrale per evitare inutili tempi morti e per fare chiarezza più rapidamente sulla validità finale della delibera. Inoltre, si dovrebbe prendere in considerazione la possibilità di un'azione diretta in accordo con il convenuto davanti al tribunale superiore del cantone interessato, ai sensi dell'art. 8 CPC. Ciò può anche contribuire a chiarire più rapidamente la validità finale di una delibera dell'assemblea degli azionisti (si veda il precedente n. 16). 15 1

Se non è possibile raggiungere un accordo, l'autorità arbitrale concede all'attore un'autorizzazione per l'annullamento o la nullità (art. 209 par. 1 lett. b CPC). L'attore ha quindi tre mesi di tempo per presentare un'azione legale (art. 209 cpv. 3 CPC). Il termine di due mesi ai sensi dell'art. 706a cpv. 1 CO non si applica. Questo termine è sospeso durante le vacanze giudiziarie (art. 145 cpv. 1 CPC). 15 2

C. Rappresentanza della GmbH

1. Gestione

In caso di azione di annullamento e/o nullità, la società è rappresentata come convenuta dalla direzione (cfr. art. 706a cpv. 2 CO e contrario). Se solo singoli membri della direzione in qualità di azionisti contestano la delibera, la società è rappresentata dal resto della direzione. Gli azionisti che propongono l'azione devono farsi da parte. 15 3

In alcuni casi si è posto il problema di come procedere se l'oggetto del procedimento è la validità di una delibera elettorale. L'azionista ricorrente sostiene che il membro della direzione che rappresenta la società nel procedimento civile non è stato validamente (ri)eletto. A questo punto è lecito chiedersi se il membro della direzione della GmbH convenuta, validamente (ri)eletto, possa rappresentare validamente la società o autorizzare validamente un avvocato a rappresentarla. In una situazione del genere, l'azionista ricorrente potrebbe sostenere, tra l'altro, che la risposta della società ed eventuali duplicati non sono affidabili. 15 4

La capacità di agire in giudizio è il correlato procedurale della capacità di agire secondo il diritto civile (art. 67 cpv. 1 CPC). Le persone giuridiche hanno la capacità di agire e quindi di intentare un'azione legale non appena sono stati nominati gli organi previsti dalla legge e dallo statuto (art. 54 CC). Nel caso di un'azione di annullamento e/o cancellazione relativa alla validità di una delibera elettorale o di più delibere elettorali, la questione della capacità di agire non può essere risolta senza una valutazione giuridica sostanziale.

Il Tribunale commerciale del Cantone di Berna ha risolto tale situazione utilizzando il concetto di fatti doppiamente rilevanti. I fatti doppiamente rilevanti sono quelli che riguardano sia l'ammissibilità che il merito di un'azione. Se tali fatti sono contestati, devono essere assunti come veri quando si valuta l'ammissibilità della domanda. Essi vengono esaminati solo al momento dell'esame sostanziale della domanda e le eventuali obiezioni sollevate dalla controparte al riguardo sono irrilevanti nel contesto dell'esame di ammissibilità. Se esistono fatti doppiamente rilevanti in relazione alla capacità di agire, la capacità di agire deve essere presunta nel procedimento. Per questo motivo, nell'ambito dell'esame dell'ammissibilità, il tribunale può rinunciare a esaminare la validità della delibera elettorale della società convenuta. Ciò rende superflua anche la nomina di un rappresentante della società in applicazione analoga dell'art. 706a cpv. 2 CO. Nel procedimento per carenza organizzativa, l'Alta Corte del Cantone di Zugo ha confermato il ragionamento del tribunale inferiore, secondo il quale, fino all'esame materiale della carenza organizzativa della mancanza di un organo prescritto (consiglio di amministrazione) ai sensi dell'art. 731b cpv. 1 n. 1 CO, si deve presumere la capacità giuridica della persona giuridica convenuta nel senso di un fatto doppiamente rilevante.

2. Rappresentanza ai sensi dell'art. 706a cpv. 2 CO

15 Se la direzione ricorre in giudizio come organo esecutivo (n. 28 e segg. e n.
5 101), il tribunale deve nominare un rappresentante della società convenuta ai sensi dell'art. 706a cpv. 2 CO. Se tutti i membri della direzione intentano un'azione in qualità di azionisti, deve essere nominata anche una rappresentanza (sulla revoca degli azionisti che intentano l'azione, si veda il precedente n. 153).

15 Ai sensi dell'art. 250 lett. c cpv. 10 CPC, la rappresentanza viene nominata nei
6 procedimenti sommari. A mio avviso, si tratta di una decisione provvisoria che

influisce sul procedimento. Secondo un'altra opinione, si tratta di una questione di volontaria giurisdizione. Secondo l'art. 19 CPC, il tribunale della sede legale della società ha competenza obbligatoria. Poiché il foro competente per le azioni di annullamento e di nullità non è obbligatorio (n. 144 sopra) e la competenza per la nomina di un rappresentante dovrebbe risiedere nel luogo in cui si svolge il procedimento principale, non è possibile classificarlo come una questione di volontaria giurisdizione.

Secondo Schenker, la rappresentanza è stabilita dal giudice di prima istanza dopo la ricezione del ricorso. Secondo Hüsser, la direzione della società interessata deve presentare una domanda. Se il tribunale commerciale è competente, la decisione è di sua competenza. 157

Poiché la rappresentanza può dimostrare l'inutilità dell'azione, è auspicabile che la società sia rappresentata ai sensi dell'art. 706a cpv. 2 CO durante il procedimento arbitrale. In questi casi, la direzione deve rivolgersi al tribunale, poiché la procedura di conciliazione non è applicabile nei procedimenti sommari (cfr. art. 198 lett. a CPC). A mio avviso, l'autorità di conciliazione non è autorizzata a nominare un rappresentante ai sensi dell'art. 706a cpv. 2 CO. La prassi giudiziaria ha trasmesso le richieste di arbitrato dell'organo esecutivo relative alle azioni di elusione al tribunale di prima istanza per motivi di competenza.

La rappresentanza ha il compito di difendere gli interessi della società. La rappresentanza deve essere indipendente dagli organi esecutivi della società. La direzione non è autorizzata a impartire istruzioni al rappresentante. A mio avviso, il rappresentante ha un rapporto sui generis con la società e può quindi essere responsabile nei confronti di quest'ultima per eventuali danni causati. 158

Secondo la dottrina, la direzione della società deve fornire al rappresentante i documenti e le informazioni richieste. Questo obbligo di consegna affonda le sue radici nel diritto sostanziale. Per questo motivo, è sufficiente che il rappresentante dimostri in modo credibile di aver bisogno delle informazioni e dei documenti per la corretta difesa della società convenuta. L'obbligo di divulgazione può essere fatto valere in tribunale. Il tribunale può anche obbligare la società a versare al rappresentante un anticipo adeguato. A mio avviso, il procedimento sommario dovrebbe essere applicato in entrambi i casi (analogamente all'Art. 250 cpv. c Ziff. 10 CPC). 159

D. Massime procedurali

1. Massima di negoziazione o di indagine?

1600 In una precedente decisione, il Tribunale federale ha affrontato la questione se i fatti del caso debbano essere chiariti d'ufficio in una procedura di elusione. Il Tribunale federale ha ritenuto che i fatti di causa non debbano essere chiariti d'ufficio, in modo che la direzione non agisca a favore dell'azionista contestatore. Il Tribunale federale ritiene infatti che la massima indagine sia giustificata dagli interessi delle parti non coinvolte nel procedimento. Tuttavia, la legge non prevede tale obbligo (si veda anche l'art. 55, cpv. 2, dello CPC). Gli altri azionisti potrebbero doversi difendere con un intervento sussidiario (cfr. infra, n. 171 e segg.). Si applica pertanto la massima della negoziazione. Come conseguenza della massima di negoziazione, è ipotizzabile che la direzione, in quanto rappresentante della società, non contesti le affermazioni dell'attore e quindi le riconosca implicitamente. Di conseguenza, il tribunale potrebbe essere costretto a ipotizzare un vizio nella delibera dell'assemblea degli azionisti, anche se in realtà sarebbe priva di vizi (cfr. art. 222, cpv. 2, CPC). Secondo la precedente opinione di Böckli, il tribunale ha la possibilità e il dovere di discostarsi dalla massima di negoziazione in singoli casi se una sentenza materialmente appropriata è ovviamente ostacolata. A mio avviso, tale deviazione è possibile solo in conformità con l'assunzione di prove d'ufficio ai sensi dell'articolo 153, paragrafo 2, dello CPC. Recentemente, Böckli respinge questa opinione perché lo CPC non prevede una disposizione di legge in base alla quale si debba applicare la massima dell'indagine (cfr. anche l'art. 55 cpv. 2 CPC). A questo proposito, von der Crone sottolinea il rischio di responsabilità se i membri del consiglio di amministrazione influenzano impropriamente il processo.

1601 La massima negoziale si applica anche alle azioni di annullamento. Le circostanze che danno luogo alla nullità devono essere addotte dall'attore e, se contestate, provate (cfr. art. 150 cpv. 1 e art. 221 cpv. 1 lett. d CPC; sull'onere della prova infra n. 167).

2. Disposizione o massima ufficiale?

Poiché non esiste una disposizione di legge che stabilisca che il tribunale non è vincolato dalle argomentazioni delle parti, nei procedimenti di rescissione e di nullità si applica la massima dispositiva (cfr. art. 58 cpv. 2 CPC). 162

L'attore o il ricorrente deve quindi specificare le decisioni che contesta nella domanda giudiziale (cfr. art. 58 cpv. 1 CPC). Poiché è difficile distinguere tra nullità e annullamento, si raccomanda una combinazione di domande principali e contingenti. Tuttavia, la nullità di una delibera può essere accertata anche d'ufficio se la relativa delibera dell'assemblea degli azionisti è oggetto del procedimento e i fatti rilevanti sono stati introdotti nel procedimento. Ciò è importante, ad esempio, se non è stato rispettato il termine per l'impugnazione di una delibera. 163

Per quanto riguarda la presa d'atto del credito e la transazione: si veda il successivo n. 170. 164

E. Diritto alla prova

In assenza di una disposizione diversa, si applica l'art. 8 CC per quanto riguarda l'onere della prova. L'attore nell'azione di annullamento ha l'onere della prova per quanto riguarda la legittimazione (n. 19 e seguenti), la violazione della legge e/o dello statuto (n. 41 e seguenti) e il rispetto del termine di decadenza (n. 85 e seguenti). L'attore ha anche l'onere di provare l'eventuale assenza di dolo (cfr. n. 20 e n. 89 supra). Il consenso dell'attore all'elusione, che esclude qualsiasi legittimazione ad agire, deve essere provato dalla società convenuta come fatto che impedisce l'azione legale (cfr. n. 20 supra). 165

Se l'attore prova la disparità di trattamento, l'azienda ha l'onere di provare la giustificazione. La direzione deve quindi dimostrare che la disparità di trattamento è nell'interesse della società. La delibera può anche essere impugnabile se l'attore riesce a dimostrare che gli interessi della società avrebbero potuto essere raggiunti anche con una delibera che rispettasse la parità di trattamento.

La mancanza di causalità effettiva del risultato (n. 49 e n. 51) deve essere provata dalla società convenuta (art. 691 cpv. 3 CO). Per contro, la causalità normativa (n. 49 e n. 51) deve essere provata dall'attore o dalla parte lesa. 166

16 7 L'attore in un'azione di annullamento ha generalmente l'onere di provare i fatti che portano all'annullamento. In linea di principio, si presume che le delibere assembleari difettose possano essere solo impugnate. Spetta inoltre all'attore provare il proprio interesse a una sentenza dichiarativa.

16 8 In relazione all'onere della prova, il verbale dell'assemblea può essere di grande importanza (art. 805 cpv. 5 n. 7 in combinato disposto con l'art. 702 CO). Se il verbale è redatto correttamente, vi sono elencati, tra l'altro, i problemi tecnici rilevanti (cfr. art. 702 cpv. 2 n. 6 CO). Il Tribunale federale respinge la presunzione di mancanza di prove e la conseguente riduzione dello standard probatorio in caso di verbali redatti in modo scorretto.

Gli azionisti possono chiedere che il verbale venga messo a loro disposizione entro trenta giorni dall'assemblea (art. 805 cpv. 5 n. 7 in combinato disposto con l'art. 702 cpv. 4 CO). Tuttavia, non è previsto il diritto di ottenere una copia del verbale. Un azionista può ottenere la conoscenza del contenuto del verbale sia nel procedimento di assunzione di prove nell'azione di annullamento mediante prove documentali, sia come richiesta ausiliaria nell'ambito di un'azione a tappe.

Nel procedimento di assunzione di prove dell'azione revocatoria, i verbali devono essere consegnati dalla società convenuta e non solo resi accessibili ai sensi dell'art. 702 cpv. 4 CO (cfr. art. 160 cpv. 1 lett. b CPC) se vengono presentate e approvate dal tribunale le relative richieste di prova. Tuttavia, tale richiesta di divulgazione dei verbali in un procedimento civile richiede generalmente l'affermazione di quali fatti i verbali in questione dovrebbero provare (cfr. art. 221 cpv. 1 lett. d ed e CPC). Se il convenuto rifiuta di produrre il verbale, se ne terrà conto nella valutazione delle prove (cfr. Art. 164 CPC). Se l'attore non ha partecipato all'assemblea degli azionisti o non ha potuto parteciparvi a causa di un rifiuto, ad esempio, non è possibile per lui indicare l'esatta richiesta legale. In questa situazione, è inizialmente giustificato consentire una forma di azione indeterminata. L'attore deve specificare le delibere oggetto dell'azione di annullamento solo quando è a conoscenza del verbale.

Un'azione a tappe è un cumulo oggettivo di azioni ai sensi dell'art. 90 CPC. Ciò richiede, tra l'altro, lo stesso tipo di procedimento (cfr. art. 90 lett. b CPC). Le azioni di rescissione e di annullamento si svolgono in un procedimento ordinario o semplificato (cfr. Art. 219 e Art. 243 cpv. 1 CPC). È discutibile se il

diritto di ispezione sia rivendicato nei procedimenti sommari. Nel Cantone di Zurigo, in uno di questi casi è stato condotto un procedimento sommario. Da un lato, l'elenco non esaustivo dell'art. 250 CPC ("in particolare") depone a favore di questo tipo di procedura e, dall'altro, anche le richieste di informazioni più ampie come l'art. 802 CO sono assegnate a un procedimento sommario ai sensi dell'art. 250 lett. c n. 7 CPC (argumentum a maiore ad minus). A causa dell'elenco ampio e non esaustivo e delle numerose costellazioni ipotizzabili, l'assenza dell'art. 702 cpv. 4 CO nell'elenco dell'art. 250 CPC non implica un silenzio qualificato da parte del legislatore. Per questo motivo, è consigliabile far valere il diritto di ispezione, come spiegato nella sezione precedente, come precauzione nel corso del procedimento probatorio. In caso contrario, si dovrebbe avviare un procedimento sommario parallelo, in cui il termine di decadenza di due mesi deve essere rispettato per quanto riguarda l'azione di annullamento (art. 706a cpv. 1 CO; n. 85 e segg. sopra).

Si noti inoltre che, secondo il Tribunale federale, anche i motivi dell'elusione devono essere presentati entro il termine di decadenza di due mesi (n. 85 sopra). Se tali motivi possono essere indicati solo con il verbale dell'assemblea degli azionisti, dovrebbe essere concessa un'eccezione a questa giurisprudenza, secondo la quale l'avvio dell'azione di annullamento è sufficiente per il momento.

Se per l'assemblea degli azionisti è stato emesso un atto pubblico, questo fa piena prova dei fatti che attesta, purché non sia dimostrata l'inesattezza del suo contenuto (art. 9 cpv. 1 CC e art. 179 CPC). Inoltre, il notaio è un testimone imparziale per quanto riguarda gli eventi notarili. Le parti del procedimento possono far interrogare il notaio come testimone. Le parti possono esonerare il notaio dall'obbligo di riservatezza o l'autorità di vigilanza può rinunciarvi. In questo caso, il notaio è generalmente obbligato a testimoniare. Il notaio non può invocare il diritto di rifiutarsi di testimoniare, come avviene per gli avvocati (art. 166 cpv. 1 lett. b CPC e art. 13 cpv. 1 BGFA). 169

F. Riconoscimento della domanda e transazione

Ai sensi dell'art. 241 cpv. 2 CPC, il riconoscimento del credito o la transazione hanno lo stesso effetto di una sentenza definitiva. Tale procedura può essere utile per l'impresa in situazioni disperate, ad esempio per evitare ulteriori costi. È discutibile fino a che punto un'azione di evasione possa essere 170

riconosciuta dalla società in qualità di convenuto. È chiaro che la società rappresentata dalla direzione (art. 706a cpv. 2 CO) non è autorizzata a riconoscere l'azione revocatoria senza ulteriori indugi. La direzione non è autorizzata a disporre dell'oggetto della controversia. Tuttavia, un riconoscimento dell'azione o una transazione autorizzata approvata dall'assemblea degli azionisti sarebbe possibile secondo l'opinione qui espressa. Questa autorizzazione risolve il problema della competenza, secondo cui la direzione non è competente in materia di assemblea degli azionisti (cfr. art. 804 cpv. 2 CO). Per ottenere l'autorizzazione dell'assemblea degli azionisti, il procedimento può essere sospeso (cfr. Art. 126 cpv. 1 CPC).

G. Intervento

17 1 Chiunque possa dimostrare in modo credibile di avere un interesse legale a che il procedimento in corso sia deciso a favore di una delle parti può intervenire come parte interveniente in qualsiasi momento (art. 74 CPC). Un azionista ha un tale interesse giuridico in quanto sarebbe anch'egli danneggiato dalla sentenza favorevole (n. 97 e n. 134 sopra).

17 2 Gli atti processuali dell'interveniente che contraddicono quelli della parte principale sono generalmente irrilevanti nel procedimento (art. 76, cpv. 2, CPC). Secondo il Tribunale federale, ciò non si applica nel caso di un interveniente contenzioso. Ciò avviene se il diritto sostanziale ha effetti diretti non solo tra le parti principali, ma anche nei confronti delle parti intervenienti. Il caso sottoposto al Tribunale federale riguardava un procedimento per carenza organizzativa ai sensi dell'art. 731b CO. Questo standard è applicabile anche alla GmbH ai sensi dell'art. 819 CO. Poiché la Corte federale cita anche l'azione di annullamento nello stesso modo, si può presumere che gli azionisti come parti intervenienti non siano limitati nemmeno dall'art. 76 par. 2 CPC in tali procedimenti. Se, ad esempio, l'amministrazione non contesta o contesta in modo insufficiente i fatti esposti dall'attore nell'azione revocatoria, gli altri azionisti possono introdurre nel procedimento affermazioni di fatto al loro posto e contestare le affermazioni di fatto dell'attore nell'azione revocatoria (si veda anche il precedente n. 160 s.).

17 3 È discutibile se gli altri azionisti debbano essere informati del procedimento dal tribunale o dalla società. Non esiste una base giuridica esplicita per questo. Alcuni studiosi fanno derivare l'obbligo di informazione da parte del tribunale

dal diritto di essere ascoltati (cfr. art. 29 par. 2 BV e art. 6 n. 1 CEDU). Per un'altra parte della dottrina, non esiste un tale diritto all'informazione. Nel diritto tedesco e austriaco, il consiglio di amministrazione della società convenuta ha un dovere di informazione, per cui, secondo la Corte Suprema Federale tedesca, anche il tribunale deve preoccuparsi di salvaguardare il diritto al contraddittorio.

Nei procedimenti per carenza organizzativa - la cui decisione riguarda anche gli altri azionisti - la Corte Suprema Federale ha stabilito che agli altri azionisti non deve essere riconosciuto lo status di parte ex officio o il diritto di essere ascoltati. Se ne deduce che il Tribunale federale probabilmente negherà tale diritto all'informazione anche nel caso di un'azione di annullamento e cancellazione.

Il nuovo diritto societario impone a una società, se è previsto un tribunale arbitrale per le controversie di diritto societario, di assicurare che lo statuto garantisca che le persone direttamente interessate dagli effetti giuridici del lodo arbitrale siano informate dell'avvio e della conclusione del procedimento e possano partecipare al procedimento in qualità di intervenienti al momento della nomina del tribunale arbitrale (art. 797a in combinato disposto con l'art. 697n cpv. 3 CO). Ciò ha lo scopo di assicurare le garanzie procedurali dello Stato di diritto. Poiché queste garanzie valgono anche nella giurisdizione statale, il nuovo diritto societario è, a mio avviso, ancora più favorevole alla notifica agli altri azionisti. Tuttavia, non è stata introdotta una base giuridica.

H. Spese di lite

L'importo della controversia è di grande importanza per determinare le spese di lite e il tipo di procedimento. Il valore della controversia di un'azione di annullamento si basa sull'interesse generale della società. Nel caso di un aumento di capitale, si tratta dell'importo dell'aumento di capitale. Per molti azionisti di minoranza, l'importo in contestazione supera quindi l'importanza della loro partecipazione, il che significa che spesso è troppo rischioso per loro intraprendere un'azione legale. 17 4

In base all'art. 107 cpv. 1 lett. f dello CPC, il tribunale può trasferire una parte dei costi alla società se questa prevale e se vi sono circostanze particolari che fanno apparire iniqua una ripartizione basata sull'esito del procedimento. Tuttavia, i tribunali utilizzano raramente questa opzione. Una deviazione è 17 5

possibile anche se un azionista è stato indotto a condurre il procedimento in buona fede (art. 107 cpv. 1 lett. b CPC).

17 6 L'azione di annullamento può essere promossa anche se un azionista è stato vittima di una mancanza di buona fede (cfr. n. 20, n. 89 e n. 165 supra). Nel diritto contrattuale, l'art. 26 cpv. 1 CO stabilisce che la parte in errore, che non accetta il contratto ed è responsabile dell'errore per propria negligenza, è tenuta a risarcire il danno derivante dall'annullamento del contratto. A mio avviso, questa idea dovrebbe essere applicata per analogia all'azione di annullamento, nella misura in cui il socio che ha commesso un errore per negligenza deve sostenere anche le spese sostenute a tale riguardo (cfr. art. 107 cpv. 1 lett. f CPC).

17 7 Ai sensi dell'art. 108 CPC, i costi non necessari devono essere pagati da chi li ha causati. In base a questa disposizione, i costi possono essere imposti anche a terzi che non sono parti del procedimento. Un estraneo che convoca un'assemblea degli azionisti può essere condannato a pagare le spese del procedimento successivo. Il Tribunale commerciale del Cantone di Zurigo ha imposto le spese a due membri del Consiglio di amministrazione che, contrariamente all'art. 695 CO, non si sono astenuti dal votare sul discarico, nonostante il ricorrente lo avesse fatto notare.

I. Rimedi giuridici

17 8 Le decisioni del Tribunale commerciale possono essere impugnate davanti al Tribunale federale in materia civile. Negli altri casi, l'appello contro la decisione di prima istanza è possibile a partire da un importo in contestazione di 10.000 franchi svizzeri (cfr. art. 308 cpv. 2 CPC). Nei rari casi in cui l'importo della controversia sia inferiore a 10.000 franchi, è possibile presentare ricorso solo al tribunale cantonale superiore (cfr. art. 319 lett. a CPC). La decisione di seconda istanza può essere impugnata ai sensi degli artt. 72 e segg. In materia civile, il ricorso può essere presentato al Tribunale federale.

J. Misure cautelari

17 9 Le delibere dell'assemblea degli azionisti possono avere effetto anche prima di essere impugnate. Mediante misure cautelari, l'attore può impedire l'esecuzione di una delibera dell'assemblea degli azionisti da parte della

direzione (cfr. art. 810 cpv. 2 n. 6 CO; cfr. sopra n. 12 e sotto n. 203). Per evitare che l'attore si trovi di fronte al fatto compiuto, nella maggior parte dei casi dovrebbe cercare di ottenere misure cautelari (sull'annullamento delle delibere, cfr. infra, n. 200 e segg.).

Di norma, la richiesta di provvedimenti non influisce sulla scadenza del termine di decadenza di due mesi ai sensi dell'art. 706a cpv. 1 CO (cfr. n. 85 e segg. supra). Se l'azione non è ancora pendente nel procedimento principale, il tribunale deve tenere conto del termine di decadenza ai sensi dell'art. 706a cpv. 1 CO quando fissa il termine per l'azione ai sensi dell'art. 263 CPC, perché altrimenti l'azione non ha comunque alcuna prospettiva di successo. In ogni caso, l'azione di annullamento deve essere abbandonata prima della scadenza del termine di decadenza. Se le domande del procedimento di annullamento e i motivi dell'annullamento sono già contenuti nella domanda di provvedimenti, è possibile rispettare il termine di decadenza. Ciò comporterebbe una dichiarazione provvisoria di invalidità della decisione. 180

L'azione di annullamento, invece, non è soggetta a limiti di tempo (si veda il precedente n. 132 s.). Tuttavia, al fine di chiarire rapidamente la validità della decisione, il tribunale deve anche fissare un termine provvisorio che non sia troppo lungo nel caso di un'azione di annullamento.

Inoltre, la fissazione di un tale termine di decadenza fa sì che la procedura di conciliazione non sia più necessaria (art. 198 lett. h CPC; sulla procedura di conciliazione, cfr. supra, n. 150 e segg.).

Ai sensi dell'art. 264 cpv. 2 CPC, il ricorrente è responsabile del danno derivante da una misura cautelare ingiustificata. Se l'attore dimostra che la domanda è stata presentata in buona fede, il tribunale può ridurre o esonerare completamente l'obbligo di risarcimento (art. 264 cpv. 2 CPC). Il ricorrente nell'azione di annullamento può quindi essere soggetto a un rischio di costi elevati. Se, ad esempio, viene impedita l'esecuzione di un aumento di capitale sociale, l'attore nell'azione di annullamento deve risarcire i danni che possono derivare, ad esempio, dalla raccolta di capitale esterno. 181

1. Requisiti generali per un'ordinanza

Ai sensi dell'art. 261 cpv. 1 CPC, i presupposti sono, da un lato, la probabilità di successo dell'azione di annullamento (lett. a; richiesta di ingiunzione; N. 183) e, dall'altro, l'impossibilità di revocare l'esecuzione della delibera 182

impugnata senza ulteriori provvedimenti (lett. b; motivo dell'ingiunzione; N. 184). Inoltre, l'ordinanza richiede l'urgenza (n. 185 s.) e la proporzionalità (n. 187). Il richiedente deve comprovare questi requisiti (cfr. Art. 261 par. 1 CPC).

a. Diritto all'ingiunzione (prognosi della questione principale)

18 3 Il richiedente deve essere in grado di dimostrare in modo credibile che la decisione è affetta da un vizio che ne determina l'invalidità mediante un'azione di annullamento o che la decisione è addirittura nulla. Va notato che i termini "improprio" e "ingiustificato" di cui all'articolo 706, paragrafo 2, punti 2 e 3, devono essere interpretati dal tribunale nel procedimento principale e che esiste un certo margine di discrezionalità (giudiziaria). È quindi sufficiente che un motivo di contestazione appaia plausibile.

b. Motivazione dell'ingiunzione (previsione di svantaggi)

18 4 Affinché il tribunale approvi la richiesta di un provvedimento, il richiedente deve essere minacciato da uno svantaggio che non può essere facilmente rimediato se il provvedimento cautelare non viene ordinato. Questo è sempre il caso se una delibera deve essere iscritta nel registro delle imprese con effetto costitutivo. Un'iscrizione dichiarativa nel registro delle imprese comporta gli effetti previsti dall'art. 936b CO e può quindi essere significativa.

c. Urgenza

18 5 Inoltre, l'emanazione di un provvedimento cautelare richiede l'urgenza. L'urgenza sussiste, ad esempio, se una delibera deve essere iscritta nel registro delle imprese con effetto costitutivo. Manca l'urgenza se lo stesso obiettivo può essere raggiunto con la decisione nel procedimento principale.

18 6 In casi di particolare urgenza, soprattutto se c'è il rischio di frustrazione, il tribunale può ordinare il provvedimento immediatamente e senza sentire l'altra parte (art. 265 par. 1 CPC). Il richiedente deve fare esplicita richiesta di un provvedimento superprovvisorio. Se il ritardo è di diversi giorni, la particolare urgenza può essere regolarmente negata.

d. Proporzionalità

18 7 La proporzionalità come ulteriore requisito può essere implicitamente desunta dall'art. 262 CPC ("idoneo"). Una misura è proporzionata se è

adeguata e necessaria e se la ponderazione degli interessi rilevanti depone a favore della sua adozione.

2. Blocco giudiziario del registro delle imprese

Il blocco del registro delle imprese da parte del tribunale è di importanza fondamentale come misura cautelare (art. 262 lett. c CPC). Il blocco del registro commerciale, che poteva essere ottenuto direttamente presentando un'obiezione scritta all'Ufficio del registro commerciale, non esiste più dal 1° gennaio 2021 (cfr. art. 162 f. aHRegV). Si tratta di una misura cautelare (superprovvisoria) per istruire un'autorità di registro ai sensi dell'art. 262 lett. c CPC. Poiché anche l'EHRA (per l'approvazione delle domande inserite nel registro giornaliero cantonale) e la SECO (per la pubblicazione nel FUSC) sono coinvolte nel processo di registrazione nel registro delle imprese, è consigliabile richiedere un'istruzione corrispondente anche a queste autorità. Lo scopo di un blocco del registro di commercio ordinato dal tribunale è quello di garantire che la delibera contestata dell'assemblea degli azionisti non venga iscritta nel registro di commercio come misura cautelativa e quindi non venga pubblicata nel FUSC. Il blocco del registro di commercio assicura lo status quo. Il blocco giudiziario del registro delle imprese è possibile per le iscrizioni con effetto costitutivo e dichiarativo. 188

Poiché il deposito e l'iscrizione di una delibera assembleare possono essere effettuati rapidamente con un'adeguata preparazione preventiva, è consigliabile richiedere il blocco del registro delle imprese su base superprovvisoria (cfr. art. 265 cpv. 1 CPC; anche n. 186 sopra). Nel caso di un'iscrizione costitutiva, l'urgenza è data di per sé. Nel caso di iscrizioni dichiarative, la particolare urgenza deve essere giustificata. Ad esempio, non c'è alcuno svantaggio nel registrare un nuovo membro della direzione se un altro membro della direzione con firma unica potrebbe comunque conferire al nuovo membro della direzione una procura speciale in qualsiasi momento. 189

Per evitare che la domanda venga registrata dall'Ufficio del registro delle imprese, è consigliabile che il richiedente e/o il tribunale informino l'Ufficio del registro delle imprese della domanda di provvedimento superprovvisorio per telefono o per e-mail al momento del ricevimento della domanda. Oltre alla domanda (presentata elettronicamente), il richiedente dovrebbe anche informare il tribunale per e-mail o per telefono dell'ordinanza superprovvisoria di blocco del registro delle imprese, in modo che il tribunale 190

possa avviare il procedimento con la necessaria urgenza. Il tribunale deve informare preventivamente per telefono o per e-mail l'ufficio cantonale del registro delle imprese, l'EHRA e, se del caso, la SECO della sua decisione in merito al provvedimento.

19 1 Il blocco del registro di commercio può essere fastidioso per l'azienda. Un'azienda può difendersi preventivamente da un blocco del registro di commercio depositando una lettera di tutela presso il tribunale (cfr. art. 270 CPC).

19 2 In relazione all'iscrizione nel registro delle imprese, Müller propone lo "scritto protettivo" nei procedimenti davanti all'ufficio del registro delle imprese. L'autore spiega che è possibile presentare una lettera protettiva o una dichiarazione preventiva all'ufficio cantonale del registro delle imprese per influenzare la procedura unilaterale di iscrizione nel registro delle imprese. La lettera deve esporre i fatti del caso o la posizione di un azionista al fine di impedire la potenziale iscrizione nel registro delle imprese. In questo modo si vuole evitare che venga effettuata un'iscrizione basata su fatti materialmente errati (cfr. art. 929 cpv. 1 CO). Poiché le persone che presentano una lettera di protezione all'ufficio del registro di commercio non possono fare affidamento sulla lettera di protezione o su una dichiarazione preventiva che impedisca l'iscrizione nel registro di commercio, è consigliabile avviare un procedimento parallelo per ottenere il blocco giudiziario del registro di commercio come descritto sopra.

3. Divieto

19 3 Un'altra misura cautelare che può essere presa in considerazione è l'interdizione (art. 262 lett. a CPC). Sarebbe possibile, ad esempio, vietare alla società di attuare una delibera contestata. Un divieto può essere collegato alla minaccia di una sanzione ai sensi dell'Art. 292 StGB. Poiché la società come persona giuridica non rientra nel campo di applicazione dell'art. 292 StGB, il divieto deve essere rivolto agli organi sociali. Le persone interessate devono essere informate del divieto in modo da poter imporre una sanzione in caso di violazione del divieto.

4. Ricorsi contro le decisioni sui provvedimenti

19 4 Le decisioni del tribunale di prima istanza sulle misure cautelari possono essere impugnate se il valore in discussione supera i 10.000 franchi svizzeri

(art. 308 cpv. 1 lett. b e cpv. 2 CPC). In caso contrario, è possibile presentare appello. In entrambi i casi, il termine di ricorso è di dieci giorni (art. 314 cpv. 1 e art. 321 cpv. 2 CPC). L'appello non ha effetto sospensivo finché l'istanza d'appello non lo accoglie (art. 315 cpv. 4 lett. b e cpv. 5 e art. 325 CPC).

Il ricorso al Tribunale federale in materia civile è ammissibile solo contro le decisioni sui provvedimenti provvisori di un tribunale commerciale o contro le decisioni di appello del tribunale cantonale superiore se la decisione può causare uno svantaggio ai sensi dell'art. 93 cpv. 1 lett. a BGG che non può essere facilmente rimediato. Tale svantaggio deve essere indicato nell'atto di ricorso. Il ricorso può essere presentato solo per una violazione dei diritti costituzionali (art. 98 LBG). 195

K. Arbitrato

Dall'entrata in vigore della revisione del diritto societario il 1° gennaio 2023, l'art. 797a CO rimanda all'art. 697n CO per quanto riguarda le clausole arbitrali negli statuti. Di conseguenza, negli statuti è possibile prevedere un tribunale arbitrale con sede in Svizzera per le azioni di annullamento e di nullità (art. 697n cpv. 1 CO). Per l'introduzione di una clausola arbitrale nello statuto è necessario un quorum qualificato (art. 808b cpv. 1 n. 10bis CO). L'art. 697n cpv. 2 CO fa riferimento agli artt. 353 e segg. CPC e l'applicabilità degli artt. 176 e segg. IPRG è esclusa. 196

Il tribunale arbitrale investito dell'azione revocatoria può anche nominare il rappresentante legale ai sensi dell'art. 706a cpv. 2 CO (cfr. sopra, n. 155 e segg.). Nel formulare la clausola arbitrale nello statuto, è consigliabile contemplare esplicitamente le questioni di volontaria giurisdizione come la nomina del rappresentante legale. 197

Il tribunale arbitrale è inoltre autorizzato - salvo diverso accordo tra le parti - a emettere provvedimenti provvisori (art. 374 cpv. 1 CPC). Sebbene non sia esplicitamente menzionato nell'art. 374 CPC, il tribunale arbitrale può anche adottare misure superprovvisorie. A mio avviso, il blocco del registro delle imprese ordinato dal tribunale può essere disposto anche da un tribunale arbitrale se ciò è possibile in termini di tempo (ad esempio da un arbitro d'urgenza). Se una persona interessata non si sottopone volontariamente a una misura ordinata dal tribunale arbitrale, il tribunale statale deve emettere i 198

provvedimenti necessari su richiesta del tribunale arbitrale o di una parte (art. 374 cpv. 2 CPC).

19 Ai sensi dell'art. 697n cpv. 3 CO, lo statuto deve garantire che le persone che
9 possono essere interessate dagli effetti giuridici del lodo arbitrale (cfr. art. 706 cpv. 5 CO; cfr. supra n. 97 s. e n. 134, nonché supra n. 171 ss. sulle parti intervenienti) siano informate dell'inizio e della fine del procedimento e possano partecipare alla nomina del tribunale arbitrale e come parti intervenienti nel procedimento.

VII. INVERSIONE DELLE RISOLUZIONI

20 È discutibile come trattare le delibere la cui base giuridica non è mai esistita
0 (nel caso di nullità di una delibera assembleare; n. 11 e n. 134 supra) o la cui base giuridica ha successivamente cessato di esistere ex tunc (nel caso di impugnazione con successo di una delibera assembleare; n. 10 e n. 96 supra). Tale situazione può verificarsi, ad esempio, se le nuove azioni ordinarie sono state sottoscritte sulla base di una delibera di aumento di capitale nulla o contestabile e se è stata effettuata una corrispondente iscrizione nel registro delle imprese. Questo problema può sorgere anche nel caso di delibere nulle o contestabili sull'elezione dei membri della direzione. Per non andare oltre lo scopo del presente commento, questa sezione si limita a descrivere alcuni punti di riferimento su questo argomento.

20 In caso di successo dell'impugnazione, viene emessa una sentenza che annulla
1 retroattivamente la delibera assembleare, rendendola invalida ex tunc (n. 10 e n. 96 sopra). Se l'azione di annullamento viene accolta, il tribunale dichiara l'invalidità ex tunc della delibera nella sentenza dichiarativa (n. 11 e n. 134 sopra). Sia le sentenze dichiarative che le sentenze di annullamento non sono soggette a esecuzione. Tuttavia, dopo la sentenza possono essere necessarie azioni successive non esecutive. Ciò include l'annullamento delle singole ordinanze (si veda il precedente n. 17 e segg.). La sentenza in sé non richiede l'annullamento. Se il ricorrente o l'attore riesce a prevenire il verificarsi di determinate conseguenze della decisione mediante misure cautelari, la revocazione può essere evitata.

20 Si può distinguere tra rescissione in senso stretto e rescissione in senso lato.
2 L'annullamento in senso stretto porta a creare una situazione come se la delibera dell'assemblea degli azionisti non fosse mai stata approvata. Nella

maggior parte delle situazioni, tuttavia, esiste una barriera che impedisce l'annullamento in senso stretto. La sentenza in un'azione di annullamento accolta e la sentenza dichiarativa in un'azione di annullamento accolta sono efficaci anche nei confronti degli azionisti e dei terzi non coinvolti nel procedimento (cfr. n. 97 s. e n. 134 s.). La loro fiducia nella validità della delibera assembleare è spesso tutelata dall'ordinamento giuridico (ad esempio, l'effetto curativo dell'iscrizione nel registro delle imprese [art. 779 cpv. 2 CO per analogia] e la pubblica fede del registro delle imprese [art. 936b cpv. 3 CO]). Tali ostacoli impediscono la possibilità di un'inversione in senso stretto. In questi casi, è possibile solo un'inversione in senso lato. In questo caso, le risoluzioni vengono annullate solo con effetto ex nunc. Questo tipo di inversione avviene con un provvedimento speculare (contrarius actus). Un aumento di capitale dovrebbe quindi essere annullato mediante una riduzione del capitale. Se la società non è disposta a revocare l'operazione, gli azionisti devono avere la possibilità di intentare un'azione revocatoria (la cosiddetta azione revocatoria). La sentenza di un'azione di rescissione dovrebbe anche poter contenere alcune istruzioni all'ufficio del registro delle imprese (si veda anche il successivo n. 204).

Ai sensi dell'art. 810 cpv. 2 n. 6 CO, l'amministrazione deve attuare le delibere dell'assemblea degli azionisti. Da questa competenza la dottrina fa derivare che la direzione è anche responsabile del ripristino della situazione che sarebbe esistita se l'invalidità della delibera fosse stata osservata fin dall'inizio. Nel fare ciò, la direzione è vincolata dalla motivazione legale della sentenza. Pertanto, la direzione deve anche stabilire se è possibile un'inversione in senso stretto. Se l'inversione in senso stretto non è possibile, la direzione deve convocare un'assemblea degli azionisti per una misura speculare, come una riduzione del capitale (sull'inversione in senso lato, si veda il precedente n. 202). 203

È fondamentalmente discutibile in che misura i tribunali e gli uffici del registro delle imprese siano coinvolti nell'inversione per quanto riguarda gli effetti ai sensi della legge sul registro delle imprese. Ad esempio, non è chiaro se il tribunale debba trasmettere una sentenza che approva l'azione di rescissione o di nullità all'ufficio del registro delle imprese o se possano essere impartite determinate istruzioni all'ufficio del registro delle imprese. Ai sensi dell'art. 240 dello CPC, la sentenza viene notificata alle autorità e ai terzi interessati se esiste una base legale per farlo o se la notifica serve ai fini 204

dell'esecuzione. Non esiste una base giuridica per questo. Inoltre, le sentenze di organizzazione e le sentenze dichiarative non richiedono l'esecuzione (cfr. n. 201 sopra). Pertanto, secondo l'opinione del commentatore, non è possibile dare istruzioni all'ufficio cantonale del registro di commercio. Il Tribunale di Commercio del Cantone di Berna ha comunicato una sentenza corrispondente all'Ufficio del Registro di Commercio di Berna - senza emettere istruzioni specifiche - e ha menzionato che ciò avrà lo stesso effetto di un'istruzione formale. Il Tribunale commerciale del Cantone di Zurigo afferma che l'azione di elusione ha un effetto legale diretto, motivo per cui non è necessario dare istruzioni all'Ufficio del registro commerciale. Pertanto, è sufficiente comunicare la sentenza. In un altro caso, il Tribunale commerciale del Cantone di Zurigo ha indicato che la sentenza corrispondente sarà comunicata all'Ufficio del registro di commercio dopo la scadenza del termine di ricorso, con effetto sospensivo del ricorso al Tribunale federale (art. 103 cpv. 2 lett. a o cpv. 3 BGG) a causa di un blocco del registro di commercio. Queste sentenze sono in linea di principio contrarie all'art. 19 cpv. 1 HRegV, secondo il quale il tribunale deve presentare una sentenza all'ufficio del registro delle imprese se ordina l'iscrizione di determinati fatti. È problematico che la giurisprudenza lasci all'ufficio del registro delle imprese le conseguenze della legge sul registro delle imprese e non preveda un'ordinanza del tribunale. Va inoltre notato che gli uffici del registro delle imprese sono autorità preposte all'applicazione della legge. Possono registrare solo transazioni legali documentate in modo chiaro e inequivocabile. Affermare il contrario significherebbe vanificare la funzione del registro di commercio, che è appunto quella di consentire a chiunque di prendere visione delle iscrizioni corrispondenti e dei documenti giustificativi per ogni iscrizione al registro di commercio presso l'ufficio del registro di commercio senza alcuna prova particolare di interesse (art. 936 CO e art. 11 cpv. 1 e art. 12 HRegV). Infine, va notato che se un negozio giuridico viene finalmente preso in considerazione nel registro delle imprese - diversi anni dopo - una volta risolta legalmente una controversia, altre risoluzioni possono aver reso obsoleta la controversia precedente.

Sulla base della massima di disposizione (n. 162 s. sopra), il ricorrente o l'attore dovrebbe, se la notifica all'ufficio del registro delle imprese è ammissibile - come nella decisione citata - fare una richiesta corrispondente. Secondo l'opinione espressa in questa sede, il ricorrente stesso dovrebbe notificare la sentenza all'Ufficio del registro delle imprese perché la notifica da

parte del tribunale non è possibile. Nel caso di tale notifica, la sentenza non contiene alcuna istruzione specifica per l'Ufficio del registro delle imprese. L'ufficio del registro delle imprese si trova in una situazione scomoda (tra l'altro, per motivi legati alla legge sulla responsabilità dello Stato) perché gli azionisti in lite potrebbero non essere d'accordo sulle conseguenze della sentenza nel registro delle imprese. De lege ferenda, il legislatore dovrebbe fare chiarezza a questo proposito.

L'ufficio del registro delle imprese deve tenere conto della nullità ex officio come parte della sua cognizione (cfr. n. 13 sopra). Di conseguenza, l'Ufficio del registro delle imprese può intervenire solo nei casi in cui debbano essere rispettate le disposizioni di legge obbligatorie stabilite nell'interesse pubblico o per la tutela di terzi. L'interpretazione della legge è generalmente lasciata al tribunale. L'Ufficio del Registro delle Imprese può quindi intervenire d'ufficio solo in casi eccezionali.

VIII. CONTESTABILITÀ E NULLITÀ IN RELAZIONE ALLA PANDEMIA DI COVID-19

Le norme speciali sulle riunioni nel diritto societario a causa della pandemia di Covid-19 sono rimaste in vigore fino al 31 dicembre 2022. Le norme corrispondenti devono essere osservate nei procedimenti basati sulle delibere assembleari durante questo periodo (cfr. Art. 1 cpv. 1 SchlT CC). Ai sensi dell'art. 8 aCovid-19, il Consiglio federale può, se necessario, emanare disposizioni diverse per l'esercizio dei diritti nelle assemblee societarie per quanto riguarda l'esercizio dei diritti per iscritto o in forma elettronica (lett. a) o tramite una delega indipendente (lett. b). All'art. 27 cpv. 1 aCovid-19 Ordinanza 3, il Consiglio federale ha stabilito che l'organizzatore dell'assemblea degli azionisti può, indipendentemente dal numero previsto di partecipanti, stabilire che gli azionisti possano esercitare i loro diritti per iscritto o in forma elettronica (lett. a) o tramite un delegato indipendente nominato dall'organizzatore (lett. b). Questa istruzione deve essere comunicata per iscritto o pubblicata elettronicamente al più tardi quattro giorni prima dell'assemblea (art. 27 cpv. 2 aCovid-19 Ordinanza 3). La data rilevante è quella di affissione come per il periodo di preavviso ordinario (vedi sopra n. 87). Questa data e quella dell'assemblea degli azionisti non devono essere conteggiate (cfr. sopra, n. 87). Una restrizione temporanea del diritto di partecipazione degli azionisti era quindi ammissibile. Tuttavia, l'accesso a

20 5

un'assemblea virtuale non può essere negato o reso sproporzionatamente difficile. A seconda del grado di severità, sussisteva la nullità o l'annullabilità. Con un termine di preavviso di quattro giorni, a mio avviso, il mancato rispetto involontario del termine di un giorno dovrebbe portare solo alla contestabilità (si vedano i precedenti n. 53 e n. 114 relativi al termine di preavviso). Secondo il Tribunale federale, il rifiuto di ammettere una mozione quando si tiene un'assemblea generale scritta è contestabile. In questo contesto, si presuppone una causalità normativa per i motivi formali di contestazione (si veda il precedente n. 48 e segg.).

BIBLIOGRAFIA E I MATERIALI

Amstutz Marc/Vito Roberto/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK FusG-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Ballmer David/Fischer Joel, Die hybride und virtuelle Generalversammlung, Kommentierung ausgewählter Streit- und Anwendungsfragen, GesKR 2 (2023), S. 172-189.

Baumann Wey Sabine, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Diss. Luzern, Zürich 2013 (= LBR 75).

Bloch André, Schutzrechte des Aktionärs, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2022.

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 2016).

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3148 ff. (zit. Botschaft GmbH 2001).

Bühler Simon/von der Crone Hans Caspar, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 5 (2014), S. 564-572.

Bürgi Wolfhart F., Zürcher Kommentar, Aktiengesellschaft: Art. 698-738 OR, Zürich 1969 (zit. ZK OR-Bürgi, Art. x N. y).

Courvoisier Matthias/Schnyder Marion, § 34: Klage auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Fischer Willi/Theus Simoni Fabiana/Gessler Dieter (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen, Zum Gesellschaftsrecht und zum Geistigen Eigentum, Zürich 2016.

Courvoisier Matthias/Schnyder Marion, § 35: Vorsorgliche Massnahmen bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Fischer Willi/Theus Simoni Fabiana/Gessler Dieter (Hrsg.), Kommentierte Musterklagen, Zum Gesellschaftsrecht und zum Geistigen Eigentum, Zürich 2016.

Druey Jean Nicolas, Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg.), Rechtsfragen rund um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 131-162.

Dubs Dieter, Beschlussvoraussetzungen und deren Abgrenzung von anderen Bedingungen für die Rechtswirksamkeit von Aktionärsbeschlüssen, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, S. 445-469.

Enz Benjamin V./Hochstrasser Michael, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 1, SJZ 14 (2021), S. 719-728 (zit. Enz/Hochstrasser, Teil 1).

Enz Benjamin V./Hochstrasser Michael, Technische Probleme bei der virtuellen Generalversammlung (Art. 701f revOR) – Teil 2, SJZ 15 (2021), S. 778- 785 (zit. Enz/Hochstrasser, Teil 2).

Facincani Nicolas/Wyss Dominic, Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses, GesKR 3 (2013), S. 416-424.

Feuz Christoph, Das mitgliedschaftliche Treuepflichtregime der GmbH, Diss. Bern, Zürich 2017 (= SSHW 340).

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Frey Harold/Christen Severin, Besonderheiten bei spezifischen Streitigkeiten, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, in: Haas Ulrich/Marghitola Reto (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich 2020.

Gaberthüel Tino/Wille Alex, Stamm- und Kapitalschutz, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabella/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Guidoum Sammy, Dividenden und Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Konzeptionelle Aspekte, Voraussetzungen und Verletzungsfolgen, Diss. St.Gallen, Zürich 2023 (= SSHW 360).

Haefliger Peter, Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1977, Bern 1978 (= ASR 455).

Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698-726 und Art. 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. ZK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Heller Jan, Die Auswirkungen der Anfechtungsklage auf den Beschluss der Generalversammlung und dessen Beschlussfolgen, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2020.

Hess Beat, Die mangelhafte Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg, Zürich 1977 (= SSHW 24).

Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014 (zit. KuKo OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Huguenin Claire/Mahler Bruno, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 131-151.

Hüsser Manuel, Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Zürich 2012 (= ZStP 247).

Jutzi Thomas, Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche, GesKR 4 (2014), S. 500-512.

Jutzi Thomas/Yousef Luca, Die Wiederholung hybrider und virtueller Generalversammlungen nach Art. 701f OR, GesKR 3 (2023), S. 292-302.

Knobloch Stefan, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011.

Koller Alfred, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage, recht 2 (1988), S. 51-58.

Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), OFK Kommentar OR, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Küng Manfred/Camp Raphaël, GmbH-Recht, Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 2006 (zit. Küng/Camp, Art. x N. y).

Kunz Peter V., Erfolgreiche Anfechtungen von Wahlen in den Verwaltungsrat: Gibt es eine reflexive Rückwirkung?, Jusletter vom 29.6.2015.

Lehmann Peter, Missbrauch der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2000 (= SSHW 198).

Meier Valentina, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2016, Zürich 2017 (= SSHW 338).

Messer Rémy, Rückwirkung im Gesellschaftsrecht, Eine Untersuchung der Rückwirkung von Rechtsfolgen am Beispiel der Aktiengesellschaft unter Ausschluss von Aspekten des intertemporalen Rechts, Diss. Bern 2013 (= ASR 792).

Mezger Nick, Die Handelsregistersperre nach Art. 261 ff. ZPO, Diss. Basel 2022, Zürich 2023 (= SSZ 43).

Montavon Pascal, Droit Suisse de la SARL, Lausanne 2008.

Müller Kevin J., Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen, Diss. St. Gallen 2020, Zürich 2021 (= SGFM 19).

Müller Lukas, Die (Un-)Zulässigkeit von Schutzschriften im handelsregisterrechtlichen Eintragungsverfahren, Gedanken anlässlich der Abschaffung der Handelsregistersperre per 1.1.2021, SSZP 3 (2022), S. 281-296 (zit. Müller, Schutzschrift).

Müller Lukas, AK 2019 4: Fehlverhalten des Anwalts und Notars bei der öffentlichen Beurkundung und unsorgfältiges Verhalten gegenüber Dritten; § 10b BeurkG/ZG, AJP 8 (2020), S. 1075-1082 (zit. Müller, Fehlverhalten).

Müller Lukas/Alig Jennifer, AK 2018 11: Fehlverhalten einer Urkundsperson bei öffentlicher Beurkundung von GV-Beschlüssen einer AG, Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug, AK 2018 11 vom 18.2.2019, § 10 BeurkG/ZG, Öffentliche Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft, AJP 7 (2020), S. 947-953.

Müller Lukas/Fancelli Alina, Handelsregistersperre nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, REPRAX 1 (2021), S. 1-30.

Müller Lukas/Kaiser Philippe J.A./Benz Diego, Die öffentliche Beurkundung bei elektronischen und virtuellen Generalversammlungen sowie Zirkularbeschlüssen, Praxiserfahrungen und Ausblick auf das neue Aktienrecht sowie beurkundungsrechtliche Aspekte, REPRAX 3 (2020), S. 217-269.

Müller Lukas/Rizzi Natascha, Die Handelsregistersperre in der Praxis – ausgewählte Aspekte zum einstweiligen Rechtsschutz, REPRAX 4 (2018), S. 179-201.

Müller Roland/Akeret Fabian, Die Generalversammlung nach revidiertem Aktienrecht, SJZ 1 (2021), S. 7-21.

Nater Christoph, Die Willensbildung in der GmbH, Diss. Basel 2009, Zürich 2010.

Nussbaum Martin F./Sanwald Reto/Scheidegger Markus, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, Bern 20017 (zit. Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Art. x N. y).

Nussbaumer Annemarie, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2012 (= ZStP 249).

Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. KuKo ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Okur Yigit Tahsin, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme, Diss. Genf, Neuenburg 1965.

Ramer Paul, Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Diss. Zürich 1973.

Reiser Nina, Neuerungen bei der Durchführung von Generalversammlungen, GesKR 2 (2020), S. 229-244.

Riemer Hans Michael, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Eine materiell- und prozessrechtliche Darstellung, Bern 1998.

Rohrer Kuno Walter, Aktienrechtliche Anfechtungsklage, Diss. Bern, Zürich 1979.

Rouiller Nicolas/Bauen Marc/Bernet Robert/Lasserre Rouiller Colette, La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf 2022.

Schenker Urs, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, S. 17-48.

Schmidt Patrick/Müller Matthias P.A., Beschlussmängel bei der virtuellen Generalversammlung, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Hrsg.), APARIUZ – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Zürich 2019, S. 261-281.

Schott Bertrand G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Diss. Zürich 2009 (= SSHW 285).

Schucany Emil, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 1960 (zit. Schucany, Art. x N. y).

Schwander Ivo/Dubs Dieter, Die positive Beschlussfeststellungsklage im Aktienrecht – Gegenstand, Verhältnis zur Anfechtungsklage und prozessuale Fragen, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 343-361.

Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020.

Senn Daniel, Die Beteiligung wirkungsbetroffener Dritter im Zivilprozess, dargestellt am Beispiel der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 f. OR, Zürich 2018.

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Bern 2008 (zit. SHK GmbH-Recht-Siffert/Fischer/Petrin, Art. x N. y).

Sogo Miguel, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich 2007 (= ZStV 152).

Spörri Beat, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss. Zürich 1996 (= SSHW 171).

Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Stoll Jean-Pascal, Das neue schweizerische Recht der virtuellen Generalversammlung im Lichte anderer Rechtsordnungen, recht 1 (2021), S. 28-39.

Strub Armin, Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, Bern 1963.

Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. ZK ZPO-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Tercier Pierre/Amstutz Marc/Trigo Trindade Rita (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR CO II-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vischer Frank (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. ZK FusG-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vischer Markus/Galli Dario, Nicht-Aktionäre an der Generalversammlung, SJZ 1 (2019), S. 5-14.

Vischer Markus/Hofmann Dieter, Vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit Generalversammlungen im Lichte der Rechtsprechung, SZW 5 (2016), S. 503-511.

Vito Roberto/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530-771 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vito Roberto/ Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 772-1186 OR und BEG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR-Bearbeiter/in, Art. x N. y).

Vock Dominik, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Eine Darstellung nach Züricherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2000 (= ZStV 114).

Von Büren Roland/Bähler Thomas, Gründe für die gesteigerte Attraktivität der GmbH, recht 1 (1996), S. 17-28.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020 (ebenfalls abrufbar unter: https://www.aktienrechtweb.ch.).

Von Steiger Werner, Zürcher Kommentar, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Teilband V5c, Art. 772-827 OR, Zürich 1965 (zit. ZK OR-von Steiger, Art. x N. y).

Voser Peter, Notarielle Pflichten bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, La société au fil du temps, Zürich/Basel/Genf 2016.

Wipf Olivia/von der Crone Hans Caspar, Aktien im Gesamteigentum, Bundesgerichtsurteil 4A_516/2016 vom 28.8.2017, SZW 1 (2018), S. 83-95.

Wohlmann Herbert, GmbH-Recht, Basel 1997.

Wyss Christian/Jenal Florian, Vorbereitung und Einladung zur Beschlussfassung, in: Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabella/Bärtschi Harald (Hrsg.), Handbuch Schweizer GmbH-Recht, Basel 2019.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Disposizioni transitorie per la revisione del diritto azionario del 19 giugno 2020

Un
commentario di Roman Aus der Au / Patric Brand / Jan Heller

CITAZIONE SUGGERITA

Roman Aus der Au/Patric Brand/Jan Heller, Kommentierung zu den Übergangsbestimmungen zur Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht

Breve citazione: OK-Aus der Au/Brand/Heller, N. XXX zu Übest Aktienrechtsrevision vom 19. Juni 2020.

Disposizioni transitorie della modifica del 19 giugno 2020

A. Regola generale

Art. 1

[1] Gli articoli 1–4 del titolo finale del Codice civile si applicano alla modifica del 19 giugno 2020, in quanto le disposizioni seguenti non prevedano altrimenti.

[2] Dall'entrata in vigore della nuova legge, le disposizioni della stessa si applicano anche alle società già esistenti.

B. Adeguamento dello statuto e dei regolamenti

Art. 2

[1] Le società che, al momento dell'entrata in vigore della presente modifica, sono iscritte nel registro di commercio ma i cui statuti o regolamenti non sono conformi alle nuove disposizioni devono adeguarli entro due anni.

[2] Le disposizioni statutarie e regolamentari non conformi alla presente modifica restano in vigore sino al loro adeguamento, ma al massimo per due anni dall'entrata in vigore della nuova legge.

C. Aumento autorizzato del capitale e aumento del capitale con capitale condizionale

Art. 3

Agli aumenti autorizzati del capitale e agli aumenti con capitale condizionale deliberati prima dell'entrata in vigore della nuova legge si applica il diritto anteriore. Tali deliberazioni non possono più essere prorogate o modificate.

D. Rappresentanza dei sessi

Art. 4

[1] L'obbligo di riferire nella relazione sulle retribuzioni conformemente all'articolo 734*f* si applica al consiglio d'amministrazione al più tardi a decorrere dall'esercizio che ha inizio 5 anni dopo l'entrata in vigore della nuova legge.

[2] L'obbligo di riferire nella relazione sulle retribuzioni conformemente all'articolo 734*f* si applica alla direzione al più tardi a decorrere dall'esercizio che ha inizio dieci anni dopo l'entrata in vigore della nuova legge.

E. Differimento del fallimento

Art. 5

Fino alla sua conclusione, al differimento del fallimento autorizzato prima dell'entrata in vigore della nuova legge si applica il diritto anteriore.

F. Adeguamento di contratti stipulati secondo il diritto anteriore

Art. 6

I contratti esistenti al momento dell'entrata in vigore della nuova legge devono essere adeguati entro due anni da tale data. Trascorso tale termine, le disposizioni della nuova legge sono applicabili a tutti i contratti.

G. Trasparenza delle imprese del settore delle materie prime

Art. 7

Gli articoli 964*d*–964*h* si applicano a decorrere dall'esercizio che ha inizio un anno dopo l'entrata in vigore della nuova legge.

Disposizione transitoria della modifica del 19 giugno 2020

Le disposizioni dei capi sesto e ottavo del titolo trentesimosecondo si applicano a decorrere dall'esercizio che comincia un anno dopo l'entrata in vigore della modifica del 19 giugno 2020.

STRUTTURA

I. Introduzione 382
II. Storia delle Disposizioni di ÜBest 382
III. Regole generali di base transitorie dell'ÜBest (art. 1 ÜBest) 383
A. Significato degli artt. da 1 a 4 SchlT ZGB (art. 1 cpv. 1 ÜBest) 384
1. Principio di irretroattività (Art. 1 SchlT ZGB) 385
2. Le eccezioni al principio di irretroattività ai sensi dell'art. 1 SchlT ZGB ai sensi degli artt. 2 e 4 SchlT ZGB 386
a. Retroattività a favore dell'ordine pubblico e del buon costume (ordre public; art. 2 SchlT ZGB) 386
b. Protezione di determinate posizioni di fiducia (art. 3 e art. 4 SchlT ZGB) .. 386
B. Applicazione alle società esistenti (Art. 1 cpv. 2 ÜBest) 387
IV. Le singole disposizioni transitorie della revisione del diritto societario 388
A. Adeguamento degli statuti e dei regolamenti (Art. 2 ÜBest) 388
1. Situazione iniziale e revisione 388
2. Ambito di applicazione dell'art. 2 ÜBest 391
a. Ambito di applicazione personale 391
b. Ambito di applicazione materiale 391
3. Periodo di transizione 391
a. Meccanismo di base 391
b. Riproduzione statutaria di disposizioni di vecchia legge (obbligatorie) 392
4. Statuto 396
a. Necessità di adeguamento 396
b. Scadenza delle modifiche statutarie 399
5. Regolamenti 404
a. Necessità di adeguamento 404
b. Procedura di modifica del regolamento 406
B. Aumento di capitale autorizzato e aumento di capitale condizionato (art. 3 ÜBest) 406
1. Aumento di capitale autorizzato 406
2. Aumento di capitale condizionato 407
C. Rappresentanza di genere (art. 4 ÜBest) 408
D. Rinvio del fallimento (Art. 5 ÜBest) 409
E. Adeguamento dei contratti di vecchia data (art. 6 ÜBest) 410
F. Trasparenza nelle società di materie prime (Art. 7 ÜBest) 411
G. Disposizione transitoria relativa alla trasparenza su questioni non finanziarie e agli obblighi di due diligence e alla trasparenza su minerali e metalli provenienti da aree di conflitto e sul lavoro minorile (controproposta indiretta all'Iniziativa per la responsabilità d'impresa) 412
V. Questioni giuridiche transitorie non esplicitamente previste dalla legge 414
A. Formazione e modifica dello statuto di una cooperativa 414

B. Acquisizioni in natura ... 415
C. Capitale sociale in valuta estera ... 416
D. Pubblicazione successiva dello statuto ... 416
E. Operazioni sul capitale ... 417
1. Aumento di capitale ... 418
2. Riduzione del capitale ... 419
F. Legge sulla remunerazione ... 419
1. Relazione sulla remunerazione ... 420
2. Voto prospettico sulla remunerazione variabile ... 421
3. Importo aggiuntivo ... 421
4. Durata dei contratti di retribuzione ... 422
G. Diritto di informazione e ispezione e indagini speciali ... 423
H. Luogo di riunione all'estero ... 423
I. Decisione con voto decisivo dell'Assemblea generale ... 424
J. Bilancio intermedio ... 424
K. Formazione di riserve e dividendi ... 426
L. Diritto di ristrutturazione ... 426
1. Imminente insolvenza ... 426
2. Perdita di capitale ... 427
3. Sovraindebitamento ... 428
M. Azioni di diritto societario ... 429
1. Azione di restituzione ... 429
2. Azione di responsabilità ... 433
3. Azione di annullamento e rescissione ... 435
4. Azione di scioglimento ... 435
N. Arbitrato ... 436
Bibliografia ... 439
I Materiali ... 446

I. INTRODUZIONE

1 La maggior parte delle disposizioni del nuovo diritto societario è entrata in vigore il 1° gennaio 2023. Alcune disposizioni sono già entrate in vigore il 1° gennaio 2021 (di seguito n. 88 e n. 101). Per quanto riguarda la transizione dal vecchio al nuovo diritto societario, le "Disposizioni transitorie all'emendamento del 19 giugno 2020" sono di fondamentale importanza. Queste disposizioni sono rilevanti anche per altre forme di società, come la società a responsabilità limitata e la cooperativa. In quanto cosiddetto diritto intertemporale, sono dedicate alla delimitazione di sistemi successivi di diritto societario. Il termine diritto transitorio è usato come sinonimo. Il diritto intertemporale determina se in una determinata situazione si applica il vecchio o il nuovo diritto societario.

2 In questo commento, "Art. x ÜBest" è usato per riferirsi alle norme corrispondenti del diritto transitorio qui commentato. Per i riferimenti al diritto societario antecedente al 1° gennaio 2023 si utilizza "Art. x aOR". Il nuovo diritto societario è indicato con "Art. x nOR" (così come le disposizioni modificate in altre leggi). Si fa riferimento a una norma del CO senza il prefisso "a" o "n" se si tratta sia del vecchio che del nuovo diritto.

3 Se non si fa riferimento alle particolarità della GmbH o della cooperativa, le norme del diritto societario sono indicate in ogni caso senza fare riferimento aggiuntivo alle loro controparti nel diritto delle GmbH e delle cooperative.

II. STORIA DELLE DISPOSIZIONI DI ÜBEST

4 Di norma, le disposizioni transitorie di un progetto di legge non sono al centro dell'attenzione del Parlamento né della percezione pubblica. Questo è stato anche il caso della revisione del diritto societario del 19 giugno 2020. Il Parlamento ha apportato modifiche minime alle disposizioni transitorie previste dal progetto di legge solo in due punti: In primo luogo, l'art. 3 ÜBest parla di "aumento di capitale da capitale condizionato", mentre la bozza parlava di "aumento di capitale condizionato" (cfr. art. 3 E-ÜBest). In secondo luogo, il Parlamento ha esteso l'art. 6 ÜBest da "adattamento dei contratti di lavoro di vecchia data" a "adattamento dei contratti di vecchia data" (cfr. art. 6 ÜBest). Questo intervento è apprezzabile perché la norma copre così anche altri rapporti contrattuali come la cessione o la subordinazione (cfr. infra n. 97

e n. 99). Per quanto riguarda l'art. 4 ÜBest, sono stati discussi emendamenti al progetto di legge (periodi transitori più brevi; abrogazione automatica dopo dieci anni [clausola di caducità]).

La costituzione di una cooperativa e la modifica del suo statuto richiedono ora - come per la AG e la GmbH - una certificazione pubblica (art. 830 e art. 838a nOR; "parità di condizioni"). La possibilità di una costituzione semplificata non ha potuto essere accettata dal Parlamento. Per questo motivo, il Parlamento ha eliminato anche l'art. 7 ÜBest, che prevedeva una modifica scritta (semplice) degli statuti delle cooperative per due anni. Il Parlamento ha così rinunciato a un'agevolazione transitoria nell'ambito del diritto transitorio. 5

III. REGOLE GENERALI DI BASE TRANSITORIE DELL'ÜBEST (ART. 1 ÜBEST)

Gli effetti di una legge nuova o rivista sulle posizioni giuridiche esistenti sono un aspetto essenziale delle disposizioni transitorie. Le disposizioni transitorie della revisione della Legge sulle società del 19 giugno 2020 si rivolgono alle società che provengono da un vecchio ordinamento giuridico, ossia che sono state fondate prima del 1° gennaio 2023. Da un lato, esse mirano a garantire che queste società si adattino al nuovo sistema giuridico entro un periodo di tempo ragionevole, in modo da poterlo applicare senza limitazioni. Dall'altro lato, i rapporti giuridici stabiliti nel vecchio ordinamento devono essere protetti e trasferiti al nuovo ordinamento in buona fede. Affinché il legislatore possa raggiungere i suoi obiettivi legislativi nel modo più efficiente possibile, è decisivo l'orientamento agli effetti sui soggetti della legge. Gli effetti collaterali indesiderati devono essere ridotti al minimo. Il legislatore può quindi essere tenuto a legiferare adeguate disposizioni transitorie, anche se le leggi federali che contraddicono questi principi rimangono applicabili in base all'art. 190 Cost. Se sono possibili diverse interpretazioni delle disposizioni transitorie, si deve scegliere quella che meglio soddisfa i requisiti costituzionali. Tuttavia, tale interpretazione è limitata dalla chiara formulazione di una disposizione transitoria. 6

Il diritto transitorio al nuovo diritto societario è introdotto con una norma di base. Ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 ÜBest, si applicano in linea di principio gli artt. da 1 a 4 SchlT ZGB. Queste disposizioni si applicano nella misura in cui le 7

altre disposizioni transitorie "non prevedono diversamente" (cfr. infra, n. 24 e segg.). Questa è la parte generale del diritto intertemporale svizzero (nota marginale all'art. 1 SchlT ZGB: "Disposizioni generali"). Nel diritto intertemporale, gli articoli da 1 a 4 dello SchlT ZGB costituiscono la parte generale. Vengono consultati se mancano disposizioni intertemporali speciali (per colmare le lacune) o se le disposizioni intertemporali speciali non sono chiare (per l'interpretazione). Anche in assenza di questo riferimento normativo, si applicherebbero gli articoli da 1 a 4 dello SchlT ZGB se non esistono disposizioni intertemporali speciali. Il riferimento di cui all'art. 1, cpv. 1, dell'ÜBest è quindi di natura dichiarativa. Gli articoli da 2 a 7 dell'ÜBest prevalgono sugli articoli da 1 a 4 del CC in quanto disposizioni speciali. In quanto diritto speciale transitorio, tuttavia, devono essere interpretati con l'ausilio degli artt. 1-4 SchlT ZGB.

8 Chiunque invochi il vecchio diritto ha l'onere di provare i fatti o le affermazioni rilevanti. Si applica la presunzione di esclusività del nuovo diritto.

9 Secondo l'opinione corretta, il diritto intertemporale - a meno che non vi sia un'eccezione di legge - è un diritto imperativo. Di conseguenza, non è possibile una scelta di legge intertemporale. Tuttavia, sono possibili modifiche statutarie risolutive o condizionate, che sono spesso discusse anche in relazione alla scelta del diritto intertemporale (cfr. infra, n. 59). Poiché la nuova legge può entrare in vigore solo a partire dal 1° gennaio 2023, le modifiche statutarie programmate o condizionate non costituiscono una scelta di diritto intertemporale. La nuova legge non poteva essere applicata dall'assemblea generale prima del 1° gennaio 2023.

A. Significato degli artt. da 1 a 4 SchlT ZGB (art. 1 cpv. 1 ÜBest)

10 L'art. 1 SchlT ZGB stabilisce la regola dell'irretroattività nella versione oggettiva. Si tratta di una formula rigida che non tiene conto di alcune valutazioni. Tuttavia, negli articoli da 2 a 4 del CC vengono aggiunti dei valori che costituiscono la regola dell'irretroattività nella versione soggettiva. Gli articoli da 2 a 4 dello SchlT ZGB regolano le eccezioni al principio di base dell'irretroattività ai sensi dell'articolo 1 dello SchlT ZGB.

1. Principio di irretroattività (Art. 1 SchlT ZGB)

Il principio di irretroattività contenuto nell'art. 1 SchlT ZGB prevede, in generale, che le nuove disposizioni non si applichino a fatti avvenuti prima della loro entrata in vigore. L'art. 1, cpv. 1, dello SchlT ZGB stabilisce che, per quanto riguarda i fatti di cui al vecchio diritto, questi devono continuare a essere valutati in base al vecchio diritto anche dopo l'entrata in vigore della nuova legge. Si applica il principio "vecchio fatto - vecchia legge". 11

Il termine "fatto" è controverso. La dottrina prevalente intende per "fatto" qualsiasi evento che comporti un effetto giuridico. Per effetto giuridico si intende la creazione, il cambiamento o l'annullamento di un rapporto giuridico. Un altro punto di vista considera "fatti" tutte le circostanze del mondo sensoriale. I "fatti" così intesi possono essere suddivisi in fatti di vecchio o di nuovo diritto. 12

Il principio di irretroattività si applica solo ai fatti compiuti. I fatti che iniziano sotto la vecchia legge e continuano sotto la nuova legge non sono coperti (i cosiddetti fatti permanenti). Tali circostanze si verificano, tra l'altro, nell'organizzazione di una società e nello status giuridico delle persone che vi partecipano. In questi casi, la nuova legge si applica dal momento dell'entrata in vigore (cfr. anche l'art. 3 SchlT ZGB). 13

Gli atti ai sensi dell'art. 1, cpv. 2 SchlT ZGB sono quei fatti che dipendono dalla volontà di una persona. Si tratta di un sottotipo di fatti. I fatti che si concretizzano indipendentemente dalla volontà umana sono definiti eventi. L'art. 1 cpv. 2 SchlT ZGB si limita a ripetere, a questo proposito, l'affermazione dell'art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB esplicitamente per gli atti della vecchia legge (cfr. supra n. 11). 14

L'art. 1 cpv. 3 dello SchlT ZGB sancisce il principio secondo cui i fatti di nuova legge sono giudicati in base alla nuova legge (lex posterior derogat legi priori). Sono previste eccezioni. Queste includono le leges speciales e i casi di cui all'art. 1 cpv. 1 e 2 SchlT ZGB. Un fatto di diritto nuovo che sia semplicemente la base di un fatto di diritto vecchio dipendente da un cambiamento o da una distruzione è anch'esso soggetto al diritto vecchio. Secondo il Tribunale federale, ciò include l'esercizio di un diritto di vendita di vecchia data dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto. Secondo il Tribunale federale, il caso in questione era disciplinato dal vecchio diritto. 2. Le eccezioni al principio del 15

cambiamento o della distruzione del diritto sono state definite dal Tribunale federale.

2. Le eccezioni al principio di irretroattività ai sensi dell'art. 1 SchlT ZGB ai sensi degli artt. 2 e 4 SchlT ZGB

16 Il principio di irretroattività appena descritto non si applica se si applica una delle eccezioni di cui agli artt. 2-4 SchlT ZGB. L'art. 2 dello SchlT ZGB riguarda questioni di ordine pubblico e di moralità (cfr. infra, n. 17 e segg.). L'Art. 3 f. SchlT ZGB riguardano la tutela di determinate posizioni di fiducia. Tali fatti sono indipendenti (art. 3 SchlT ZGB) o dipendenti dalla volontà delle parti coinvolte (art. 4 SchlT ZGB). L'art. 3 e l'art. 4 SchlT ZGB costituiscono un concetto unitario, per questo motivo vengono trattati insieme di seguito (infra n. 19 e segg.).

a. Retroattività a favore dell'ordine pubblico e del buon costume (ordre public; art. 2 SchlT ZGB)

17 L'art. 2 SchlT ZGB conferisce uno status speciale alle disposizioni stabilite per l'ordine pubblico e il buon costume. Ai sensi dell'art. 2 SchlT ZGB, in questi ambiti è ammessa la retroattività. Se si tratta di una norma di questo tipo è una questione di interpretazione delle motivazioni di politica legale che hanno portato alla revisione della legge. Il semplice fatto che una nuova disposizione costituisca una norma imperativa non è sufficiente.

18 La revisione della legge sulle società per azioni mirava principalmente a modernizzare l'istituto della società per azioni (o in parte anche della società a responsabilità limitata e della cooperativa) e ad adattarlo alle esigenze economiche. Il dispaccio non contiene alcuna indicazione che le nuove norme siano state emanate sulla base dell'ordine pubblico e del buon costume. Se la nuova legge si limita a codificare una prassi del tribunale federale, è (ancora) direttamente applicabile.

b. Protezione di determinate posizioni di fiducia (art. 3 e art. 4 SchlT ZGB)

19 L'art. 3 e l'art. 4 dello SchlT ZGB tutelano determinate posizioni di fiducia. L'art. 3 SchlT ZGB si applica se il rapporto giuridico non dipende dalla volontà

delle parti. Al contrario, la volontà delle parti è determinante per l'applicazione dell'art. 4 del CC.

Se il contenuto di un rapporto giuridico è circoscritto dalla legge, non dipende dalla volontà delle parti. La valutazione viene effettuata sulla base della nuova legge ai sensi dell'art. 3 SchlT ZGB. La regola dell'irretroattività si applica solo all'acquisizione o alla creazione di rapporti giuridici. Tuttavia, il contenuto di questi diritti è soggetto alla legge futura nella misura in cui è in questione il diritto cogente. Le società, tra le altre, rientrano in questa regola. Se non diversamente previsto, il diritto societario obbligatorio si applica a partire dalla sua entrata in vigore. Pertanto, a partire dal 1° gennaio 2023, il rapporto tra l'azionista e la società è in linea di principio disciplinato dal nuovo diritto imperativo, anche se la posizione di azionista è stata stabilita prima del 1° gennaio 2023 (cfr. sopra n. 13; cfr. anche art. 1 cpv. 2 ÜBest). Ciò è soggetto alle disposizioni speciali dell'ÜBest, tra cui, ad esempio, le disposizioni dell'art. 2 e dell'art. 6 dell'ÜBest relative al mantenimento della validità di statuti, regolamenti o contratti di vecchia data per un periodo di due anni (per quanto riguarda statuti e regolamenti, cfr. infra n. 25 e segg. e per quanto riguarda i contratti, cfr. infra n. 97 e segg.). 20

L'art. 4 SchlT ZGB prevede che i diritti non acquisiti non siano tutelati in caso di cambiamento di legge. Se i fatti avvenuti sotto la vecchia legge non hanno ancora creato posizioni giuridiche soggettive, i loro effetti sono valutati in base alla nuova legge. Al contrario, questa disposizione significa che i diritti acquisiti sono protetti dalla retroattività. 21

B. Applicazione alle società esistenti (Art. 1 cpv. 2 ÜBest)

L'art. 1 cpv. 2 della ÜBest stabilisce che le disposizioni della nuova legge diventeranno applicabili alle società esistenti il 1° gennaio 2023. I loro statuti e regolamenti contengono spesso alcune disposizioni della vecchia legge. Tuttavia, è prevista un'eccezione a questo proposito sulla base dell'art. 2 delle ÜBest (per maggiori dettagli, si veda sotto, n. 25 e seguenti). Le società esistenti sono quelle che hanno acquisito la personalità giuridica al più tardi entro il 31 dicembre 2022, ossia che sono state iscritte nel registro delle imprese (cfr. art. 643 cpv. 1, art. 779 cpv. 1 e art. 838 cpv. 1 CO). 22

Quanto indicato nell'art. 1 cpv. 2 ÜBest, secondo cui la nuova legge si applica alle società esistenti a partire dal 1° gennaio 2023, si applica già sulla base 23

delle disposizioni transitorie generali. L'organizzazione della società e lo status giuridico delle parti coinvolte sono questioni permanenti alle quali non si applica la regola dell'irretroattività (cfr. n. 13 sopra). Inoltre, l'art. 3 SchlT ZGB stabilisce che il contenuto dei rapporti giuridici, che è circoscritto dalla legge indipendentemente dalla volontà delle parti coinvolte, deve essere valutato dalla nuova legge dopo la sua entrata in vigore (cfr. n. 20 sopra). Per le persone giuridiche, ciò risulta in modo più specifico dall'art. 6b cpv. 3 SchlT ZGB, che è un'applicazione dell'art. 3 SchlT ZGB, generalmente in vigore.

IV. LE SINGOLE DISPOSIZIONI TRANSITORIE DELLA REVISIONE DEL DIRITTO SOCIETARIO

24 Il presente capitolo tratta le aree tematiche esplicitamente disciplinate dalle disposizioni di ÜBest.

A. Adeguamento degli statuti e dei regolamenti (Art. 2 ÜBest)

1. Situazione iniziale e revisione

25 L'art. 2 ÜBest è un classico delle revisioni del diritto societario. Come si vedrà di seguito in ordine cronologico, varie norme intertemporali di revisioni precedenti conoscevano già disposizioni simili all'art. 2 ÜBest. Si nota che le disposizioni transitorie più recenti si trovano più in alto nella sistematica del CO rispetto alle prime due, il che non corrisponde alla sequenza cronologica delle disposizioni transitorie nel CO.

Disposizioni finali e transitorie dei Titoli XXIV-XXXIII

B. Adeguamento delle vecchie società al nuovo diritto I. In generale

Art. 2

[1] Le società per azioni, le società in accomandita per azioni e le società cooperative iscritte nel registro delle imprese al momento dell'entrata in vigore della presente legge, ma non conformi alle disposizioni di legge, devono adeguare i loro statuti alle nuove disposizioni entro un termine di cinque anni.

[2] Durante questo periodo saranno soggette alla legge precedente nella misura in cui il loro statuto è in conflitto con le nuove disposizioni.

[3] Se le società non si adeguano a questa disposizione, saranno dichiarate sciolte d'ufficio dal Registro delle Imprese dopo la scadenza del termine.

[4] (...)

Disposizioni finali del Titolo XXVI

B. Adattamento alla nuova legge I. In generale

Art. 2

[1] Le società per azioni e le società in accomandita per azioni iscritte nel registro delle imprese al momento dell'entrata in vigore della presente legge, ma non conformi alle nuove disposizioni di legge, devono adeguare i loro statuti alle nuove disposizioni entro cinque anni.

[2] (...)

[3] Le altre disposizioni statutarie incompatibili con la nuova legge rimarranno in vigore fino al loro adeguamento, ma per un periodo non superiore a cinque anni.

Disposizioni transitorie dell'emendamento del 16 dicembre 2005

B. Periodo di adeguamento

Art. 2

[1] Le società a responsabilità limitata iscritte nel registro delle imprese al momento dell'entrata in vigore della presente legge e non conformi alle nuove disposizioni devono adeguare i propri statuti e regolamenti alle nuove disposizioni entro due anni.

[2] Le disposizioni statutarie e regolamentari non compatibili con la nuova legge restano in vigore fino al loro adeguamento, ma per un periodo non superiore a due anni.

[3] (...)

[4] (...)

Disposizioni transitorie dell'emendamento del 12 dicembre 2014

B. Adattamento di statuti e regolamenti

Art. 2

[1] Le società iscritte nel registro delle imprese al momento dell'entrata in vigore della modifica del 12 dicembre 2014 che non sono conformi alle nuove disposizioni devono adeguare i propri statuti e regolamenti alle nuove disposizioni entro due anni.

[2] Le disposizioni degli statuti e dei regolamenti non compatibili con la nuova legge resteranno in vigore fino al loro adeguamento, ma per un periodo non superiore a due anni.

26 Mentre le prime due revisioni prevedevano periodi di transizione di cinque anni, un periodo di transizione di due anni corrisponde all'attuale best practice del diritto societario. Anche la nuova legge sulla contabilità e l'art. 28 VegüV prevedevano un periodo di transizione di due anni. Secondo Forstmoser/Küchler, il periodo di transizione di cinque anni previsto dalla revisione del 4 ottobre 1991, entrata in vigore il 1° luglio 1992, si è rivelato inutilmente lungo. Occorre inoltre tenere presente che si osserva un ritmo crescente di modifiche legislative nel diritto societario, che sarebbe complicato da periodi di transizione troppo lunghi. Inoltre, i periodi di transizione più lunghi vengono dimenticati più rapidamente.

27 A prescindere da ciò, un periodo di transizione di addirittura dieci anni è stato discusso anche nell'ultima revisione del diritto societario. Questo era previsto nella proposta di Romano, non accolta, di adattare i termini francesi e italiani per le società per azioni. A favore della conservazione della piazza finanziaria, aveva chiesto la cancellazione della parte che indicava l'anonimizzazione (da "société anonyme" a "société par actions" e da "società anonima" a "società per azioni"). L'abbreviazione sarebbe rimasta "SA".

28 Data la somiglianza (funzionale) della presente disposizione con l'art. 2 ÜBest delle ultime revisioni, la letteratura emessa all'epoca può essere presa in considerazione anche nel presente caso con l'art. 2 ÜBest. Il meccanismo è lo stesso; in parte, la formulazione differisce minimamente: così, le disposizioni transitorie precedenti parlavano ancora di "incompatibile", mentre le disposizioni transitorie più recenti parlano di "incompatibile".

2. Ambito di applicazione dell'art. 2 ÜBest

a. Ambito di applicazione personale

L'art. 2 delle disposizioni transitorie si applica alle società iscritte nel Registro delle imprese al 1° gennaio 2023. Si tratta delle società esistenti ai sensi dell'art. 1 cpv. 2 ÜBest (cfr. sopra n. 22). Già in altre disposizioni transitorie, l'art. 1 cpv. 2 parlava di società esistenti e l'art. 2 cpv. 1 di società iscritte nel Registro delle imprese al momento dell'entrata in vigore. Non vi sono indicazioni che indichino una differenziazione dalle società esistenti ai sensi dell'art. 1 cpv. 2 ÜBest. 29

Dall'art. 2 ÜBest e contrario si evince che per le società fondate dopo il 1° gennaio 2023 si applica solo il nuovo diritto societario. L'iscrizione nel registro giornaliero del registro delle imprese è decisiva, anche se la certificazione pubblica ha avuto luogo in precedenza. Lo stesso vale per l'art. 1 cpv. 1 ÜBest in relazione all'art. 4 SchlT ZGB. Art. 4 SchlT ZGB. Se prima del 1° gennaio 2023 non esisteva alcuna società per azioni, non si può applicare la vecchia legge (cfr. n. 21 sopra). 30

b. Ambito di applicazione materiale

Si può già dedurre dalla nota marginale che l'art. 2 ÜBest si riferisce agli statuti e ai regolamenti. Lo statuto stabilisce le norme che regolano la società in aggiunta alle disposizioni statutarie. Gli statuti sono disponibili gratuitamente su Internet (cfr. art. 936 cpv. 1 e cpv. 2 CO nonché art. 22 cpv. 3 e art. 43 cpv. 2 lett. b ORC). I regolamenti includono, tra gli altri, i regolamenti organizzativi ampiamente utilizzati. Inoltre, anche altre norme, come quelle relative alla retribuzione o alla registrazione, possono essere interessate da modifiche. Tali regolamenti esistono solitamente nelle società quotate in borsa, mentre nelle PMI spesso vengono emanati solo regolamenti organizzativi, se esistono. 31

3. Periodo di transizione

a. Meccanismo di base

L'art. 2 cpv. 1 di ÜBest prevede che le società iscritte al Registro delle Imprese al 1° gennaio 2023 che non sono conformi alle nuove disposizioni debbano adeguare i propri statuti e regolamenti alle nuove disposizioni entro due anni. Questa disposizione è formulata come una chiara istruzione o comando. Ai 32

sensi dell'art. 2 cpv. 2 ÜBest, gli statuti e i regolamenti non conformi alla nuova legge rimangono in vigore fino al loro adeguamento, ma al massimo fino al 31 dicembre 2024. Il 1° gennaio 2025 le disposizioni in contrasto con la nuova legge cesseranno automaticamente di essere applicate. Le disposizioni in contrasto con la nuova legge si considerano quindi non scritte. Si tratta di una nullità parziale analoga a quella dell'art. 20 cpv. 2 CO. Questo automatismo significa che le società, in linea di principio, non sono obbligate a modificare gli statuti. La formulazione dell'Art. 2 cpv. 1 ÜBest sembra quindi troppo imperativa. Di conseguenza, di solito non vi è alcuna necessità impellente per le società di modificare i propri statuti (cfr. infra, n. 48 e segg.). Tuttavia, in molti casi potrebbe essere consigliabile adeguare lo statuto alla nuova legge, sia per sfruttare le nuove possibilità offerte dalla legge rivista (ad esempio, l'assemblea generale virtuale, i valori nominali inferiori a un centesimo o la fascia di capitale), sia semplicemente per non contraddire la legge applicabile e non creare inutili incertezze giuridiche nella gestione quotidiana dei documenti di diritto societario.

33 Per quanto riguarda le modifiche agli statuti e ai regolamenti, il legislatore prevede una "strada a senso unico". Sono ammesse solo modifiche alla nuova legge, e questo già prima della scadenza del periodo transitorio di due anni. La reintroduzione di un regolamento consentito dalla legge precedente non è consentita dopo il 1° gennaio 2023, indipendentemente dal periodo di transizione.

b. Riproduzione statutaria di disposizioni di vecchia legge (obbligatorie)

34 Gli statuti di molte società riproducono una per una singole disposizioni di legge. Si tratta di disposizioni statutarie facoltative. Ad esempio, le competenze dell'assemblea generale degli azionisti ai sensi dell'art. 698 cpv. 2 del Codice delle obbligazioni e del consiglio di amministrazione ai sensi dell'art. 716a cpv. 1 del Codice delle obbligazioni sono spesso riprodotte in un catalogo simile alla legge. Anche le soglie per la convocazione e la definizione dell'ordine del giorno dell'assemblea generale degli azionisti ai sensi dell'art. 699 cpv. 3 del Codice delle obbligazioni sono regolarmente riportate negli statuti, così come un catalogo delle delibere per le quali è obbligatorio un quorum qualificato ai sensi dell'art. 704 cpv. 1 del Codice delle obbligazioni. Questa rappresentazione statutaria è particolarmente apprezzata dagli

investitori internazionali che non hanno familiarità con il diritto svizzero (cfr. tuttavia infra n. 38 e n. 50 per quanto riguarda l'esempio dell'art. 699 cpv. 3 aOR, secondo il quale non si può necessariamente fare affidamento sullo statuto).

I poteri non trasferibili ai sensi dell'art. 698 cpv. 2 e dell'art. 716a cpv. 1 CO sono poteri obbligatori dai quali una società non può derogare in base al proprio statuto. I requisiti del diritto di convocazione e di convocazione possono essere solo alleggeriti dallo statuto, ma non resi più difficili. 35

In questo contesto, è discutibile se le illustrazioni statutarie della vecchia legge obbligatoria in contrasto con la nuova legge obbligatoria - come previsto dal meccanismo di base dell'art. 2 cpv. 2 ÜBest - rimarranno in vigore per due anni, ossia fino al 31 dicembre 2024, o se saranno derogate dalla nuova legge obbligatoria. In questo contesto o in contesti analoghi sono state espresse diverse opinioni. Poiché questioni simili sono già sorte in occasione di precedenti revisioni del diritto societario, si può tenere conto anche della dottrina di allora (cfr. sopra, n. 25). 36

Alcune voci partono dal presupposto che le disposizioni statutarie che riflettono il vecchio regime rimarranno in vigore al massimo fino al 31 dicembre 2024. Di conseguenza, le nuove soglie e i nuovi quorum si applicherebbero solo in caso di reazione tramite una modifica (anticipata) dello statuto. Secondo il dispaccio, l'applicabilità diretta delle norme riviste è soggetta al diritto transitorio, il cui art. 2 cpv. 2 ÜBest può essere considerato lex specialis. Al contrario, si può sostenere che durante il periodo transitorio di due anni, le disposizioni dello statuto rimangono in vigore e quindi applicabili. Questo punto di vista si basa sulla formulazione giuridica dell'art. 2 cpv. 2 ÜBest. Da un punto di vista pratico, gli azionisti possono fare affidamento sulle disposizioni pertinenti dello statuto. Ad esempio, lo statuto viene controllato prima di un acquisto di azioni come parte della due diligence legale. 37

Tuttavia, tale fiducia può anche vacillare, come dimostra l'esempio seguente: Il Tribunale federale ha ritenuto, in conformità con la dottrina prevalente, che anche gli azionisti che detengono almeno il 10% del capitale sociale abbiano il diritto di richiedere l'inserimento di un punto all'ordine del giorno. Inoltre, parte della dottrina afferma che anche gli azionisti con azioni del valore nominale di 1 milione di franchi svizzeri hanno il diritto di convocare 38

un'assemblea. I valori soglia si applicherebbero quindi - contrariamente alla formulazione troppo restrittiva dell'art. 699 cpv. 3 aOR - alternativamente in entrambe le direzioni.

39 Nella revisione del diritto societario del 4 ottobre 1991, entrata in vigore il 1° luglio 1992, l'art. 6 delle relative disposizioni transitorie stabiliva che una società che avesse adottato nello statuto disposizioni sulle maggioranze qualificate per determinate delibere, limitandosi a riprodurre le disposizioni della legge precedente, poteva deliberare di adeguarsi alla nuova legge entro un anno dall'entrata in vigore a maggioranza assoluta di tutti i voti azionari rappresentati in assemblea. Questa disposizione si applicava anche ai quorum di presenza previsti dalla legge di allora. Senza questa disposizione, le corrispondenti disposizioni statutarie continuerebbero ad applicarsi senza modifiche come legge anche dopo la revisione del diritto societario di allora. Nel caso delle società più grandi, un adattamento alla nuova legge sarebbe stato difficile perché altrimenti si sarebbe dovuto rispettare il quorum da eliminare. Si trattava di disposizioni sui quorum accessibili alle norme di legge (cfr. art. 627 n. 11 aOR; cfr. sull'accessibilità statutaria infra, n. 41).

40 Nelle revisioni precedenti, Jäggi e Rapp hanno ritenuto che le disposizioni statutarie che si limitano a riprodurre il precedente testo di legge decadono automaticamente se si può dimostrare che, al momento della loro emanazione, l'intenzione era quella di riprodurre il rispettivo testo di legge. Jäggi ha quindi richiesto che i fondatori si siano occupati di queste circostanze. Secondo Jäggi, la semplice adozione del testo di legge non è sufficiente. Secondo Jäggi, in caso di ingresso di nuovi azionisti, si applicava la vecchia legge in virtù del principio di fiducia. Capitaine ha ritenuto che, senza la prova di un'intenzione contraria, una disposizione statutaria che si limitava a riprodurre il vecchio testo di legge fosse irrilevante. Tutte queste opinioni sembrano di difficile applicazione.

41 Böckli, Forstmoser, Stauffer e Vischer hanno commentato le revisioni precedenti secondo cui le disposizioni obbligatorie del nuovo diritto societario hanno la precedenza se lo statuto si limita a riprodurre le disposizioni obbligatorie del vecchio diritto. Di conseguenza, gli statuti non dovrebbero prevalere in materie che non devono assolutamente disciplinare. Secondo questo punto di vista, la nuova legge si applica immediatamente se la ragione della sua applicazione non è contenuta nello statuto ma nella legge (ad es. art. 698 cpv. 2 e art. 716a cpv. 1 CO [cfr. sopra n. 35]). Hürlimann ha

criticato il punto di vista di Stauffer sulla revisione del 18 dicembre 1936, entrata in vigore il 1° luglio 1937. Da un lato, egli ritiene difficile determinare le aree il cui fondamento di validità risiede nella legge. A ciò si può contrapporre il fatto che (almeno al giorno d'oggi) di solito è chiaro se una norma del diritto societario è obbligatoria o dispositiva. In secondo luogo, Hürlimann ha criticato la mancanza di una base giuridica per questa differenziazione. Si può controbattere che la base giuridica deriva dall'interpretazione teleologica della disposizione transitoria.

42 La questione centrale è quindi se l'elemento grammaticale domina nell'interpretazione dell'art. 2 cpv. 2 ÜBest e si conclude che il periodo di due anni si applica anche alla riproduzione legale del diritto cogente o se prevalgono gli argomenti teleologici e si presume che il diritto cogente sia applicabile immediatamente, cioè dal 1° gennaio 2023.

43 Le argomentazioni che seguono suggeriscono che la seconda tesi può essere giustificata in modo più solido. Nella prima tesi è già stato dimostrato che gli azionisti non possono fare pieno affidamento sulle disposizioni pertinenti dello statuto o sulla loro formulazione, tra l'altro a causa della giurisprudenza (cfr. n. 38 supra). Inoltre, lo statuto non può essere utilizzato per creare un ordine che il legislatore si riserva. Inoltre, questa visione è coerente con l'idea di base dell'art. 3 SchlT ZGB, che deve essere utilizzato per l'interpretazione (si veda il riferimento dichiarativo all'art. 1 cpv. 1 ÜBest [cfr. n. 7 supra]). L'art. 3 SchlT ZGB stabilisce che le disposizioni imperative della nuova legge relative al contenuto di un rapporto giuridico sono applicabili immediatamente dopo l'entrata in vigore. Ciò vale, tra l'altro, anche per le società (cfr. anche l'art. 6b cpv. 3 SchlT ZGB e i precedenti nn. 20 e 23).

44 La Corte Suprema Federale ha stabilito che la revisione speciale, introdotta con la revisione del 4 ottobre 1991 ed entrata in vigore il 1° luglio 1992, si applica all'accertamento dei fatti prima della sua entrata in vigore. Trattandosi di un diritto all'informazione legalmente garantito, non è soggetto a restrizioni o a norme derogatorie negli statuti. Per questo motivo, il Tribunale federale non ha accolto l'obiezione di applicare la disposizione transitoria relativa alle disposizioni statutarie. Tuttavia, la valutazione giuridica dei fatti è soggetta alla vecchia legge in virtù del principio di irretroattività. Anche questa decisione del Tribunale federale si esprime a favore della seconda tesi.

45 Secondo Forstmoser, la disposizione transitoria quinquennale della revisione del 4 ottobre 1991, entrata in vigore il 1° luglio 1992, si applicava al contenuto assoluto e condizionale dello statuto. Tale contenuto, secondo la vecchia legge, deriva dall'art. 626 f. aOR. L'art. 626 aOR elencava in modo esaustivo il contenuto minimo dell'atto costitutivo. L'elenco dell'art. 627 aOR non era esaustivo. Gli argomenti del contenuto richiesto dello statuto non coperti dall'art. 627 aOR sono anch'essi coperti dal periodo di transizione di due anni. L'art. 627 aOR è stato abrogato perché era incompleto e il suo completamento appariva troppo oneroso. Tuttavia, come nella vecchia legge, il contenuto condizionatamente necessario dell'atto costitutivo deriva dalle disposizioni di legge in materia.

46 Se l'atto costitutivo fa riferimento alla legge, si può presumere che il semplice riferimento di una disposizione dell'atto costitutivo alla legge sia considerato un riferimento al sistema giuridico rispettivamente applicabile (cosiddetto riferimento dinamico). In questo senso, non vi è alcuna fiducia a priori nell'esistenza di un sistema giuridico specifico nell'ambito del diritto societario. A questo proposito, per ragioni di trasparenza, si raccomanda di fare riferimento direttamente al diritto societario negli statuti in futuro, invece di copiarlo (almeno in termini di contenuto) uno a uno.

47 Inoltre, si può sostenere che l'ancoraggio dell'art. 698, dell'art. 704 e dell'art. 716a aOR negli statuti non è definitivo e può essere integrato da nuove leggi in qualsiasi momento.

4. Statuto

a. Necessità di adeguamento

48 Come già accennato in precedenza, la revisione del diritto societario non dovrebbe comportare l'obbligo di modificare gli statuti (cfr. n. 32 sopra). Questo è un sollievo soprattutto per le PMI o le società del gruppo, perché una modifica dello statuto richiede non solo una delibera dell'assemblea generale, ma anche una certificazione pubblica (cfr. Art. 647 e Art. 698 cpv. 2 punto 1 CO). Per ragioni di certezza giuridica e di chiarezza, tuttavia, una modifica è generalmente raccomandata. A tal fine, ci si può basare sui vari modelli degli uffici cantonali del registro di commercio. Tuttavia, esistono le seguenti eccezioni al principio della modifica non vincolata dello statuto:

L'art. 626 cpv. 2 n.d.r. richiede che gli statuti delle società quotate in borsa contengano disposizioni sul numero di attività che i membri del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo e del comitato consultivo possono svolgere in funzioni analoghe presso altre società con uno scopo economico (i cosiddetti "mandati di terzi"). Sono ora inclusi anche i mandati nel consiglio di amministrazione di altre società (cfr. ancora l'art. 12 cpv. 1 n. 1 VegüV: "nei più alti organi di gestione o amministrazione"). A tal fine, vi è una restrizione ai mandati con uno "scopo economico" (Art. 626 cpv. 2 n. 1 nOR). A nostro avviso, le disposizioni dell'art. 626 cpv. 2 n. 1 CO devono essere adeguate entro il periodo transitorio di due anni previsto dall'art. 2 ÜBest, ossia entro il 1° gennaio 2025. Inoltre, un membro del consiglio di amministrazione che impedisca che lo statuto contenga disposizioni adeguate ai sensi dell'Art. 626 cpv. 2 n. 1 CO è perseguibile penalmente (Art. 154 cpv. 2 lett. c nStGB). È necessario il dolo diretto; non è sufficiente il dolo eventuale (cfr. art. 154 cpv. 3 CC). Poiché l'intento diretto è raramente soddisfatto, resta da vedere se questo reato non rimanga lettera morta. 49

Ai sensi dell'art. 10 e dell'art. 26 LR SIX e del punto 4.1 e del punto 19.1 LR BX, la quotazione alla SIX Swiss Exchange o alla BX Swiss, a seconda dei casi, nonché il suo mantenimento, richiedono, tra l'altro, che gli statuti delle società quotate siano conformi alla legge nazionale a cui l'emittente è soggetto. Il diritto di quotazione delle borse svizzere mira, tra l'altro, alla trasparenza della qualità dell'emittente (art. 1 LR SIX e cpv. 1.1 LR BX). Per questo motivo, a nostro avviso, le società quotate dovrebbero essere tenute a garantire che i loro statuti non contengano disposizioni non valide. Lo stesso dovrebbe valere per le società sottoposte a vigilanza da parte di altri organismi, come la FINMA. Ciò proteggerebbe, tra l'altro, gli investitori stranieri che non hanno molta familiarità con il diritto societario svizzero. Lo spirito della revisione del diritto societario - secondo il quale le società non sono obbligate a modificare gli statuti (cfr. n. 32 sopra) - non cambia questo punto di vista, perché la legge sulla quotazione persegue i propri scopi. Una revisione dello statuto è quindi necessaria. La giurisprudenza e la dottrina di cui sopra sull'art. 699 cpv. 3 aOR non hanno trovato riscontro negli statuti di diverse società quotate (cfr. n. 38 supra). Ciò indica probabilmente che le borse non verificheranno con rigore la conformità degli statuti alla nuova legge. A nostro avviso, è prevedibile che la maggior parte delle società quotate modificherà il proprio statuto in occasione dell'assemblea generale ordinaria del 2023 o 2024. Per alcune società è importante avere uno statuto conforme 50

alla nuova legge già nel 2023. Altre società aspettano di vedere cosa fanno prima le altre società.

51 Inoltre, sia le società non quotate che quelle quotate dovranno modificare i propri statuti se desiderano avvalersi di una delle possibilità previste dalla nuova legge e se è necessaria una base statutaria per farlo. Il periodo transitorio di due anni non si applica in questo caso perché la nuova legge si applicherà in linea di principio a partire dal 1° gennaio 2023 e si tratta di nuove possibilità - senza una base nella legge precedente (cfr. anche art. 1 cpv. 2 ÜBest).

52 Le possibilità della nuova legge comprendono, tra l'altro:

- Riduzione del valore nominale minimo al di sotto di un centesimo (Art. 622 cpv. 4 nOR);
- Capitale sociale in valuta estera (art. 621 cpv. 2 e art. 626 cpv. 1 punto 3 CO);
- Introduzione di una fascia di capitale (Art. 653s cpv. 1 nOR);
- Introduzione di una clausola arbitrale nello statuto (Art. 697n nOR);
- Sede estera dell'assemblea generale (art. 701b cpv. 1 CO);
- Assemblea generale virtuale (eventualmente senza delega indipendente; art. 701d CO).

53 La nuova legge può anche richiedere un intervento immediato. Ai sensi dell'art. 716b cpv. 1 CO, il consiglio di amministrazione può - salvo che lo statuto non disponga diversamente - delegare in tutto o in parte la gestione della società a singoli membri o a terzi, in conformità alle disposizioni organizzative (art. 716b cpv. 1 CO). In precedenza, invece, per il trasferimento della gestione era necessaria una base statutaria (art. 716b cpv. 1 aOR). La legge dispositiva è stata quindi invertita. Se a partire dal 1° gennaio 2023 non si desidera un trasferimento della gestione, è necessario adottare in modo proattivo una corrispondente disposizione statutaria di divieto.

54 Il vecchio diritto societario consentiva la rappresentanza in assemblea generale esclusivamente da parte di altri azionisti solo con una corrispondente disposizione statutaria (cfr. art. 627 n. 10 e art. 689 cpv. 2 aOR). In caso di tale disposizione nello statuto di una società non quotata, è ora richiesto che il consiglio di amministrazione designi un delegato

indipendente o un delegato per gli organi sociali su richiesta di un azionista (art. 689d cpv. 2 nOR). I dettagli sono regolati nello statuto (art. 689d cpv. 3 nOR in fine). Di conseguenza, la nuova legge richiede una corrispondente modifica dello statuto. Poiché non si tratta di sostituire la vecchia legge obbligatoria con una nuova legge obbligatoria, ma di una nuova regolamentazione che la vecchia legge non prevedeva, si applica a questo proposito il periodo transitorio di due anni ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 ÜBest (cfr. sopra n. 32 e segg.).

A partire dal 1° gennaio 2023, alcune remunerazioni prive di base legale saranno inammissibili, in quanto il catalogo delle remunerazioni inammissibili di cui all'art. 735c nOR comprende ora anche alcune remunerazioni a ex membri del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo, nonché a persone a loro strettamente legate (cfr. sul diritto delle remunerazioni anche N. 127 e segg.). A questo proposito, potrebbe essere necessaria una modifica dello statuto. 55

Un aumento di capitale autorizzato ai sensi dell'art. 651 e segg. aOR è possibile solo dopo il 1° gennaio 2023 se la relativa delibera di modifica dello statuto è stata approvata prima del 1° gennaio 2023 (cfr. art. 3 ÜBest; cfr. infra n. 81). 56

Per le clausole arbitrali contenute negli statuti prima del 1° gennaio 2023, cfr. infra, n. 194. 57

b. Scadenza delle modifiche statutarie

Se la società o il suo consiglio di amministrazione individuano la necessità di una modifica, lo statuto viene modificato con delibera dell'assemblea generale (cfr. art. 698 cpv. 2 lett. a CO). Il Consiglio di amministrazione prepara il progetto e convoca l'assemblea generale (cfr. art. 699 cpv. 1 e art. 716a cpv. 1 punto 6 CO). La delibera dell'assemblea generale deve essere certificata pubblicamente e la nuova data dello statuto deve essere iscritta nel registro delle imprese (cfr. art. 647 CO e art. 22 cpv. 1 lett. b ORC; sugli statuti come documenti di supporto sopra al n. 31). L'assemblea generale, se si svolge dopo il 1° gennaio 2023, è soggetta alla nuova legge come fatto nuovo (art. 1 cpv. 3 SchlT ZGB; cfr. n. 15 sopra). Le disposizioni di legge obbligatorie sull'assemblea generale non possono essere ignorate sulla base di disposizioni statutarie che contengono la vecchia legge obbligatoria (cfr. sopra n. 34 e segg.). Una convocazione prima del 1° gennaio 2023 per un'assemblea generale 58

successiva al 1° gennaio 2023 è, a nostro avviso, disciplinata dall'art. 700 aOR. Le convocazioni delle società quotate in borsa non devono quindi contenere una breve spiegazione delle proposte del Consiglio di amministrazione (cfr. art. 700 cpv. 2 n. 3 CO).

59 L'EHRA ha pubblicato una nota pratica sulle modifiche agli statuti in vista dell'entrata in vigore della revisione del diritto societario. La nota affronta la questione della misura in cui le modifiche statutarie possono essere adottate e iscritte nel registro delle imprese prima del 1° gennaio 2023 in vista della nuova legge. Si distingue tra modifiche statutarie programmate e condizionate. Per quanto riguarda i fatti non soggetti a pubblicazione, questi potrebbero essere decisi su base programmata. Tali disposizioni statutarie potrebbero essere depositate presso l'Ufficio del registro delle imprese per l'iscrizione nel registro delle imprese a partire dall'adozione del testo definitivo della NHRegV, ossia dal 2 febbraio 2022. I fatti soggetti a pubblicazione derivano dall'art. 45 dell'HRegV nel caso di una società per azioni. Le modifiche statutarie previste comprendono, tra l'altro, una disposizione relativa all'assemblea generale virtuale (cfr. art. 701d nOR) e, per le società non quotate, alcune disposizioni della legge sulle remunerazioni di cui all'art. 732 e seguenti nOR (cfr. art. 732 cpv. 2 nOR). Lo statuto deve indicare chiaramente quale norma si applica e quando. Per contro, le modifiche statutarie che richiedono la pubblicazione non possono essere depositate presso l'Ufficio del registro delle imprese prima del 1° gennaio 2023. Prima del 1° gennaio 2023, tuttavia, era possibile adottare una delibera condizionale per modificare lo statuto a condizione che entrasse in vigore la revisione del diritto societario. La data della delibera e non quella dell'entrata in vigore della nuova legge, ossia il 1° gennaio 2023, o la data di deposito nel registro delle imprese è considerata la data dello statuto (cfr. art. 22 cpv. 1 lett. b ORC). Sono incluse le seguenti modifiche statutarie:

- Riduzione del valore nominale al di sotto di un centesimo, per cui il valore nominale deve essere maggiore di zero (art. 622 cpv. 4 nOR e art. 45 cpv. 1 lett. h nHRegV);
- capitale in valuta estera (art. 621 cpv. 2 e cpv. 3, art. 629 cpv. 3 e art. 632 cpv. 2 CO e art. 45 cpv. 1 lett. h nHRegV);
- Introduzione di un capitale di partecipazione quotato in borsa secondo le disposizioni rivedute (art. 656b cpv. 1 CO e art. 45 cpv. 1 lett. j nHRegV);

- Fascia di capitale (art. 653s e segg. nOR e art. 59a cpv. 2 nHRegV);
- clausola compromissoria (art. 697n nOR e art. 45 cpv. 1 lett. u nHRegV).

Per l'adeguamento del valore nominale si può fare riferimento alla modifica della legge del 1° maggio 2001, secondo la quale il valore nominale di un'azione deve essere superiore a un centesimo (art. 622 cpv. 4 aOR). A questo proposito, era anche possibile approvare una delibera condizionale per modificare lo Statuto in merito alla riduzione del valore nominale prima del 1° maggio 2001. Secondo l'EHRA, una delibera incondizionata era nulla perché avrebbe contraddetto la legge in vigore all'epoca. Il verificarsi della condizione, ossia l'entrata in vigore della modifica legislativa, è considerato generalmente noto grazie alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e pertanto non deve essere accertato da una certificazione pubblica. Le considerazioni dell'EHRA di allora in merito alla nullità e alla certificazione pubblica possono essere trasferite nella Nota pratica EHRA 1/22. 60

In relazione alla convocazione dell'assemblea generale degli azionisti, il consiglio di amministrazione deve garantire che i punti all'ordine del giorno mantengano l'unità dell'argomento (art. 700 cpv. 3 nOR). Questo principio, noto anche nel diritto costituzionale, era già applicato nel vecchio diritto societario. Il principio dell'unità della materia deve essere osservato in particolare nel caso di modifiche allo statuto. Secondo Müller, esso viene violato se elementi di diverse delibere fondamentali sono collegati tra loro. Ciò impedisce agli azionisti di approvare una proposta anche se la condividono solo in parte. Gli azionisti dovrebbero essere in grado di formare e comunicare la loro volontà liberamente e senza distorsioni. È quindi un requisito essenziale che le singole componenti di un punto all'ordine del giorno siano strettamente correlate. L'unità della questione vale anche per le mozioni. Di conseguenza, non è consentito costringere gli azionisti ad accettare una parte della proposta contro la loro volontà, solo per poter accettare la seconda parte della proposta. 61

Si distingue tra revisione parziale e totale dello statuto. Nel caso di una revisione totale, gli uffici del registro delle imprese richiedono che tutte le disposizioni siano conformi alla nuova legge. Al contrario, nel caso di una revisione parziale, vengono esaminate solo le disposizioni statutarie modificate o aggiunte di recente. In una revisione parziale dello statuto possono essere formati blocchi di argomenti per la discussione e la votazione, 62

che possono anche dipendere l'uno dall'altro in termini di contenuto. Ciascuno di questi blocchi di argomenti deve essere discusso e votato separatamente, nel rispetto del principio dell'unità della materia. Il Consiglio di amministrazione ha un certo grado di discrezionalità nella composizione dei blocchi tematici. Il requisito dell'unità della materia non deve essere interpretato in modo troppo restrittivo. Il legislatore non intende una frammentazione impropria dei punti all'ordine del giorno.

63 Sono ipotizzabili i seguenti blocchi tematici:

- Disposizioni sul diritto di remunerazione (cfr. art. 626 cpv. 2 n.d.r.);
- Disposizioni sulla fascia di capitale (cfr. art. 653s e segg. nOR);
- Disposizioni sull'assemblea generale degli azionisti;
- Disposizioni sul Consiglio di amministrazione;
- Disposizioni sull'ufficio di revisione.

64 Le delibere di base, come la limitazione dei diritti di voto o la trasferibilità delle azioni nominative (restrizioni al trasferimento; art. 685a segg. CO), devono essere approvate separatamente per ogni caso. Una modifica delle disposizioni statutarie che rispecchiano semplicemente il diritto cogente può essere trattata come un unico blocco di questioni, poiché gli azionisti non possono comunque discostarsi dalla legge su tali questioni attraverso lo statuto (cfr. sopra n. 41 e segg.). Pertanto, non è necessario votare separatamente su ogni singolo emendamento. Spetta solo a loro decidere se lo statuto rispecchia o meno la legge obbligatoria "errata" (cfr. sopra n. 34 e segg.). Poiché la revisione del diritto societario non è destinata a portare a modifiche obbligatorie degli statuti (cfr. supra, n. 32), a nostro avviso gli uffici del registro delle imprese non possono richiedere una correzione formale generale anche nel caso di singole modifiche statutarie.

65 Tuttavia, il principio dell'unità della materia non richiede che in caso di revisione totale dello statuto ogni disposizione debba essere votata singolarmente. Con il principio dell'unità della materia, il legislatore non intende introdurre un "bazar su ogni singola disposizione dello statuto". Naturalmente, un azionista è libero di rifiutare la proposta nel suo complesso. Inoltre, gli azionisti possono presentare mozioni corrispondenti su ogni disposizione (art. 700 cpv. 4 aOR o art. 699b cpv. 5 nOR). In caso di questioni

controverse, può essere opportuno votarle separatamente e poi sottoporre il risultato a una votazione generale.

66 Il principio dell'unità di materia non può essere eluso effettuando una revisione parziale sotto il titolo di revisione totale. In questo contesto, si può parlare di revisione totale formale e sostanziale. Si ha una revisione totale formale se la vecchia versione dello statuto viene completamente sostituita da una nuova versione. Nel caso di un numero considerevole di disposizioni statutarie modificate materialmente, si ha anche una revisione totale materiale. Secondo Müller, il limite di rilevanza è compreso tra cinque e dieci voti singoli, che aumentano a seconda della portata dello statuto. Anche Hubacher/Sieber/Vogel/Baumberger indicano dieci modifiche come "regola empirica".

67 Il fatto che una delibera su un argomento debba essere approvata in un'unica votazione o che più argomenti debbano essere combinati in un blocco dipende da varie considerazioni. Da un lato, gli argomenti dovrebbero essere combinati in modo tale che la volontà dell'assemblea generale possa essere espressa nel modo più indistinto possibile. Ciò significa che una questione eventualmente controversa non dovrebbe essere votata insieme a questioni non controverse. In caso contrario, c'è il rischio che l'intero blocco di questioni venga respinto. D'altra parte, è necessario rispettare il quorum richiesto per la decisione. Si raccomanda una votazione singola se è richiesto un quorum qualificato per una risoluzione. In caso contrario, il quorum qualificato si applica all'intero blocco di questioni, anche se solo una parte del blocco di questioni sarebbe soggetta ad esso.

68 Se l'unità della materia è violata, la relativa delibera dell'assemblea generale può essere impugnata (art. 706 f. CO). Secondo Müller, per far valere il principio dell'unità dell'oggetto, un azionista deve adoperarsi per il suo rispetto in sede di assemblea generale richiedendo una votazione separata. A nostro avviso, in assenza di una base giuridica, non c'è motivo di derogare al principio secondo il quale non c'è obbligo di notifica dei vizi in caso di vizi formali del diritto societario - fatta salva una condotta abusiva.

69 L'Ufficio del Registro delle Imprese deve registrare solo le delibere impugnabili, anche se soggette ad altri vizi. Di conseguenza, le delibere relative a disposizioni statutarie che violano l'unità della materia devono

essere iscritte nel registro delle imprese. Sono riservate le misure provvisorie che comportano un blocco del registro (cfr. art. 261 e segg. CPC).

5. Regolamenti

a. Necessità di adeguamento

70 Ai regolamenti si applica lo stesso meccanismo degli statuti. Ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 ÜBest, le disposizioni in contrasto con la nuova legge al 1° gennaio 2025 decadono automaticamente (cfr. n. 32). Sebbene, a differenza dello Statuto, il Parlamento non si sia espresso esplicitamente in merito, si può presumere che anche le modifiche ai regolamenti non siano obbligatorie.

71 Nel n. 50 è stato spiegato che le società quotate in borsa devono modificare il proprio statuto sulla base del regolamento di quotazione. Non esistono disposizioni analoghe, secondo le quali i regolamenti devono essere conformi al diritto svizzero (cfr. art. 10 e art. 26 LR SIX, nonché par. 4.1 e par. 19.1 LR BX). Tuttavia, molte società quotate pubblicano volontariamente il regolamento organizzativo online, motivo per cui si raccomanda un adeguamento anche in questi casi.

72 In primo luogo, è necessario esaminare i regolamenti organizzativi spesso esistenti per verificarne la necessità di adeguamento. In questi, il consiglio di amministrazione regola essenzialmente la delega della gestione dal consiglio di amministrazione a un consiglio esecutivo (art. 716b cpv. 1 nOR). Inoltre, le riunioni e le delibere del Consiglio di amministrazione sono regolarmente regolamentate. Anche i metodi di lavoro e le competenze di eventuali comitati del consiglio di amministrazione sono spesso definiti in tale sede, dove si trovano anche regolamenti separati (carte dei comitati).

73 Se necessario, può essere necessario modificare i regolamenti. Ciò avviene soprattutto se il regolamento fa riferimento a disposizioni adattate dello statuto o della legge. Tuttavia, possono essere opportune anche modifiche indipendenti, come dimostrano gli esempi seguenti.

74 Ai sensi dell'art. 701e cpv. 1 nOR, il Consiglio di amministrazione regola l'uso di mezzi elettronici nell'assemblea generale. Ciò è particolarmente rilevante quando si tiene un'assemblea generale virtuale, ibrida o multi-locale. Si raccomanda di disciplinare questo aspetto nel regolamento organizzativo o in un regolamento o direttiva separata. Si raccomanda inoltre di includere nei

regolamenti organizzativi disposizioni sul processo decisionale elettronico del consiglio di amministrazione.

È anche possibile che il consiglio di amministrazione si senta costretto a discostarsi dalle disposizioni del regolamento organizzativo a causa di una disposizione di legge che non gli si addice. Ai sensi dell'art. 713 cpv. 2 n. 3 norvegese, per le delibere circolari elettroniche non è richiesta la firma, a meno che il Consiglio di amministrazione non abbia stabilito diversamente per iscritto. Per derogare a questa disposizione, il Consiglio di amministrazione deve - se non esiste già - inserire un passaggio corrispondente, ad esempio nel regolamento organizzativo. 75

Per quanto riguarda i conflitti di interesse, l'art. 717a nOR entra in vigore come norma rudimentale con la revisione del diritto societario. Secondo l'art. 717a cpv. 2 CO, il consiglio di amministrazione deve adottare misure per salvaguardare gli interessi della società in caso di conflitti di interesse. Le norme corrispondenti possono essere previste nel regolamento organizzativo, qualora non esistano già. Tuttavia, ciò non è obbligatorio. Sono sufficienti misure in singoli casi, soprattutto perché l'art. 716b cpv. 2 punto 4 dell'EOR, secondo il quale il regolamento organizzativo disciplina la gestione dei conflitti di interesse, non è stato adottato dal Parlamento. 76

Se disponibili, potrebbero essere opportune anche modifiche al regolamento di registrazione. Ai sensi dell'art. 685d cpv. 2 CO, la società di azioni nominative quotate può respingere gli acquirenti se non dichiarano, su richiesta, di aver acquistato le azioni a proprio nome e per proprio conto, che non esiste alcun accordo sul rimborso o sulla restituzione delle azioni corrispondenti e che si assumono il rischio economico associato alle azioni. Si tratta di una disposizione facoltativa. Non è quindi necessario un regolamento corrispondente. Tuttavia, come misura difensiva, può essere consigliabile riflettere questa innovazione nel regolamento di registrazione, se necessario anche nello statuto. 77

Ai sensi dell'art. 686 cpv. 2bis CO, le società quotate devono garantire che i proprietari o gli usufruttuari possano presentare la domanda di iscrizione nel registro delle azioni per via elettronica. Occorre pertanto esaminare il regolamento di registrazione a questo proposito. 78

b. Procedura di modifica del regolamento

79 Se viene individuata la necessità di una modifica, il relativo regolamento deve essere modificato. La responsabilità spetta al Consiglio di amministrazione, in quanto la definizione dell'organizzazione della società è un compito non trasferibile e irrevocabile del Consiglio di amministrazione (cfr. art. 716a cpv. 1 punto 2 CO). Di conseguenza, l'Assemblea generale degli azionisti non può e non potrà decidere alcuna modifica in merito.

B. Aumento di capitale autorizzato e aumento di capitale condizionato (art. 3 ÜBest)

80 L'art. 3 delle disposizioni transitorie disciplina il trattamento transitorio dell'aumento di capitale autorizzato (cfr. infra, n. 81 e segg.) e dell'aumento di capitale da capitale condizionato (cfr. infra, n. 86 e segg.).

1. Aumento di capitale autorizzato

81 La fascia di capitale ai sensi dell'art. 653s e segg. nOR sostituisce il vecchio aumento di capitale autorizzato ai sensi dell'art. 651 e segg. aOR. Per un aumento di capitale autorizzato deliberato prima del 1° gennaio 2023 si applica il diritto previgente (art. 3 ÜBest). In questo contesto, l'Art. 3 ÜBest si basa sulla data della delibera ("è stato deliberato"). Di conseguenza, è ipotizzabile anche la registrazione di un capitale autorizzato deliberato nel gennaio 2023. La registrazione della delibera di autorizzazione presso l'Ufficio del Registro delle Imprese deve avvenire il prima possibile. Un aumento di capitale autorizzato è possibile per un periodo massimo di due anni (art. 651 cpv. 1 aOR). Questo periodo inizia a decorrere solo dalla data di iscrizione nel registro delle imprese. Nella pratica, tuttavia, una data di scadenza rilevante è stata regolarmente inserita negli statuti.

82 Le estensioni e le modifiche dell'aumento di capitale autorizzato dopo il 1° gennaio 2023 non sono più possibili (cfr. art. 3 ÜBest in fine; cfr. anche n. 2.1 Allegato DCG). I corrispondenti resti dell'aumento di capitale autorizzato devono essere cancellati dallo statuto dal Consiglio di amministrazione (cfr. art. 651a cpv. 2 aOR).

83 A nostro avviso, per motivi di praticità, in caso di revisione totale dello statuto dopo il 1° gennaio 2023 dovrebbe essere consentito rinviare la disposizione relativa al capitale autorizzato o inserirla nuovamente nello statuto. In tal

modo, il numero dell'articolo può cambiare o la norma può essere inclusa nuovamente nello stesso articolo. Tuttavia, la norma non può essere modificata né formalmente né materialmente (cfr. sopra n. 82). Per sicurezza, la procedura corrispondente dovrebbe essere discussa prima con l'ufficio del registro delle imprese competente. Se questa procedura non fosse consentita, si dovrebbe adottare una revisione parziale completa dello statuto e notificarla all'ufficio del registro delle imprese, il che comporterebbe un impegno amministrativo notevolmente maggiore.

Se viene adottata una fascia di capitale, la continuazione di un capitale autorizzato già adottato secondo Forstmoser/Küchler avviene in base al regime della fascia di capitale. Al contrario, l'EHRA, in linea con Büchler, von der Crone/Dazio e Gericke/Lambert, richiede che la disposizione statutaria relativa al capitale autorizzato sia formalmente abrogata. Non è prevista la coesistenza dei due strumenti, soprattutto perché la fascia di capitale sostituisce l'aumento di capitale autorizzato (cfr. sopra n. 82). A nostro avviso, un'abrogazione formale è certamente consigliabile anche solo per ragioni editoriali. 84

Alla SIX Swiss Exchange, il nuovo art. 14 RLAE si applica mutatis mutandis agli aumenti di capitale autorizzati (art. 26 cpv. 2 RLAE). Il regolamento rimane invariato. Per l'importo dell'aumento di capitale deve essere emesso un certificato globale aggiuntivo da presentare al depositario collettivo presso il quale è stato depositato il precedente certificato globale. Un regolamento simile in caso di aumento di capitale autorizzato è previsto dall'art. 16a cpv. 2 RLRMP e dall'art. 24 cpv. 2 RLVB. 85

2. Aumento di capitale condizionato

Il contenuto dell'aumento di capitale condizionato rimane sostanzialmente invariato. Tuttavia, l'ambito di applicazione del capitale condizionato di cui all'art. 653 cpv. 1 nOR è stato ampliato in base alle esigenze della prassi. Ora il Consiglio di amministrazione può anche cancellare le disposizioni sul capitale condizionato dallo statuto se non è stato emesso alcun capitale (Art. 653i cpv. 1 punto 2 nOR). Poiché non è cambiato quasi nulla, l'art. 3 ÜBest relativo al capitale condizionato è di scarsa importanza. In ogni caso, il capitale condizionato esistente dopo il 1° gennaio 2023 può essere modificato e anche cancellato solo alle condizioni della nuova legge. È possibile anche una delibera dell'assemblea generale prima del 1° gennaio 2023 con capitale 86

condizionato ai sensi della nuova legge, a condizione che l'efficacia della disposizione statutaria sia prevista per il 1° gennaio 2023 (si veda anche il precedente n. 59).

87 Per i regolamenti della SIX Swiss Exchange, si vedano i relativi standard al precedente n. 85.

C. Rappresentanza di genere (art. 4 ÜBest)

88 L'art. 734f nOR relativo alla rappresentanza di genere nel consiglio di amministrazione e nel comitato esecutivo è già entrato in vigore il 1° gennaio 2021 insieme all'art. 4 ÜBest. L'art. 734f CO richiede alle società quotate che superano le soglie definite nell'art. 727 cpv. 1 punto 2 CO e non soddisfano i parametri di riferimento di genere di indicare nella relazione sulla remunerazione i motivi per cui ciascun genere non è rappresentato almeno al 30% nel consiglio di amministrazione e almeno al 20% nel comitato esecutivo e di pubblicare le misure per promuovere il genere meno rappresentato (approccio comply or explain).

89 L'art. 4 di ÜBest prevede lunghi periodi di transizione:

- Per quanto riguarda la rappresentanza di genere nel consiglio di amministrazione, è previsto un periodo di transizione di cinque anni. Di conseguenza, l'obbligo di rendicontazione si applica per la prima volta all'esercizio finanziario che inizia il 1° gennaio 2026 o successivamente. Le pubblicazioni corrispondenti saranno quindi effettuate a partire dal primo semestre del 2027.
- Per quanto riguarda la rappresentanza di genere nel comitato esecutivo, è previsto anche un periodo di transizione di dieci anni. Di conseguenza, l'obbligo di rendicontazione si applicherà per la prima volta all'esercizio finanziario che inizia il 1° gennaio 2031 o successivamente. Le pubblicazioni corrispondenti avverranno quindi a partire dal primo semestre del 2032.
- Tuttavia, si può osservare che singole società, volontariamente o a causa delle pressioni esercitate dal mercato dei capitali (in particolare dai proxy advisor), si conformano all'obbligo di rendicontazione prima.

90 I periodi di transizione consentono di raggiungere i parametri di genere attraverso la naturale fluttuazione e di evitare nuove nomine affrettate. Il

periodo di transizione per il consiglio di amministrazione è due volte più lungo perché il reclutamento è più difficile e i requisiti di conoscenza del settore sono spesso più elevati rispetto al consiglio di amministrazione.

L'art. 734f nOR presuppone due generi, cioè maschio e femmina. Due postulati presentati in Consiglio nazionale chiedevano l'introduzione di un terzo genere, che però è stato respinto dal Consiglio federale. Se in futuro la situazione giuridica dovesse cambiare, potrebbe essere necessario adeguare l'art. 734f nOR ed eventualmente anche l'art. 4 ÜBest prima della scadenza dei periodi transitori previsti dall'art. 4 ÜBest. 91

La SIX Swiss Exchange dichiara nella DCG, che è stata adattata a seguito della revisione della Legge sulle società per azioni, che le linee guida sul genere e gli obblighi di comunicazione nella relazione sulla remunerazione (approccio comply or explain) sono applicabili anche agli emittenti stranieri (punto 3.8 e punto 4.5 dell'allegato DCG). Il DCG tiene conto anche delle disposizioni transitorie più lunghe dell'art. 4 ÜBest e crea quindi condizioni uguali per gli emittenti svizzeri e stranieri (level playing field). Ai sensi dell'art. 11 cpv. 7 DCG, il punto 3.8 dell'Allegato DCG relativo al Consiglio di Amministrazione si applica per la prima volta al periodo di riferimento che inizia il 1° gennaio 2026 o successivamente. Il punto 4.5 dell'Allegato DCG relativo al Consiglio di amministrazione si applica per la prima volta al periodo di rendicontazione che inizia il 1° gennaio 2031 o successivamente (art. 11 cpv. 7 DCG; cfr. sopra n. 89 in merito alle stesse scadenze per gli emittenti nazionali). 92

D. Rinvio del fallimento (Art. 5 ÜBest)

Ai sensi dell'art. 725a cpv. 1 aOR, il tribunale poteva, su richiesta del consiglio di amministrazione o di un creditore, rinviare l'apertura della procedura fallimentare in presenza di una prospettiva di riorganizzazione. In questo caso, il tribunale adottava misure per preservare il patrimonio. Inoltre, il tribunale può nominare un custode e revocare il potere di disposizione del consiglio di amministrazione o far dipendere le sue decisioni dal consenso del custode (art. 725a cpv. 2 aOR). Il fallimento doveva essere pubblicato solo se necessario per proteggere i terzi (art. 725a cpv. 3 aOR). 93

La revisione del diritto societario ha permesso di includere il rinvio del fallimento nella procedura di concordato. I vantaggi della moratoria fallimentare sono stati integrati nella procedura di concordato ai sensi degli 94

artt. 293 ss. LEF. La legge precedente si applica alla moratoria fallimentare concessa prima del 1° gennaio 2023 fino alla sua conclusione (il cosiddetto "grandfathering"; art. 5 ÜBest). È inoltre possibile prorogare la moratoria fallimentare o trasferire il procedimento pendente in una procedura di moratoria per ristrutturazione del debito, a condizione che siano soddisfatte le condizioni per tale procedura. Lo stesso vale per le moratorie di ristrutturazione del debito (ÜBest LEF sulla modifica del 19 giugno 2020).

95 Con la revisione del diritto societario è stata adottata anche un'aggiunta all'art. 293a cpv. 2 LEF relativa alla moratoria provvisoria per la ristrutturazione del debito. In casi giustificati, la moratoria provvisoria può essere prorogata per un massimo di quattro mesi su richiesta dell'amministratore o, se non è stato nominato, del debitore. A causa della pandemia di Covid 19, la disposizione è entrata in vigore già il 20 ottobre 2020. L'esperienza ha dimostrato che i quattro mesi previsti dalla vecchia legge non erano sempre sufficienti per una ristrutturazione di successo. Anche le moratorie provvisorie per la ristrutturazione del debito approvate prima del 20 ottobre 2020 hanno beneficiato della nuova opzione di proroga.

96 Per ulteriori questioni relative alla legge sulle ristrutturazioni, cfr. infra n. 155 e segg.

E. Adeguamento dei contratti di vecchia data (art. 6 ÜBest)

97 L'art. 6 ÜBest è simile all'art. 28 OaV, ma riguarda tutti i contratti (cfr. sopra, n. 4). L'art. 28 OaEC, invece, riguarda solo i contratti di lavoro e quindi, tra l'altro, non i contratti di mandato e di consulenza. In particolare, i contratti con i membri del consiglio di amministrazione spesso non costituiscono un contratto di lavoro. Nel caso dei mandati, invece, non dovrebbe sorgere alcun problema, poiché questi possono essere risolti in qualsiasi momento (cfr. art. 404 CO).

98 L'art. 6 ÜBest è probabilmente rilevante in particolare per quanto riguarda la durata dei contratti (o dei periodi di preavviso) con i membri del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo in merito alla loro remunerazione ai sensi dell'art. 735b nOR, poiché l'art. 12 cpv. 1 n. 2 VegüV, che è stato trasferito in legge, è stato mantenuto un po' più dettagliato e leggermente adattato. Per i membri del Consiglio di amministrazione si applica ora una durata massima del contratto di un mandato e non di un anno come nell'Art.

12 cpv. 1 n. 2 OaEC (Art. 735b cpv. 1 OaEC). Tuttavia, il periodo tra due assemblee generali era già compreso in questa norma. A questo proposito si raccomanda un chiarimento nello statuto. Dopo la scadenza del periodo di due anni previsto dall'art. 6 ÜBest, le disposizioni statutarie si applicano direttamente alle clausole illegali.

99 Sebbene l'art. 6 ÜBest sia stato creato per il diritto retributivo, può essere applicato ad altri contratti. Ne è un esempio il contratto di subordinazione (cfr. art. 725b cpv. 4 punto 1 nOR). Durante un periodo transitorio di due anni, è consentito che il contratto di subordinazione non preveda la subordinazione in relazione agli interessi. A partire dal 1° gennaio 2025, tuttavia, l'accordo deve subordinare anche gli interessi che maturano a partire da tale data durante il sovraindebitamento. Senza l'art. 6 ÜBest come lex specialis, la subordinazione avrebbe dovuto soddisfare i requisiti dell'art. 725b cpv. 4 punto 1 nOR a partire dal 1° gennaio 2023 (cfr. art. 1 cpv. 2 ÜBest). In base alle proprie considerazioni sul rischio, i revisori potrebbero richiedere un adeguamento della subordinazione già prima del 1° gennaio 2025. Per questo motivo, una parte della dottrina raccomanda un adeguamento immediato.

100 Il sovraindebitamento è una situazione permanente che verrà valutata in base alla nuova legge a partire dal 1° gennaio 2023 (cfr. sopra n. 13 e sotto n. 162). Se non si procede all'adeguamento, la subordinazione non sarà più sufficiente per evitare la notifica al tribunale ai sensi dell'art. 725b cpv. 4 punto 1 NOR.

F. Trasparenza nelle società di materie prime (Art. 7 ÜBest)

101 Le norme sulla trasparenza nelle società di materie prime erano originariamente contenute negli artt. da 964a a 964f CO ed erano già entrate in vigore il 1° gennaio 2021. Con l'entrata in vigore del controprogetto indiretto all'iniziativa sulla responsabilità d'impresa il 1° gennaio 2022, le norme corrispondenti negli artt. da 964d a 964i CO sono state spostate (cfr. infra n. 102 e segg.). Ai sensi dell'Art. 7 ÜBest, queste norme si applicano per la prima volta all'esercizio finanziario che inizia il 1° gennaio 2022 o successivamente. Le prime relazioni sui pagamenti agli enti pubblici sono quindi attese per il primo semestre del 2023 (cfr. art. 964g cpv. 1 nOR). Di conseguenza, le società interessate avrebbero già dovuto fornire le informazioni necessarie per l'esercizio finanziario 2022.

G. Disposizione transitoria relativa alla trasparenza su questioni non finanziarie e agli obblighi di due diligence e alla trasparenza su minerali e metalli provenienti da aree di conflitto e sul lavoro minorile (controproposta indiretta all'Iniziativa per la responsabilità d'impresa)

10 2 La controproposta all'Iniziativa sulla responsabilità delle imprese introduce la rendicontazione su questioni non finanziarie e gli obblighi di due diligence e di rendicontazione relativi ai minerali e ai metalli provenienti da aree di conflitto e al lavoro minorile (art. 964a e segg. CO). Gli obblighi di due diligence e di reporting relativi ai minerali e ai metalli provenienti da aree di conflitto e ad alto rischio e al lavoro minorile (artt. 964j-964l CO) sono specificati nell'Ordinanza sulla due diligence e sulla trasparenza in materia di minerali e metalli provenienti da aree di conflitto e di lavoro minorile (VSoTr). Queste disposizioni sono entrate in vigore il 1° gennaio 2022. La rendicontazione delle questioni non finanziarie fa talvolta riferimento alle questioni ambientali (art. 964b cpv. 1 NOR). Un aspetto delle questioni ambientali è rappresentato dalle questioni climatiche, che sono specificate nell'ordinanza sulla rendicontazione delle questioni climatiche. Questa ordinanza entrerà in vigore il 1° gennaio 2024.

10 3 In base al diritto transitorio, si prevede che queste nuove norme sulla trasparenza si applichino all'esercizio finanziario che inizia un anno dopo l'entrata in vigore, ossia l'esercizio finanziario 2023 (periodo di rendicontazione). Le prime relazioni sono quindi attese per la prima metà del 2024. Non è prevista una scadenza esplicita per la pubblicazione del rapporto sulle questioni non finanziarie, a differenza del rapporto sui pagamenti agli enti governativi e del rapporto sui minerali e metalli provenienti da aree di conflitto e sul lavoro minorile. Queste relazioni devono essere pubblicate elettronicamente entro sei mesi dalla fine dell'esercizio finanziario (art. 964g cpv. 1 e art. 964l cpv. 3 punto 1 nOR). La relazione sulle questioni non finanziarie, invece, deve essere approvata dall'assemblea generale (art. 964c cpv. 1 nOR). La relazione deve poi essere pubblicata immediatamente dal Consiglio di amministrazione (art. 964c cpv. 2 n. 1 nOR). Poiché l'assemblea generale degli azionisti deve svolgersi al più tardi sei mesi dopo la fine dell'esercizio sociale (art. 699 cpv. 2 CO), il termine dovrebbe essere solo

leggermente superiore a sei mesi. Se l'approvazione viene rifiutata, il termine non può essere rispettato.

Tuttavia, già nell'esercizio 2023 deve essere garantita la disponibilità delle informazioni richieste per la rendicontazione. Poiché il regolamento sulla rendicontazione delle questioni climatiche entra in vigore il 1° gennaio 2024 - cioè dopo che il primo periodo di rendicontazione è già stato completato - a nostro avviso questo regolamento deve essere osservato solo per l'esercizio 2024 (periodo di rendicontazione) e quindi si applica solo al rapporto sulle questioni climatiche da pubblicare nel primo semestre del 2025. Poiché la relazione sulle questioni non finanziarie - compresa quella sul clima - per l'esercizio finanziario 2023 sarà già pubblicata nella prima metà del 2024, si potrebbe sostenere che il regolamento sulla rendicontazione delle questioni climatiche debba essere rispettato già in questo momento. Tuttavia, chi segue questa interpretazione deve tenere presente che i dati necessari per la rendicontazione climatica devono essere raccolti già nel periodo di rendicontazione - per la maggior parte delle aziende nell'esercizio 2023 - cioè prima dell'entrata in vigore dell'ordinanza sulla rendicontazione dei cambiamenti climatici. A nostro avviso, tuttavia, non si deve presumere che questa normativa avrà un effetto anticipato. I requisiti che derivano solo dall'ordinanza e non direttamente dalla legge possono entrare in vigore solo a partire dal 1° gennaio 2024 (periodo di rendicontazione) e quindi per la rendicontazione del 2025. Non sono previste disposizioni transitorie al riguardo. Tuttavia, l'art. 4 cpv. 2 dell'ordinanza sulla comunicazione dei cambiamenti climatici stabilisce che la pubblicazione elettronica ai sensi dell'art. 964c cpv. 2 n. 1 CO deve essere effettuata almeno in un formato elettronico leggibile dall'uomo e in un formato elettronico leggibile dalla macchina e diffuso a livello internazionale; secondo la disposizione transitoria dell'art. 5, questo obbligo deve essere adempiuto solo un anno dopo l'entrata in vigore, ossia il 1° gennaio 2025. 10 4

Per gli emittenti stranieri, a meno che non preparino una relazione equivalente in base al diritto straniero, la SIX Swiss Exchange richiede anche una relazione su questioni non finanziarie analoga all'art. 964b CO per il periodo di rendicontazione che inizia il 1° gennaio 2023 o successivamente (art. 11 cpv. 7 e n. 7a Allegato DCG). Al contrario, la SIX Swiss Exchange non richiede alcuna rendicontazione in merito ai pagamenti alle agenzie 10 5

governative per le società produttrici di materie prime, ai minerali e ai metalli provenienti da aree di conflitto e al lavoro minorile.

10 6 Già nel medio termine potrebbero esserci dei cambiamenti in questo settore. L'Unione Europea potrebbe prevedere l'introduzione della responsabilità civile per le aziende. Il 10 marzo 2021, il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione su un progetto di direttiva sulla due diligence e la responsabilità delle imprese. Successivamente, il 23 febbraio 2022, la Commissione europea ha adottato una proposta di direttiva sulla due diligence aziendale per la sostenibilità. L'articolo 22 prevede la responsabilità civile.

V. QUESTIONI GIURIDICHE TRANSITORIE NON ESPLICITAMENTE PREVISTE DALLA LEGGE

10 7 Le singole disposizioni transitorie presentate sopra non regolano tutti gli aspetti del diritto transitorio. Per questo motivo, di seguito vengono esaminate altre aree in una prospettiva intertemporale. La parte generale del diritto transitorio, ovvero gli articoli da 1 a 4 dello SchlT ZGB, deve essere presa in considerazione (art. 1 cpv. 1 ÜBest; sopra n. 6 e segg.). Le questioni corrispondenti devono essere decifrate attraverso queste formule o meccanismi.

A. Formazione e modifica dello statuto di una cooperativa

10 8 Ai sensi dell'art. 830 nOR, la nuova legge richiede una certificazione pubblica per la costituzione di una cooperativa. In precedenza era sufficiente la forma scritta (cfr. art. 834 cpv. 1 CO). Anche tutte le modifiche allo statuto sono soggette a certificazione pubblica (art. 838a CO). In questi ambiti il diritto delle cooperative è stato armonizzato con quello delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata (cfr. art. 629 cpv. 1, art. 647, art. 777 e art. 780 CO). Inoltre, la delibera di scioglimento di una cooperativa - a differenza della società per azioni e della società a responsabilità limitata (art. 736 cpv. 1 n. 2 e art. 821 cpv. 2 CO) - non deve essere certificata pubblicamente (cfr. art. 911 cpv. 2 CO).

10 9 Non sono previsti periodi transitori per la costituzione e le modifiche dello statuto (cfr. anche n. 5). Di conseguenza, ci si chiede cosa succeda nel caso di costituzioni e modifiche statutarie deliberate prima del 1° gennaio 2023, ma la cui domanda o registrazione venga effettuata solo dopo il 1° gennaio 2023.

Secondo l'EHRA, la data di approvazione della delibera è correttamente decisiva. Se la delibera è stata approvata prima del 1° gennaio 2023, una domanda o una registrazione successiva al 1° gennaio 2023 non comporta un successivo obbligo di certificazione. Il parere dell'EHRA può essere giustificato dal fatto che, per quanto riguarda i requisiti formali, si applica la legge al momento della conclusione del negozio giuridico (tempus regit actum quoad formam). L'art. 50 SchlT ZGB afferma esplicitamente questo principio per i contratti. Questa norma attua quindi il principio di irretroattività ai sensi dell'art. 1 SchlT ZGB. Lo stesso dovrebbe quindi valere anche per la costituzione di cooperative e per le modifiche ai loro statuti. Ciò corrisponde anche alla possibilità di scomporre le singole fasi di una transazione, come auspicato di seguito al n. 118 e seguenti. 110

Sarebbe anche ipotizzabile il seguente punto di vista opposto: la cooperativa nasce con l'iscrizione nel registro delle imprese (art. 838 cpv. 1 CO). Ciò si basa sulla data di iscrizione nel registro giornaliero (cfr. art. 8 cpv. 3 lett. b ORC). Se l'atto costitutivo è stato redatto per iscritto prima del 1° gennaio 2023, ma la domanda viene presentata in un momento in cui l'iscrizione nel registro giornaliero non è più possibile prima del 1° gennaio 2023, non si può fare affidamento sul rispetto dei requisiti formali della costituzione. Il motivo è che la forma scritta non porta ancora alla costituzione della cooperativa (cfr. art. 838 cpv. 1 CO) e quindi non è stato acquisito alcun diritto o rapporto giuridico prima dell'entrata in vigore della revisione del diritto societario il 1° gennaio 2023 (cfr. art. 4 SchlT ZGB). Tuttavia, questa visione non corrisponde nemmeno alla visione organica qui respinta (cfr. infra, n. 118 e segg.). Con il collegamento uniforme dell'intero insieme di fatti, viene presa in considerazione solo la vecchia legge. In caso contrario, verrebbe violato il principio di irretroattività (cfr. infra n. 118). A nostro avviso, va seguita la prima tesi, sostenuta anche dall'EHRA (cfr. supra n. 110). 111

B. Acquisizioni in natura

Il nuovo diritto societario abolisce le disposizioni sulle acquisizioni di beni (cfr. tra l'altro gli artt. 628, 629 cpv. 2 n. 4, 631 cpv. 2 n. 6, 635 cpv. 1, 642, 650 cpv. 2 n. 5 aOR). Tuttavia, l'acquisto in natura deve essere indicato anche in caso di conferimento misto in natura e acquisto in natura (cfr. art. 634 cpv. 4 e art. 650 cpv. 2 n. 4 CO: "ogni ulteriore corrispettivo"). 112

11 3 Per i fatti rilevanti ai sensi del diritto societario avvenuti prima del 1° gennaio 2023, il vecchio diritto continuerà ad applicarsi anche dopo tale data (principio di irretroattività). Di conseguenza, la violazione delle disposizioni sull'acquisizione in natura commessa sotto la legge precedente non sarà sanata dall'entrata in vigore della revisione del diritto societario (cfr. Art. 1 cpv. 1 ÜBest in relazione all'Art. 1 cpv. 2 SchlT ZGB).

11 4 A nostro avviso, l'assemblea generale degli azionisti può abrogare le disposizioni statutarie derivanti dal vecchio diritto solo dopo dieci anni o in caso di rinuncia definitiva all'acquisizione di beni (art. 628 cpv. 4 aOR). L'EHRA, invece, è del parere che una cancellazione a seguito dell'abrogazione dell'art. 628 aOR sia possibile già prima della scadenza dei dieci anni.

C. Capitale sociale in valuta estera

11 5 A partire dal 1° gennaio 2023 è ammesso anche il capitale sociale in valuta estera rilevante per l'attività d'impresa (art. 621 cpv. 2 nOR). Le valute ammesse sono GBP, EUR, USD e JPY (art. 45a e allegato 3 ORC). Dopo l'incorporazione, l'assemblea generale può decidere un cambio di valuta con un quorum qualificato (art. 621 cpv. 3 e art. 704 cpv. 1 punto 9 nOR). A seconda del mandato, il cambio avviene o retroattivamente all'inizio dell'esercizio in corso o prospetticamente all'inizio dell'esercizio futuro. Se l'esercizio finanziario non coincide con l'anno solare, a nostro avviso non è possibile decidere un cambio di valuta retroattivo a una data precedente al 1° gennaio 2023. In linea di principio, la nuova legge si applica solo a partire dalla sua entrata in vigore (cfr. art. 1 cpv. 2 ÜBest). Il principio di irretroattività vieta fondamentalmente l'applicazione della nuova legge a una data precedente alla sua entrata in vigore. Non vi sono indicazioni che l'effetto retroattivo menzionato nel messaggio abbia carattere transitorio.

D. Pubblicazione successiva dello statuto

11 6 La legge riveduta prevede ora che gli swap debito-equity debbano essere riportati negli statuti (art. 634a cpv. 3 CO). Si tratta di stabilire se questa nuova indicazione negli statuti si applichi anche a circostanze verificatesi prima del 1° gennaio 2023. Alla luce del principio di irretroattività, la risposta è negativa. Anche in considerazione del rischio di false attestazioni, una pubblicazione retroattiva dello statuto non sarebbe giustificabile in questi casi.

Allo stesso modo, gli aumenti di capitale effettuati prima del 1° gennaio 2023 mediante conversione di capitale proprio liberamente utilizzabile (il cosiddetto aumento di capitale proprio; art. 652d CO) non devono essere successivamente riportati nello statuto. 117

E. Operazioni sul capitale

Il capitale sociale può essere aumentato o diminuito con diverse procedure. Queste operazioni possono essere suddivise in singole fasi o delibere. Queste fasi comprendono: delibere dell'assemblea generale e/o del consiglio di amministrazione, sottoscrizione delle azioni, pagamento, relazione sull'aumento di capitale, conferma della revisione contabile, preparazione del bilancio intermedio, richiamo del debito e deposito nel registro delle imprese. Queste fasi possono avvenire sia prima che dopo il 1° gennaio 2023. Si tratta ora di decidere se applicare la vecchia o la nuova legge. È possibile anche un collegamento transitorio alle singole fasi. L'insieme dei fatti al verificarsi dei quali deve verificarsi la conseguenza legale è tradizionalmente indicato come i fatti. È ora possibile scomporre i fatti nelle loro singole componenti (visione atomistica). È anche concepibile una connessione uniforme dell'intero insieme di fatti (concezione organica). Nella visione organica è possibile solo una connessione con la vecchia legge, perché altrimenti si violerebbe il principio di irretroattività. La concezione organica si caratterizza per la sua semplicità e praticabilità. 118

Poiché l'art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB parla di "fatti", ciò significa che il legislatore intertemporale consente la scomposizione nei singoli fatti, cioè una divisione. In linea di principio, la nuova legge dovrebbe essere applicata il prima possibile (art. 1, cpv. 2, ÜBest). Il principio di irretroattività non si applica ai fatti permanenti (cfr. sopra, n. 13). A nostro avviso, quindi, non è accettabile - in assenza di una speciale disposizione intertemporale - assoggettare l'intera operazione alla vecchia legge solo perché il primo passo è stato compiuto prima del 1° gennaio 2023. 119

A nostro avviso, le rispettive fasi successive al 1° gennaio 2023 sono soggette al nuovo diritto societario. Pertanto, le operazioni sul capitale sono suddivise nelle loro singole fasi (visione atomistica). La validità dei passaggi avvenuti prima del 1° gennaio 2023 continua a essere valutata secondo il vecchio diritto. Si tratta di fatti già avvenuti prima dell'entrata in vigore del nuovo 120

diritto societario, cioè fino al 31 dicembre 2022. Gli atti compiuti dopo il 1° gennaio 2023 sono disciplinati dalla nuova legge (cfr. art. 1 cpv. 3 SchlT ZGB).

1. Aumento di capitale

12 1 Il nuovo diritto societario prevede un termine di sei mesi per il deposito dell'aumento di capitale presso l'Ufficio del registro delle imprese (art. 650 cpv. 3 CO). Il vecchio diritto prevedeva solo un periodo di tre mesi per l'iscrizione dell'aumento di capitale presso l'Ufficio del Registro delle Imprese (art. 650 cpv. 3 aOR). Sebbene la formulazione parli di "registrazione", si è convenuto che l'iscrizione presso l'ufficio del registro di commercio fosse sufficiente. Si tratta di termini di decadenza. Si pone quindi la questione di quale termine si applichi se la delibera assembleare è stata approvata prima del 1° gennaio 2023. Poiché le disposizioni transitorie speciali non forniscono una risposta, si deve applicare l'art. 49 SchlT ZGB.

12 2 Nella sua forma attuale, l'art. 49 SchlT CC è entrato in vigore il 1° gennaio 2020 in occasione della revisione della legge sulla prescrizione. Sebbene il titolo marginale dell'art. 49 SchlT CC parli solo di "prescrizione", questa norma si applica anche ai problemi intertemporali dei termini di decadenza. Anche l'ex art. 49 cpv. 2 SchlT ZGB parla esplicitamente di "decadenza". L'art. 49 SchlT ZGB si applica in relazione ai termini di decadenza se non esiste una disposizione intertemporale indipendente nell'ambito del diritto pertinente. L'art. 49 SchlT CC è una lex specialis in relazione ai principi generali di cui agli artt. 1-4 SchlT CC.

12 3 Ai sensi dell'art. 49 cpv. 1 CC SchlT, la nuova legge si applica se il suo termine è più lungo di quello della legge precedente e la prescrizione o la decadenza ai sensi della legge precedente non si è ancora verificata. Ciò che è prescritto o decaduto rimane prescritto o decaduto. Tuttavia, l'inizio di un periodo di prescrizione o decadenza in corso non influisce sull'entrata in vigore della nuova legge (art. 49 cpv. 3 SchlT ZGB). Nel caso in esame, il termine per la registrazione dell'aumento di capitale si allunga. Se un aumento di capitale ordinario è stato deliberato prima del 1° gennaio 2023 e il periodo di registrazione di tre mesi non è ancora scaduto il 1° gennaio 2023, si può applicare il nuovo periodo di sei mesi. Tuttavia, il periodo di sei mesi decorre dal momento della delibera dell'assemblea generale approvata prima del 1° gennaio 2023 (art. 49 cpv. 3 SchlT ZGB). Secondo l'EHRA, solo il periodo di

tre mesi si applica a un aumento di capitale deliberato dall'assemblea generale nel 2022.

Per quanto riguarda le questioni transitorie relative all'acquisizione di attività, alla liberalizzazione della compensazione, al capitale sociale in valuta estera e all'aumento di capitale proprio, si veda il precedente n. 112 e seguenti. 124

2. Riduzione del capitale

Il richiamo del debito è stato modificato nel nuovo diritto societario. Ora è sufficiente un unico richiamo del debito nel FUSC (art. 653k cpv. 1 CO). Il vecchio diritto richiedeva invece tre richiami (art. 733 aOR). I creditori hanno ora trenta giorni di tempo dalla pubblicazione nel FUSC per richiedere una garanzia per i loro crediti (art. 653k cpv. 2 CO). In precedenza, ciò poteva essere fatto entro due mesi dalla terza pubblicazione nel FUSC. Il diritto alla garanzia esiste ora solo nella misura della riduzione della copertura precedente (art. 653k cpv. 2 nOR). Secondo la nuova legge, la domanda deve essere presentata per iscritto, indicando l'importo e i motivi legali della richiesta (art. 653k cpv. 1 CO). Inoltre, l'obbligo di fornire garanzie è ora esonerato se la riduzione non compromette l'adempimento di un credito (art. 653k cpv. 3 CO). Se la conferma di revisione è disponibile, si presume che l'adempimento del credito non sia compromesso (art. 653k cpv. 3 nOR). 125

Il richiamo del debito di una riduzione di capitale deliberata prima del 1° gennaio 2023 è, a nostro avviso, disciplinato dalla legge al momento della pubblicazione nel FUSC. In questo momento, il "fatto" corrispondente è realizzato con effetto giuridico transitorio. Di conseguenza, gli effetti giuridici del richiamo del debito sono ancora determinati secondo il vecchio diritto societario ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB. Tuttavia, in caso di pubblicazione nel FUSC dopo il 1° gennaio 2023, alle sue modalità si applica il nuovo diritto societario. Secondo l'EHRA, invece, se l'assemblea generale ha deliberato la riduzione del capitale nel 2022, la vecchia legge si applica anche al richiamo del debito. L'EHRA segue quindi il punto di vista organico, senza però affrontare esplicitamente la questione (cfr. sopra n. 118). 126

F. Legge sulla remunerazione

A parte l'art. 6 della ÜBest, non ci sono disposizioni transitorie speciali per la legge sulla remunerazione, che è stata ripresa dalla VegüV con alcuni 127

adattamenti. Anche in relazione alla legge sulle retribuzioni si pongono diverse questioni che non sono state esplicitamente disciplinate.

128 Per quanto riguarda la necessità di adeguare gli statuti, cfr. supra n. 48 e segg. e in particolare n. 49 e n. 55.

129 Per quanto riguarda l'adeguamento dei contratti di vecchia data, si veda il precedente n. 97 e segg. sull'art. 6 ÜBest. 1.

1. Relazione sulla remunerazione

130 Gli statuti delle società quotate in borsa devono contenere disposizioni sul numero di attività che i membri del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo e del comitato consultivo possono svolgere in funzioni analoghe presso altre società con scopo economico (art. 626 cpv. 2 n. 1 nOR; cfr. sopra n. 49). Sebbene una disposizione simile fosse già prevista dall'art. 12 cpv. 1 n. 1 OaEC, ora si basa sullo scopo economico dell'altra società e non più sulla sua iscrizione nel registro delle imprese.

131 La situazione specifica di queste attività presso altre società (mandati di terzi) deve essere riportata nella relazione sulla remunerazione. La relazione sulla remunerazione deve indicare le funzioni dei membri del consiglio di amministrazione, del comitato esecutivo e del comitato consultivo in altre società ai sensi dell'art. 626 par. 2 fig. 1 nOR (art. 734e par. 1 nOR). Le informazioni devono includere il nome del membro, il nome della società e la funzione esercitata (art. 734e cpv. 2 nOR).

132 Questo requisito di trasparenza è nuovo o non era incluso nell'OaEC. Pertanto, si pone la questione intertemporale se queste nuove informazioni richieste debbano già essere inserite nella relazione sulla remunerazione, anche se l'art. 626 cpv. 2 punto 1 CO non è ancora stato inserito nello statuto nella nuova forma richiesta - ossia con riferimento allo scopo economico - a causa del periodo di transizione di due anni (cfr. sopra n. 49).

133 La norma dell'art. 734e cpv. 1 CO si riferisce direttamente al contenuto dello statuto richiesto dall'art. 626 cpv. 2 n. 1 CO. Sono quindi ipotizzabili due argomentazioni. L'una o l'altra sostiene che la relazione sulla remunerazione non deve riportare il contenuto corrispondente fino a quando lo statuto non è stato modificato - certamente entro il periodo transitorio di due anni (art. 2 ÜBest; sopra n. 25 e segg.). In alternativa, la disposizione sulla trasparenza può

essere considerata indipendente dal contenuto effettivo dello statuto in virtù di un riferimento diretto alla legge. La prima argomentazione è da preferire per stabilire la coerenza tra lo statuto e la relazione sulla remunerazione, nonché per ragioni di praticabilità a favore della società.

2. Voto prospettico sulla remunerazione variabile

L'art. 735 del Codice delle obbligazioni svizzero disciplina il voto dell'assemblea generale delle società quotate in borsa sulle remunerazioni. In termini di contenuto, l'art. 18 VegüV è stato in gran parte trasferito nel diritto statutario. Nuovo è l'art. 735 cpv. 3 n. 4 CO, secondo il quale, se la remunerazione variabile viene votata in modo prospettico, la relazione sulla remunerazione deve essere presentata all'assemblea generale dell'anno successivo per una votazione consultiva. 13 4

Mentre l'art. 31 OaEC prevedeva disposizioni intertemporali sulla relazione sulla remunerazione e sulle votazioni sulla remunerazione, l'art. 735 CO non contiene una disposizione simile. Il voto consultivo sulla relazione sulla remunerazione in caso di votazioni prospettiche preventive sulla remunerazione variabile è obbligatorio e si applica come legge obbligatoria anche senza inclusione nello statuto. Ciò significa che, a partire dal 1° gennaio 2023, la relazione sulla remunerazione deve essere sottoposta a un voto consultivo obbligatorio da parte dell'assemblea generale degli azionisti se la remunerazione variabile è stata votata in modo prospettico (cfr. Art. 1 cpv. 3 SchlT ZGB e Art. 1 cpv. 2 ÜBest). Poiché ciò corrisponde alla precedente best practice prevista dal VegüV, nella pratica non dovrebbe cambiare molto. 13 5

L'art. 154, cpv. 2, lettera c, cpv. 3, del Codice Civile prevede, come successore leggermente modificato dell'art. 24, cpv. 2, lettera 3, lettera b, del VegüV, la punizione dei membri del consiglio di amministrazione che impediscono all'assemblea generale degli azionisti di votare la remunerazione stabilita dal consiglio di amministrazione per se stesso, per il comitato esecutivo e per il comitato consultivo. L'impedimento del voto consultivo di cui sopra rientra quindi anche in questo reato. 13 6

3. Importo aggiuntivo

Nel caso in cui l'assemblea generale degli azionisti voti in modo prospettico sulla remunerazione del consiglio di amministrazione, lo statuto può prevedere un importo aggiuntivo per la remunerazione delle persone che 13 7

vengono nominate di recente come membri del consiglio di amministrazione dopo la votazione. L'importo aggiuntivo può ora essere utilizzato solo per la remunerazione dei nuovi membri del consiglio esecutivo e non, come in precedenza, anche per le promozioni interne (cfr. art. 19 cpv. 1 VegüV e art. 735a cpv. 1 nOR). Tuttavia, le corrispondenti disposizioni statutarie rimangono in vigore per due anni, ossia fino al 31 dicembre 2024 (art. 2 cpv. 2 ÜBest). Il periodo transitorio di due anni si applica in questo caso perché si tratta di un'area che poteva essere regolamentata per legge prima del 1° gennaio 2023 (cfr. in dettaglio sopra, n. 32 e segg.). Di conseguenza, a partire dal 1° gennaio 2025 non potrà essere corrisposta alcuna retribuzione a titolo di importo aggiuntivo per le promozioni.

4. Durata dei contratti di retribuzione

13 8 Ai sensi dell'art. 735b cpv. 1 CO, la durata dei contratti su cui si basa la remunerazione dei membri del Consiglio di amministrazione non può superare la durata del mandato - in concreto un anno in ciascun caso. La durata dei contratti a tempo determinato e il periodo di preavviso dei contratti a tempo indeterminato alla base della remunerazione dei membri del Consiglio di amministrazione e del Consiglio consultivo non possono superare un anno (art. 735b cpv. 2 nOR). I contratti di remunerazione con i membri del Consiglio di amministrazione possono quindi essere stipulati validamente solo da un'assemblea generale all'altra, come il mandato. Ogni rielezione fa scattare nuovamente questo periodo. In termini di diritto transitorio, ciò significa due cose. In primo luogo, le disposizioni statutarie contraddittorie devono essere modificate entro un periodo di due anni, altrimenti decadono automaticamente (cfr. art. 2 cpv. 2 ÜBest; cfr. n. 32 sopra). In secondo luogo, anche i contratti esistenti in contrasto con la legge devono essere modificati entro due anni dall'entrata in vigore della nuova legge. Se l'azienda vuole evitare di essere vincolata da contratti in contrasto con lo statuto, i due punti citati devono essere conciliati. Dopo la scadenza di questo periodo di due anni, le disposizioni della nuova legge sono applicabili a tutti i contratti (art. 6 ÜBest). Ciò significa che i suddetti termini diventano legge obbligatoria che prevale sui contratti corrispondenti (cfr. art. 20 cpv. 2 CO). Se si vuole evitare questa interferenza nei contratti, è necessario un adattamento preventivo del contratto.

G. Diritto di informazione e ispezione e indagini speciali

Sono state apportate modifiche anche al diritto di informazione e di ispezione e all'indagine speciale (ad esempio, nuove soglie). È discutibile se queste modifiche si applichino anche ai fatti avvenuti prima del 1° gennaio 2023. Questo deve essere confermato. Si applica la sentenza della Corte Suprema Federale citata sopra al n. 44, secondo la quale la revisione speciale di allora si applicava anche ai fatti avvenuti prima del 1° luglio 1992. Tuttavia, la valutazione giuridica di questi fatti si basa sul vecchio diritto in virtù del principio di irretroattività. 139

H. Luogo di riunione all'estero

Prima del 1° gennaio 2023, un'assemblea generale poteva tenersi all'estero senza una disposizione statutaria - nei limiti del divieto di abuso di diritto. Dal 1° gennaio 2023, la base statutaria e la designazione di un delegato indipendente sono obbligatorie nell'avviso di convocazione (art. 701b cpv. 1 CO). L'introduzione di questa disposizione nello statuto richiede un quorum qualificato (art. 704 cpv. 1 punto 11 CO). 140

Ciò solleva la questione se le società (sulla base dell'art. 2 cpv. 2 ÜBest) possano continuare a tenere le assemblee generali all'estero per due anni senza una base statutaria e senza voto per delega indipendente. La nuova legge si applica in linea di principio alle società esistenti a partire dal 1° gennaio 2023 (art. 1 cpv. 2 ÜBest; sopra n. 22 s.). L'eccezione corrispondente nell'Art. 2 ÜBest si applica solo agli statuti e ai regolamenti (cfr. n. 31 sopra). La prassi della società, prevista dalla vecchia legge, di tenere l'assemblea generale in una sede estera senza una delega indipendente non potrà quindi più essere mantenuta a partire dal 1° gennaio 2023 - senza una base nello statuto. Una delibera che viola i requisiti della nuova legge è impugnabile (art. 706 cpv. 1 CO). Pertanto, l'ufficio del registro di commercio deve registrare una delibera dell'assemblea generale con sede all'estero - a condizione che venga bloccata nel registro (cfr. sopra n. 69). 141

Si pone inoltre la questione se le disposizioni statutarie di diritto previgente relative a una sede estera dell'assemblea, introdotte prima del 1° gennaio 2023 con un quorum semplice, siano sufficienti. In virtù del principio di irretroattività, tale disposizione statutaria è sufficiente a partire dal 1° gennaio 2023. 142

I. Decisione con voto decisivo dell'Assemblea generale

14 3 Ai sensi dell'art. 703 cpv. 2 CO, lo statuto può prevedere un voto decisivo in caso di parità di voti. Una disposizione corrispondente nello statuto deve essere introdotta con il quorum qualificato (art. 704 cpv. 1 punto 10 nOR). Già con la vecchia legge, in linea di principio, il voto del presidente poteva essere decisivo in caso di parità di voti. A differenza della nuova legge, una disposizione corrispondente nello statuto potrebbe essere introdotta con un quorum semplice (art. 704 aOR e contrario).

14 4 In relazione al voto decisivo, si pone la questione se le disposizioni statutarie introdotte prima del 1° gennaio 2023 in materia di voto decisivo siano valide dopo il 1° gennaio 2023 se sono state introdotte solo con un quorum semplice. In base al principio di irretroattività, la disposizione statutaria rimane valida dopo il 1° gennaio 2023 se è stata adottata con un quorum semplice prima di tale data.

14 5 Anche secondo la nuova legge, il voto decisivo non è possibile, come in precedenza, se la valutazione del diritto di voto in base al capitale è obbligatoria (cfr. art. 693 cpv. 3 e art. 704 CO). Ciò deriva, tra l'altro, dal fatto che la base giuridica è stata introdotta nel cpv. 2 dell'art. 703 CO, che regola il quorum semplice. L'art. 703 cpv. 2 CO è stato introdotto solo dal Parlamento. Una discussione corrispondente sulla relativizzazione del voto decisivo in relazione alla misurazione obbligatoria dei diritti di voto in base al capitale non ha avuto luogo nei consigli.

14 6 Nel caso della GmbH, non si pongono problemi giuridici transitori in questo contesto. Già in base al vecchio diritto, il voto decisivo nell'assemblea degli azionisti era consentito (art. 808a CO). Tuttavia, come nel caso di una società per azioni, il voto decisivo non viene utilizzato nella valutazione obbligatoria dei diritti di voto in base al capitale (cfr. art. 806 cpv. 3 e art. 808b CO). L'introduzione del voto decisivo non richiede nemmeno un quorum qualificato ai sensi della nuova legge (cfr. art. 808b CO). A nostro avviso, questa discrepanza con il diritto societario non è giustificata.

J. Bilancio intermedio

14 7 Lo scopo dell'art. 960f CO è quello di raggiungere una certa uniformità per i bilanci intermedi nel diritto societario. Nello stesso processo sono state abolite alcune disposizioni speciali (ad esempio l'art. 11 cpv. 2, l'art. 35 cpv. 2 e

l'art. 58 cpv. 2 aFusG). Tuttavia, la normativa legale non può elencare tutte le caratteristiche speciali del bilancio intermedio che derivano dal motivo di preparazione e dallo scopo di utilizzo. Nella pratica se ne terrà conto caso per caso.

Il bilancio intermedio può essere necessario, ad esempio, nelle seguenti situazioni: 148

- Riduzione del capitale (art. 653l CO);
- Pagamento di un acconto sui dividendi (art. 675a CO);
- Fusione (art. 11 cpv. 1, art. 80 e art. 89 LFus);
- Scissione (art. 35 cpv. 1 LFus);
- conversione (art. 58 cpv. 1 LFus);
- sovraindebitamento (art. 725b nOR).

L'art. 960f cpv. 1 CO prescrive che il bilancio intermedio deve essere redatto in conformità alle disposizioni che regolano il bilancio annuale. Non è quindi più possibile redigere un bilancio intermedio semplificato, nonostante le semplificazioni e le abbreviazioni ai sensi dell'art. 960f cpv. 2 CO. 149

In termini di tempistica, si pone la questione di quando il bilancio intermedio debba essere redatto ai sensi dell'art. 960f CO. Per le situazioni che si verificano dopo il 1° gennaio 2023 e che richiedono un bilancio intermedio, si applica chiaramente l'art. 960f CO (cfr. art. 1 cpv. 2 ÜBest). Per le situazioni già iniziate prima del 1° gennaio 2023, riteniamo che valga anche quanto già detto per le operazioni sul capitale, secondo cui si può procedere a una scomposizione in singole fasi (visione atomistica; per i dettagli si veda sopra n. 118 e segg.). Il fattore decisivo è la firma del bilancio intermedio da parte del presidente del massimo organo di gestione e amministrazione e della persona responsabile del bilancio intermedio all'interno della società (cfr. art. 960f cpv. 3 CO). Anche la revisione del bilancio intermedio è una nuova fase che non è rilevante per determinare la legge applicabile al bilancio intermedio in termini di diritto transitorio. 150

Un bilancio intermedio di vecchia data o un bilancio intermedio redatto o firmato prima del 1° gennaio 2023 (sopra al n. 150) rimane valido. A nostro avviso, l'Ufficio del Registro delle Imprese dovrebbe accettare tali bilanci 151

intermedi in caso di riduzioni e ristrutturazioni di capitale anche per i depositi o le registrazioni successivi al 1° gennaio 2023.

15 2 Il sovraindebitamento è un fatto permanente (sopra al n. 99 e sotto al n. 162). Pertanto, la nuova legge si applica in linea di principio (sopra n. 13). Tuttavia, in caso di sovraindebitamento, l'azione deve essere intrapresa con la dovuta tempestività (art. 725b cpv. 6 nOR). Pertanto, non sarebbe pratico richiedere un nuovo bilancio intermedio ai sensi dell'art. 960f nOR, che dovrebbe comunque essere sottoposto a revisione (cfr. art. 725b cpv. 2 nOR). A nostro avviso, è sufficiente un bilancio intermedio di vecchia data.

K. Formazione di riserve e dividendi

15 3 Le nuove disposizioni sulla costituzione di riserve e sulla distribuzione di dividendi si applicano senza limitazioni a partire dal 1° gennaio 2023, ossia in particolare anche al risultato d'esercizio 2022 (art. 1 cpv. 2 OBest; cfr. art. 671 e segg: Art. 671 e seguenti, Art. 674, Art. 675 cpv. 3 nOR).

15 4 Pertanto, una seconda assegnazione alla riserva legale non è più necessaria per l'utile generato nell'esercizio 2022, anche se è stato distribuito un dividendo del 5% come partecipazione agli utili (cfr. Art. 671 cpv. 2 punto 3 aOR).

L. Diritto di ristrutturazione

15 5 A partire dal 1° gennaio 2023 si applica in linea di principio il nuovo diritto di ristrutturazione ai sensi degli artt. 725 e segg. aOA (cfr. art. 1 cpv. 2 ÜBest). Solo per la sospensione del fallimento ai sensi dell'art. 725a aOR è prevista una disposizione nell'art. 5 ÜBest che fa prevalere la vecchia legge anche dopo il 1° gennaio 2023 (sopra n. 93 e segg.).

1. Imminente insolvenza

15 6 Sia nel vecchio che nel nuovo diritto, il consiglio di amministrazione ha il dovere di pianificare, gestire e controllare la liquidità e la solvibilità della società (cfr. art. 716a cpv. 1 punto 3 CO/nOR). D'altra parte, i fatti di imminente insolvenza ai sensi dell'art. 725 CO/nOR sono ora esplicitamente elencati nella legge, sottolineando così l'importanza della liquidità o della solvibilità. Se la società rischia di diventare insolvente, il consiglio di amministrazione adotta misure per garantire la solvibilità (art. 725 cpv. 2 nOR). Se necessario, adotta

ulteriori misure di riorganizzazione della società o propone tali misure all'assemblea generale degli azionisti, se di competenza di quest'ultima. Se necessario, presenta una domanda di moratoria (art. 725 cpv. 2 CO). Questo obbligo sussiste anche se l'imminente insolvenza è dovuta a fatti avvenuti prima del 1° gennaio 2023 e continua. L'imminente insolvenza è un fatto permanente che viene valutato secondo la nuova legge a partire dal 1° gennaio 2023 (cfr. n. 13 sopra).

2. Perdita di capitale

La perdita di capitale è ora disciplinata dall'art. 725a nOR. Rispetto alla vecchia legge, la base di calcolo è stata esplicitamente ridotta alla parte non distribuibile delle riserve legali (cfr. art. 725a nOR). In base alla vecchia legge, la dottrina e la prassi prevalente ritenevano determinante l'intera riserva generale, compresa la parte distribuibile. Sebbene il testo di legge basi la determinazione della perdita di capitale sull'ultimo bilancio annuale, l'opinione prevalente è che la perdita di capitale possa verificarsi anche durante l'esercizio o debba essere determinata dal consiglio di amministrazione. Se prima del 1° gennaio 2023 esisteva una perdita di capitale secondo il calcolo sull'intera riserva generale, ossia secondo parte della dottrina sull'art. 725 cpv. 1 aOR, la nuova base di calcolo si applicherà sicuramente a partire dal 1° gennaio 2023. Se con il nuovo calcolo non si verifica una perdita di capitale, il Consiglio di amministrazione non incorre in alcun obbligo dovuto a una perdita di capitale. 157

La nuova legge non prevede più la convocazione obbligatoria dell'assemblea generale (cfr. art. 725a cpv. 1 CO). L'assemblea generale deve essere convocata solo se le misure per rimediare alla perdita di capitale sono di sua competenza (art. 725a cpv. 1 nOR in fine). 158

A nostro avviso, se la perdita di capitale si è verificata poco prima del 1° gennaio 2023, non è più obbligatorio convocare l'assemblea generale dopo il 1° gennaio 2023. A nostro avviso, l'esistenza di una minusvalenza è un fatto permanente che sarà valutato in base alla nuova legge a partire dal 1° gennaio 2023 (cfr. n. 13 sopra). 159

In caso di perdita di capitale, la nuova legge prevede che, anche in caso di opting-out, l'ultimo bilancio annuale sia sottoposto a una revisione limitata da parte di un revisore abilitato prima della sua approvazione da parte 160

dell'assemblea generale (art. 725a cpv. 2 CO). Se il consiglio di amministrazione presenta una domanda di moratoria, questo obbligo non si applica (art. 725a cpv. 3 CO). A nostro avviso, ciò vale anche per il bilancio dell'esercizio 2022 perché, come detto, la minusvalenza costituisce un fatto permanente (cfr. sopra n. 159).

3. Sovraindebitamento

16 1 La nuova legge disciplina il sovraindebitamento all'art. 725b CO. Il concetto e la fattispecie del sovraindebitamento rimangono invariati. D'altra parte, l'art. 725 cpv. 4 n. 2 CO prevede ora espressamente il risanamento tacito. La notifica al tribunale può essere omessa a condizione che vi sia la ragionevole prospettiva (i) che il sovraindebitamento possa essere rimosso entro un periodo di tempo ragionevole, ma non oltre novanta giorni dalla presentazione del bilancio intermedio certificato, e (ii) che i crediti dei creditori non siano ulteriormente compromessi.

16 2 Il sovraindebitamento è una situazione permanente. Pertanto, in linea di principio, la nuova legge si applica a partire dal 1° gennaio 2023 (cfr. supra n. 13 e n. 99 [sulla regola speciale per la subordinazione]). Il termine massimo di novanta giorni si applica quindi anche al sovraindebitamento verificatosi prima del 1° gennaio 2023. Tuttavia, i giorni maturati prima del 1° gennaio 2023 devono essere presi in considerazione. In primo luogo, la fattispecie non può essere scomposta in singole fasi, per cui è necessario un collegamento uniforme alla nuova legge dal punto di vista intertemporale (cfr. sulla scomposizione in singole fasi supra n. 118 e segg.). In secondo luogo, questo risultato viene raggiunto attraverso un elemento teleologico di interpretazione. La tutela dei creditori in caso di sovraindebitamento della società impone di non attendere oltre, non includendo i giorni maturati prima del 1° gennaio 2023 nel calcolo del termine massimo di novanta giorni ai sensi dell'art. 725 cpv. 4 n. 2 CO.

16 3 In base al vecchio diritto, la prassi dei tribunali nel concedere un periodo di tolleranza era più flessibile e in alcuni casi più generosa dell'attuale norma dell'art. 725 cpv. 4 n. 2 CO con un termine massimo di novanta giorni. In un caso complesso, il Tribunale commerciale del Cantone di Zurigo ha addirittura concesso un periodo di tolleranza di otto mesi. La dottrina ritiene che il termine massimo di novanta giorni sia troppo breve per i casi complessi. Nel contesto del diritto transitorio, è discutibile come trattare i casi complessi

il cui sovraindebitamento si verifica prima del 1° gennaio 2023 e continua sotto la nuova legge. Poiché non è prevista alcuna eccezione transitoria, in linea di principio si applica il termine massimo di novanta giorni previsto dalla nuova legge. Come già affermato al n. 162, il sovraindebitamento è una situazione permanente, per la cui valutazione si applica la nuova legge (si vedano anche i precedenti n. 13 e n. 99).

M. Azioni di diritto societario

Il diritto societario prevede diverse azioni. Queste servono a rimediare a condizioni illegali o a ottenere la restituzione di benefici o il risarcimento di danni. Dal punto di vista del diritto transitorio, sono di primario interesse le questioni sorte prima del 1° gennaio 2023, cioè sotto il vecchio diritto, ma che saranno proposte solo dopo tale data, cioè sotto il nuovo diritto, e saranno quindi giudicate dai tribunali. 164

Di seguito vengono presentati gli aspetti rilevanti di queste azioni. In assenza di norme speciali, per risolvere le questioni di diritto transitorio si devono consultare le norme generali di cui agli artt. 1-4 del Codice civile (cfr. art. 1 cpv. 1 delle Norme transitorie; sopra n. 7 e segg.). Tuttavia, queste norme non si applicano al diritto processuale. Nel diritto processuale civile, i procedimenti in corso vengono portati avanti secondo il vecchio diritto processuale nell'istanza interessata e il nuovo diritto processuale viene applicato in qualsiasi procedimento di appello (cfr. Art. 404 f. CPC). Di seguito vengono presentati gli aspetti del diritto sostanziale per i quali non si applicano le disposizioni transitorie del CPC. La revisione del CPC ha comportato solo lievi modifiche al Codice (cfr. Art. 5 cpv. 1 lett. g e Art. 250 lett. c nZPO). Per questo motivo, le disposizioni transitorie del CPC non dovrebbero avere un ruolo troppo importante nel caso in esame. 165

1. Azione di restituzione

La revisione del diritto societario comporta modifiche all'azione di restituzione, che sollevano le seguenti questioni transitorie: 166

L'ambito personale o la legittimazione passiva dell'azione di restituzione viene notevolmente ampliata. Ai sensi dell'art. 678 cpv. 1 NOR, l'azione di restituzione riguarda ora anche i membri del consiglio di amministrazione, del consiglio consultivo e degli organi materiali e di fatto ("persone coinvolte nel 167

consiglio di amministrazione"). Le restituzioni ingiustificate del capitale sociale e delle riserve di utili, nonché le remunerazioni inammissibili, rientrano ora nell'ambito materiale dell'azione di restituzione (cfr. art. 678 cpv. 1 CO). Il principio di irretroattività ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB implica che l'estensione del campo di applicazione personale e materiale si applica solo alle prestazioni a partire dal 1° gennaio 2023 (cfr. anche art. 1 cpv. 2 ÜBest). A nostro avviso, ai sensi dell'art. 2 SchlT ZGB non vi è neppure alcuna eccezione al principio di irretroattività, in quanto il nuovo diritto societario non contiene disposizioni stabilite per l'ordine pubblico e il buon costume (cfr. n. 18 supra).

168 Da un punto di vista materiale, la nuova legge rinuncia al requisito della malafede (cfr. art. 678 cpv. 1 aOR). Tuttavia, l'art. 678 cpv. 3 CO fa riferimento all'art. 64 CO. Ai sensi dell'art. 64 CO, il convenuto può opporsi alla restituzione facendo valere che al momento della restituzione non vi era più alcun arricchimento, a meno che l'alienazione non sia avvenuta in buona fede o la restituzione non fosse prevedibile. La circostanza della mancanza di arricchimento deve essere provata dalla persona potenzialmente tenuta alla restituzione (art. 678 cpv. 3 CO in combinato disposto con l'art. 64 CO: "arricchimento dimostrabile"). Art. 64 CO: "comprovatamente non più arricchito al momento della restituzione"). Per contro, si presume la buona fede della persona tenuta alla restituzione (art. 3 cpv. 1 CC). Di conseguenza, secondo la nuova legge, chiunque si sia ancora arricchito al momento del recupero - indipendentemente dalla buona o cattiva fede - è tenuto alla restituzione.

169 Inoltre, l'evidente sproporzione rispetto alla situazione economica dell'azienda non è più un elemento costitutivo (cfr. art. 678 cpv. 2 aOR e art. 678 cpv. 2 nOR).

170 Per le prestazioni ricevute prima del 1° gennaio 2023, si applica il vecchio diritto per quanto riguarda il requisito della malafede (n. 168 supra) e la situazione economica dell'azienda (n. 169 supra). Ciò deriva dal principio di irretroattività (art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB; in generale sopra n. 11 e segg.). L'art. 678 CO parla di riferimento. Dal punto di vista del diritto transitorio, il fatto decisivo è quindi la ricezione della prestazione e non un'eventuale transazione di obblighi. In assenza del diritto di rappresentanza, il negozio d'obbligazione di solito non viene comunque a esistenza o sarebbe comunque nullo.

Un'opinione diversa potrebbe essere raggiunta se l'arricchimento che porta alla restituzione è qualificato come un fatto permanente. Nel caso di fatti permanenti, la nuova legge si applica dal momento della sua entrata in vigore (cfr. supra, n. 13). Tuttavia, l'arricchimento si è verificato al momento della revoca e il fatto corrispondente si è quindi concretizzato o completato in questo momento. Di conseguenza, a nostro avviso, non esiste un fatto permanente. 17 1

L'assemblea generale degli azionisti può decidere che la società intraprenda un'azione di restituzione (art. 678 cpv. 5 frase 1 NOR). Nel farlo, può affidare al consiglio di amministrazione o a un suo rappresentante la conduzione del procedimento (art. 678 cpv. 5 frase 2 CO). Un meccanismo procedurale analogo si riscontra nella revisione speciale. Dopo l'introduzione della revisione speciale, il Tribunale federale ha stabilito che essa si applica anche ai fatti precedenti alla sua entrata in vigore (n. 44 sopra). Per analogia, si può quindi sostenere che l'assemblea generale abbia questa competenza anche per le azioni di restituzione relative a fatti avvenuti prima del 1° gennaio 2023. Tuttavia, i requisiti sostanziali dell'azione di restituzione sono valutati in base alla vecchia legge, in virtù del principio di irretroattività (cfr. art. 1, cpv. 1, dello SchlT ZGB; cfr. anche il precedente n. 44). Un risultato diverso potrebbe essere raggiunto sostenendo che le persone responsabili della restituzione confidavano di poter essere citate in giudizio dalla società solo se il consiglio di amministrazione avesse deciso in tal senso (cfr. Art. 678 cpv. 3 CO). Il Tribunale federale non aveva tutelato tale fiducia in una costellazione simile. Pertanto, come già menzionato, una situazione di fatto verificatasi prima dell'entrata in vigore dell'allora revisione speciale poteva essere indagata mediante una revisione speciale (n. 44 sopra). 17 2

La nuova legge disciplina ora la prescrizione in modo più completo e conforme al nuovo termine di prescrizione di cui all'art. 678a nOR. La vecchia legge prevedeva in ogni caso un termine di cinque anni dal ricevimento della prestazione (art. 678 cpv. 4 aOR). Ora è previsto un termine relativo di tre anni dalla conoscenza. È previsto un termine assoluto di dieci anni dal momento in cui sorge la richiesta di restituzione (art. 678a cpv. 1 nOR). Nell'art. 678a cpv. 2 CO, il termine di prescrizione è coordinato con il termine di prescrizione penale, come di consueto nel diritto della prescrizione. 17 3

Per le questioni intertemporali legate alla prescrizione, l'art. 49 SchlT ZGB si applica come lex specialis (cfr. sopra n. 121 e segg.). La nuova legge ha 17 4

introdotto un periodo più breve rispetto alla legge precedente con il termine relativo di tre anni. Per contro, il periodo assoluto di dieci anni è più lungo di quello della legge precedente. Per quanto riguarda il periodo triennale più breve, si applica la legge precedente (art. 49 cpv. 2 SchlT ZGB). Pertanto, il periodo relativo di tre anni si applica solo alle prestazioni ingiustificate ricevute a partire dal 1° gennaio 2023, poiché il periodo di cinque anni ai sensi dell'art. 678 cpv. 4 aOR è più lungo. L'art. 49 cpv. 1 SchlT ZGB è determinante per il termine più lungo di dieci anni e, se del caso, per un termine più lungo dovuto a un reato. Se il termine di prescrizione di cinque anni ai sensi dell'art. 678 cpv. 4 aOR non è ancora entrato in vigore, si applicano i suddetti termini della nuova legge. In caso contrario, l'entrata in vigore dei nuovi termini di prescrizione non influisce sull'inizio del periodo di prescrizione in corso (cfr. art. 49 cpv. 3 SchlT ZGB; cfr. anche il precedente n. 123).

17 5 Il termine di prescrizione è sospeso durante il procedimento per l'ordine di un'indagine speciale e la sua esecuzione (art. 678a cpv. 1 NOR in fine). Questa sospensione non è né specificamente disciplinata dal diritto transitorio né contemplata dall'art. 49 SchlT ZGB. Ai sensi dell'art. 49 cpv. 4 SchlT ZGB, la nuova legge si applica a partire dall'entrata in vigore - a meno che non sia specificamente disciplinata (cfr. anche l'art. 1 cpv. 2 ÜBest; cfr. sopra n. 22 s.). A nostro avviso, la sospensione del termine si applica anche a partire dal 1° gennaio 2023 se l'indagine speciale è stata ordinata o avviata prima del 1° gennaio 2023 (cfr. anche l'analoga costellazione nell'azione di responsabilità di cui al successivo n. 181). In virtù del principio di irretroattività, la sospensione di un procedimento o di un'indagine speciale avviata prima del 1° gennaio 2023 non si verifica certamente prima del 1° gennaio 2023 (art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB). Inoltre, si tratta di una questione permanente, per cui la nuova legge si applica a partire dal 1° gennaio 2023 e il principio di irretroattività è irrilevante (cfr. sopra n. 13).

17 6 In caso di fallimento della società, l'art. 757 CO si applica mutatis mutandis (art. 678 cpv. 6 CO). Questa disposizione facilita l'acquisizione del diritto di azione da parte dei creditori della società. Non è necessaria una richiesta di cessione, una delibera della seconda assemblea dei creditori e un'ordinanza di cessione dell'amministrazione fallimentare. Il contenuto è lo stesso di un'azione basata sulla cessione ai sensi dell'art. 260 LEF. È necessario che l'amministrazione fallimentare rinunci a far valere il credito e che il credito della società creditrice sia stato riunito. Inoltre, l'art. 678 cpv. 6 nOR prevede

che in futuro anche gli azionisti possano intentare un'azione di restituzione se l'amministrazione fallimentare vi rinuncia. L'art. 678 cpv. 6 nOR e il suo riferimento all'art. 757 CO è una modalità procedurale che si applicherà dal 1° gennaio 2023 anche ai pagamenti avvenuti prima del 1° gennaio 2023. La valutazione sostanziale si basa sul vecchio diritto in virtù del principio di irretroattività (cfr. art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB; cfr. sopra n. 172).

2. Azione di responsabilità

Dal punto di vista del diritto transitorio, le azioni di responsabilità devono essere esaminate essenzialmente in base alla prescrizione. La responsabilità nell'ambito del diritto societario, ossia la responsabilità dei fondatori (art. 753 CO), la responsabilità per l'amministrazione, la gestione e la liquidazione (art. 754 CO) e la responsabilità dei revisori (art. 755 CO) sono soggette alla disposizione comune dell'art. 760 nOR sulla prescrizione. Questo articolo ha subito due modifiche. 177

Il relativo termine di prescrizione è stato ridotto da cinque a tre anni. Di conseguenza, la richiesta di risarcimento danni nei confronti delle persone responsabili è soggetta a un termine di prescrizione di tre anni a partire dal giorno in cui la parte o le parti lese sono venute a conoscenza del danno e della persona tenuta al risarcimento (art. 760 cpv. 1 CO). Il messaggio spiega questo adeguamento con ragioni di standardizzazione e semplificazione, nonché con l'adeguamento al concetto dell'attuale revisione della legge sulla prescrizione, per cui lo stesso termine di prescrizione relativo dell'azione di restituzione (cfr. n. 173 supra) e dell'azione di responsabilità nel diritto cooperativo (art. 919 cpv. 1 NOR) sarebbe di tre anni. Nel caso della GmbH, la responsabilità ai sensi del diritto societario si applica grazie al riferimento dell'Art. 827 CO. Si tratta di un riferimento dinamico alla rispettiva legge applicabile. 178

In assenza di una disposizione speciale di diritto transitorio, l'art. 49 SchlT ZGB si applica ai termini di prescrizione (cfr. già sopra n. 121 s.). Se la nuova legge prevede un termine più breve, si applica la legge precedente ai sensi dell'art. 49 cpv. 2 SchlT ZGB. La revisione del diritto societario ha ridotto il relativo termine di prescrizione. Pertanto, il termine di cinque anni continua ad applicarsi alle cause di vecchia data. A nostro avviso, le cause di vecchia data sussistono nel caso di fatti che si sono verificati prima del 1° gennaio 2023. Ciò vale indipendentemente dal fatto che la parte lesa sia venuta a 179

conoscenza dei fatti prima o dopo il 1° gennaio 2023. Il principio della "lex mitior" ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 e dell'art. 389 CP, noto nel diritto penale, non si applica al diritto della responsabilità civile. Pertanto, un autore di un illecito non può pretendere di beneficiare del termine di prescrizione più breve a partire dal 1° gennaio 2023.

180 Il termine di prescrizione assoluto di dieci anni, calcolato a partire dal giorno in cui il comportamento dannoso si è verificato o è cessato, rimane invariato (art. 760 cpv. 1 CO). Anche la disposizione speciale sulla prescrizione rimane invariata se il comportamento dannoso costituisce un reato (art. 760 cpv. 2 CO). Di conseguenza, in questo contesto non si pongono questioni transitorie.

181 Inoltre, è ora prevista una sospensione del termine di prescrizione durante il procedimento per l'ordine di un'indagine speciale e durante il suo svolgimento (art. 758 cpv. 2 in fine e art. 760 cpv. 1 CO in fine). Ciò vale sia per quanto riguarda la decadenza del diritto di azione dopo l'ordinanza di scarico (Décharge) sia per quanto riguarda la prescrizione. Questa sospensione dei termini non è specificamente disciplinata dal diritto transitorio. Ai sensi dell'art. 49 cpv. 4 SchlT ZGB, se non specificamente disciplinato, il nuovo diritto si applica a partire dall'entrata in vigore (cfr. anche l'art. 1 cpv. 2 ÜBest; cfr. sopra n. 22 s.). A nostro avviso, la sospensione del termine si applica anche a partire dal 1° gennaio 2023 se l'indagine speciale è stata ordinata o la sua attuazione è stata avviata prima del 1° gennaio 2023 (cfr. anche l'analoga costellazione nell'azione di restituzione di cui sopra, n. 175). Di conseguenza, nel caso di un procedimento avviato prima del 1° gennaio 2023 o di un'indagine speciale, la sospensione non si verifica prima del 1° gennaio 2023 (cfr. art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB). Inoltre, l'indagine speciale è una questione permanente a cui la nuova legge si applica a partire dal 1° gennaio 2023 e il principio di irretroattività non deve essere osservato (cfr. n. 13 sopra).

182 Secondo la precedente giurisprudenza della Corte Suprema Federale, le subordinate non devono essere prese in considerazione nel calcolo del danno indiretto. Pertanto, anche i crediti soggetti a subordinazione erano inclusi nel danno aziendale. A causa delle critiche mosse a questa giurisprudenza, il legislatore ha adottato l'art. 757 cpv. 4 NOR, secondo il quale i crediti dei creditori societari subordinati rispetto a tutti gli altri creditori non devono più essere inclusi nel calcolo del danno societario.

Tuttavia, in virtù del principio di irretroattività, questa disposizione si applica solo alle postergazioni successive al 1° gennaio 2023 (cfr. art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB). Inoltre, i danneggianti non possono nemmeno invocare il principio penale della "lex mitior" (cfr. n. 179 sopra). 183

3. Azione di annullamento e rescissione

Il regime delle azioni di annullamento e rescissione delle delibere dell'assemblea generale degli azionisti e di nullità delle delibere del consiglio di amministrazione non è stato modificato dalla revisione del diritto societario (cfr. art. 706 e segg. CO). 184

In virtù del principio di irretroattività, l'invalidità o la nullità delle delibere adottate prima del 1° gennaio 2023 può essere giustificata solo in base alla vecchia legge (cfr. art. 1 cpv. 1 SchlT ZGB). Dopo il 1° gennaio 2023, l'annullabilità o la nullità può essere basata sulla vecchia legge solo se la transazione è ancora soggetta alla vecchia legge. A nostro avviso, anche la violazione del diritto transitorio può comportare l'annullabilità o la nullità. 185

È probabile che sorgano questioni di annullabilità e nullità anche in relazione ai nuovi strumenti del diritto societario rivisto, come la fascia di capitale e le forme digitali dell'assemblea generale. Tuttavia, non si tratta di questioni intertemporali, bensì delle conseguenze giuridiche delle nuove disposizioni del diritto societario. 186

4. Azione di scioglimento

A partire dal 1° gennaio 2023, anche gli azionisti con il 10% dei voti hanno il diritto di intentare un'azione di scioglimento (art. 736 cpv. 1 n. 4 CO). Gli attori non devono più rappresentare il 10% del capitale sociale in ogni caso, come avveniva in precedenza (cfr. Art. 736 n. 4 aOR). La capacità di agire in giudizio deve esistere già al momento della presentazione dell'azione di scioglimento. Pertanto, un azionista non può invocare la nuova soglia se ha presentato l'azione di scioglimento prima del 1° gennaio 2023. 187

L'art. 659 cpv. 3 CO prevede ora che, in caso di acquisizione di azioni proprie, la soglia massima anche in relazione a un'azione di scioglimento è pari al 20% del capitale sociale iscritto nel registro delle imprese. Le azioni acquisite in misura superiore al 10% devono essere vendute entro due anni o annullate mediante riduzione del capitale (art. 659 cpv. 3 nOR). Ciò aumenta il raggio 188

d'azione del tribunale e del consiglio di amministrazione. A nostro avviso, il motivo importante che porta a un'azione di scioglimento è una questione permanente (cfr. n. 13 sopra). Di conseguenza, l'art. 659 cpv. 3 nOR può essere applicato anche a un'azione di scioglimento avviata prima del 1° gennaio 2023.

N. Arbitrato

18 19 Ai sensi dell'art. 697n cpv. 1 nOR, l'atto costitutivo può prevedere che le controversie di diritto societario siano giudicate da un tribunale arbitrale con sede in Svizzera (la cosiddetta clausola arbitrale statutaria). La clausola arbitrale ha gli stessi effetti legali delle altre disposizioni statutarie. Ciò significa che tutti gli azionisti e gli organi vincolati dallo statuto sono coperti anche dalla clausola arbitrale statutaria. Ciò vale anche per i nuovi azionisti. Tuttavia, l'ambito soggettivo della clausola compromissoria statutaria può essere limitato dallo statuto (cfr. art. 697n cpv. 1 frase 2 nOR). Inoltre, sono possibili clausole arbitrali contrattuali (anche nello statuto). Solo gli azionisti e i dirigenti consenzienti e i loro successori legali sono vincolati da queste clausole.

19 0 L'art. 697n nOR si applica di conseguenza alla GmbH (art. 797a nOR). Non esiste una disposizione corrispondente per altre entità come le associazioni e le cooperative, poiché l'arbitrato era già considerato consentito dalla legge precedente.

19 1 Una clausola compromissoria legale diventa efficace con l'iscrizione nel registro delle imprese (cfr. art. 45 cpv. 1 lett. h e art. 73 cpv. 1 lett. v nHRegV). Poiché la clausola compromissoria legale ai sensi dell'art. 697n nOR è una nuova opzione per la revisione del diritto societario, non è necessario osservare alcun periodo transitorio.

19 2 È discutibile se una clausola compromissoria legale si applichi anche al giudizio di controversie sorte prima dell'entrata in vigore della clausola compromissoria (quindi in parte anche prima del 1° gennaio 2023). Secondo Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, la clausola compromissoria statutaria si applica a tutte le controversie di diritto societario promosse dopo l'entrata in vigore della clausola compromissoria statutaria (cfr. supra n. 191). Allemann e Meier limitano l'effetto alle controversie future. Allemann giustifica la sua opinione con la formulazione dell'art. 697n cpv. 1 nOR, che parla di "clausola compromissoria". Tradizionalmente (soprattutto nell'allora KSG), si

distingueva tra "accordi arbitrali" per le controversie esistenti e "clausole arbitrali" per le controversie future. Meier nutre dubbi procedurali e costituzionali su un'applicazione temporale così ampia. Secondo Meier, un effetto per le controversie sorte prima dell'entrata in vigore della clausola arbitrale è ammissibile solo se si è tenuto conto della libertà di decisione e di azione autonoma e privata delle persone vincolate. Si può dubitare che il legislatore fosse consapevole della distinzione tra accordi arbitrali e clausole arbitrali quando ha creato l'art. 697n nOR. Il termine "clausola arbitrale" era molto più probabile che venisse utilizzato perché è una clausola statutaria ed è molto più comune del termine "convenzione arbitrale". Contro l'opinione di Meier c'è il fatto che il legislatore non ha considerato le riserve intertemporali nell'art. 697n nOR. Il legislatore si è limitato a introdurre il meccanismo di protezione del quorum qualificato (art. 704 cpv. 1, punto 2 nOR). Se necessario, gli azionisti devono difendersi con un'azione di rescissione o di nullità (art. 706 e segg. CO). Pertanto, si deve presumere l'ammissibilità di controversie già esistenti. È discutibile se il rischio procedurale valga la pena a causa delle opinioni discordanti della dottrina.

È discutibile se la clausola arbitrale influisca anche sui procedimenti giudiziari statali già pendenti prima del 1° gennaio 2023. Secondo Allemann, una clausola arbitrale introdotta dopo il 1° gennaio 2023 non conferisce la giurisdizione a un tribunale arbitrale. La legittima fiducia nella giurisdizione statale come meccanismo di risoluzione delle controversie deve essere tutelata. Inoltre, un tale ritiro del tribunale statale e il conseguente nuovo inizio dell'esecuzione legale sarebbero abusivi dal punto di vista giuridico. Il punto di vista di Allemann è condivisibile. Il principio di irretroattività protegge da una revoca del tribunale statale da parte di una clausola arbitrale di nuova introduzione. A questo proposito, l'azionista ricorrente ha fiducia nell'applicazione del meccanismo di risoluzione delle controversie avviato (dallo Stato). Si tratta di una posizione di fiducia già acquisita alla quale si applica la vecchia legge (art. 4 SchlT ZGB e contrario; sopra N. 19 e segg.). Anche l'effetto di blocco ai sensi dell'art. 64 (1) (a) CPC depone a favore della continuazione del procedimento statale. 19 3

Dal punto di vista del diritto transitorio, è discutibile se l'art. 697n nOR si applichi alle clausole arbitrali (legali) già esistenti. Anche dopo il 1° gennaio 2023, le clausole arbitrali negli statuti possono essere qualificate come clausole arbitrali di natura contrattuale. Questa qualifica significa che solo le 19 4

persone consenzienti (per iscritto) sono vincolate da esse. Tuttavia, è probabile che solo pochi statuti contengano clausole arbitrali di natura contrattuale, poiché gli uffici del registro delle imprese si sono regolarmente rifiutati di registrare tali disposizioni statutarie (spurie). Se, in linea con la maggior parte della dottrina e con la vecchia giurisprudenza della Corte Suprema Federale, si ipotizzano clausole arbitrali di natura legale, potrebbe esserci una contraddizione con la norma attuale. Ciò è dovuto al fatto che la norma attuale richiede requisiti specifici (quorum qualificato per l'introduzione, applicabilità degli artt. 353 e segg. CPC, sede del tribunale arbitrale in Svizzera, garanzia di diritti procedurali speciali e riferimento alla clausola arbitrale nell'iscrizione nel registro delle imprese). Se la disposizione statutaria esistente non soddisfa questi requisiti, deve essere modificata entro due anni (art. 2 cpv. 1 ÜBest). In caso contrario, essa cessa automaticamente di avere effetto (art. 2 cpv. 2 ÜBest; in generale, sopra, n. 32 e segg.). Meier sottolinea che le clausole arbitrali presenti negli statuti prima del 1° gennaio 2023 sono valide solo se rispettano sufficienti garanzie procedurali che non superano i requisiti dell'art. 697n E-OR 2016. È controverso se sia sufficiente che sia stato rispettato il quorum semplice dell'epoca o se sia necessaria una conferma con un quorum qualificato. Secondo Vogt/Hirsiger-Meier/Hofer, il quorum qualificato è un requisito di diritto sostanziale che giustifica la rinuncia alla giurisdizione statale e l'effetto societario nei confronti di tutti gli azionisti. Meier si oppone a questa tesi con il divieto di retroattività e considera quindi valida in linea di principio una clausola arbitrale introdotta con il quorum semplice allora in vigore. Il secondo punto di vista è probabilmente quello corretto perché rispetta i principi intertemporali, come il principio di irretroattività. Tuttavia, per evitare rischi, si raccomanda di far confermare la clausola arbitrale dall'assemblea generale (con il quorum qualificato).

19 5 Nel diritto delle società a responsabilità limitata, la clausola compromissoria è ritenuta ammissibile già prima del 1° gennaio 2023, in quanto è possibile imporre obblighi statutari agli azionisti (cfr. art. 796 CO). Poiché l'art. 797a nOR si riferisce al diritto societario, la clausola compromissoria deve essere conforme alla nuova legge in futuro, ossia entro due anni (cfr. art. 2 ÜBest; sopra n. 32 e segg.) (cfr. sopra n. 194).

BIBLIOGRAFIA

Allemann Richard G., Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision, GesKR 3 (2018), S. 339–354.

Aus der Au Roman, Die Verrechnungsliberierung bei der AG, Die Leistung der Einlage durch Verrechnung mit einer Forderung nach dem revidierten Aktienrecht, Zürich 2020, Zürich et al. 2021 (= SSHW 354).

Bauer Thomas/Luginbühl Tanja, Kommentierung zu Art. 293*a* SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK-Bauer/Luginbühl).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2022 (zit. Böckli, 5. Aufl.).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (zit. Böckli, 4. Aufl.).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996 (zit. Böckli, 2. Aufl.).

Brändli Gian, Kommentierung zu Art. 1 SchlT ZGB, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 641–977 ZGB, 3. Aufl., Zürich et al. 2016.

Broggini Gerardo, Intertemporales Privatrecht, in: Gutzwiller Max/Hinderling Hans/Meier-Hayoz Arthur/Merz Hans/Secrétan Roger/von Steiger Werner (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht I, Basel 1969, S. 353–507.

Bühler Christoph B., Kommentierungen zu Art. 716*a* und 716*b* OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698–726 und Art. 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. ZK-Bühler).

Chabloz Isabelle, Les nouveaux droits des actionnaires en matière de restitution et d'accès à l'information, SZW 6 (2021), S. 575–588.

Däppen Robert K., Kommentierung zu Art. 49 und 50 Schlt ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Däppen).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich et al. 2021.

Dubs Dieter/Truffer Roland, Kommentierungen zu Art. 699 und 706 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Dubs/Truffer).

Eisenring Marlen, Kommentierung zu Art. 700 OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Eisenring).

Fischer Damian, Neues Aktienrecht – Ready for Take-off?, Was Sie über das neue Recht wissen sollten, AJP 1 (2023), S. 3–20 (zit. Fischer D.).

Fischer Joel, Shareholder Value, Corporate Social Responsibility und Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, GesKR 1 (2021), S. 1 ff. (zit. Fischer J.).

Forrer Lucas/Müller Matthias, Kommentierung zur Art. 734*f* OR, in: Müller Lukas (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht, https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/or734f (zit. OK-Forrer/Müller, Art. 734f OR).

Forstmoser Peter, Aktienrechtsreform 2020: Was wurde erreicht? Und was hat man verpasst?, EF 6 (2021), S. 320–323 (zit. Forstmoser, EF).

Forstmoser Peter, Vom alten zum neuen Aktienrecht, SJZ 8 und 9 (1992), S. 137–169 (zit. Forstmoser, SJZ).

Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen Gesetzesänderungen, Bern 2021 (zit. Forstmoser/Küchler, Art. x N y).

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Glanzmann Lukas, Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung gemäss neuem Aktienrecht, in: Richard-dit-Bressel Marc Jean/Zollinger David (Hrsg.),

Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2021, Zürich 2022, S. 99–134.

Gericke Dieter/Müller Andreas/Häusermann Daniel/Hagmann Nina, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 3 (2020), S. 323–341.

Gnos Urs P./Hohler Dominik/Kummer Angela/Brazerol Riccardo, Gesellschaftsrecht – Entwicklungen 2020, Bern 2021.

Harisberger Severin, Die Geltendmachung des Rückerstattungsanspruchs nach Art. 678 OR im Konkurs der Gesellschaft – Ein Beitrag insbesondere zur Bedeutung von Art. 678 Abs. 6 E-OR, in: Forrer Lucas/Zuur Floris/Müller Matthias P.A. (Hrsg.), Das Aktienrecht im Wandel, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zürich et al. 2020.

Heller Jan, Aktienrechtsrevision – neue Regelungen für börsenkotierte Gesellschaften, iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht vom 10.11.2021.

Hirsiger Valentina, Kommentierung zu Art. 697*n* OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Hirsiger).

Hofer Matthias/Pfäffli Daniel, Organisationsmängel bei Personenhandelsgesellschaften, Materiellrechtliche und zivilprozessuale Aspekte von Art. 581*a* OR, GesKR 3 (2022), S. 339–357.

Hubacher Kevin/Sieber Andrea/Vogel Alexander/Baumberger Marc, FAQ zum revidierten Aktienrecht (nichtbörsenkotierte Gesellschaften): auf den Punkt gebracht und umsetzbar, MLL News Portal vom 16.1.2023.

Hubli Pascal/Weber Martin/Ah Choon Jean Jacques/Houdrouge Tarek, Neues Aktienrecht ante portas – Sofortiges Ende der aktuellen Statuten?, Schellenberg Wittmer, Monthly Newsletter October 2022.

Hürlimann Alexander, Das intertemporale Genossenschaftsrecht, Zürich 1946.

Huguenin Claire/Giampaolo Davide, Kommentierung zu Art. 6b SchlT ZGB, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Huguenin/Giampaolo).

Jäggi Peter, Die Stimmrechtsbeschränkung für die Besitzer mehrerer Aktien im intertemporalen Recht, SAG 10 (1947), S. 229–236.

Jutzi Thomas/Meier Quirin, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 3./4.5.2023, Bern 2023, S. 1–83.

Kägi Urs, Art. 12 und 27 VegüV, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basel 2015 zit. (BSK-Kägi).

Kläy Hanspeter, Bundesgesetzgebung im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts Stand Oktober 1991, SZW 6 (1991), S. 312–317.

Lambert Claude/Müller Andreas, Kommentierung zu Art. 12 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Lambert/Müller).

Märki Raphael, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29.10.2019 in Luzern, Bern 2019, Das neue Verjährungsrecht – Übergangsrechtliche Regeln, S. 157–174.

Meier Robert, Anpassung der Statuten an das revidierte Aktienrecht, AJP 3 (1992), S. 317–331.

Meier Valentina, Schiedsklauseln in Statuten schweizerischer Aktiengesellschaften, Zürich et al. 2017 (= SSHW 338).

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018.

Meisterhans Clemens, Aktienrechtsrevision und Handelsregister, SZW 5 (2022), S. 430–439.

Moggi Nicolo, Das neue Sanierungsrecht – Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats in Krisensituationen nach neuem Aktienrecht, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2022.

Mönnich Ulrike, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea, Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich et al. 2014, AGB und intertemporales Recht, S. 287–299.

Müller Kevin J., Die Einheit der Materie bei Generalversammlungsbeschlüssen, Zürich et al. 2021 (= SGFM 19).

Müller Lukas, Kommentierung zu Art. 734*f* OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Müller).

Müller Wolfgang, Kommentierung zu Art. 651 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530–771 OR, VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Müller).

Mutzner Paul, Berner Kommentar zum ZGB, Schlusstitel Art. 1–50, 2. Aufl., Bern 1926 (zit. BK-Mutzner).

Nobel Peter, Aktienrecht heute, Jusletter vom 19.11.2022.

Oser David/Müller Andreas, Kommentierung zu Art. 28 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Oser/Müller).

Pfaffinger Monika, Vorb. Art. 1–50 SchlT ZGB und Kommentierungen zu Art. 1 und 4 SchlT ZGB, in: Büchler Andrea/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KuKo-Pfaffinger).

Pichonnaz Pascal/Piotet Denis, Kommentierung zu Art. 1–4 SchlT CC, in: Pichonnaz Pascal/Bénédict Foëx/Piotet Denis (Hrsg.), Commentaire Romand, Code Civil II, Basel 2016 (zit. CR-Pichonnaz/Piotet).

Plüss Adrian/Caldoro Stefan, Auswirkungen des Aktienrechts 2020 auf kleine und mittlere Unternehmen, SJZ 16–17 (2022), S. 834–841.

Rapp Jean-Marc, L'application du nouveau droit de la société anonyme aux sociétés fondées avant son entrée en vigueur – problèmes urgents de droit transitoire, SZW 3 (1992), S. 106–112.

Reutter Thomas/Hammer Annina, Lediglich «Punktuelle Anpassungen und Präzisierungen der Bestimmungen zum bedingten Kapital»? Bedingt zutreffend!, SZW 3 (2021), S. 302–307.

Richers Roman, Kommentierung zu Art. 24 VegüV, in: Oser David/Müller Andreas (Hrsg.), Praxiskommentar zur Verordnung gegen übermässige

Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, VegüV, 2. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. PK-Richers).

Rouiller Nicolas/Bauen Marc/Bernet Robert/Lasserre Rouiller Colette, La société anonyme suisse, 3. Aufl., Genf et al. 2022.

Schenker Franz, Kommentierungen zu Art. 627 und 629 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Schenker).

Schenker Urs/Schenker Olivier, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023.

Schott Bertrand G., Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich 2009 (= SSHW 285).

Stauffer Wilhelm, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Schluss- und Übergangsbestimmungen, Bern 1940.

Stojanovic Jansa, in: Canapa Damiano/Landolt Robin/Müller Nicola (Hrsg.), Sein und Schein von Gesetzgebung, Erwartungen – Auswirkungen – Kritik, Die Zersplitterung der Gläsernen Decke? Die Gleichstellung der Geschlechter durch gesetzliche Massnahmen, S. 165–191.

Tanner Brigitte, Neuerungen für die Beschlussfassung in der Generalversammlung, AJP 6 (1992), S. 765–773.

Tanner Brigitte, Kommentierung zu Art. 699 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530–771 OR, VegüV, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-Tanner).

Tanner Brigitte, Kommentierungen zu Art. 698, 699 und 703 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation der Gesellschaft, Art. 698–726 und Art. 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich et al. 2018 (zit. ZK-Tanner).

Truffer Roland/Dubs Dieter, Kommentierung zu Art. 808*b* OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Truffer/Dubs).

Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Jungo Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.

Walter Marc/Joho-Menotti Michèle/Fischer Cedric/Wyss Janica, Aktienrechtsrevision, Eine Darlegung der wichtigsten Anpassungen und Änderungen, Wenger Vieli, Guidelines 11/22.

Vischer Markus, Schafft das neue Aktienrecht die Sachübernahmevorschriften wirklich ab? SJZ 4 (2022), S. 172–184 (zit. Vischer, SJZ).

Vischer Markus, Pflichten des Verwaltungsrats in finanziellen Krisenlagen nach neuem Aktienrecht, iusNet Gesellschaftsrecht vom 26.1.2023 (zit. Vischer, iusNet).

Vischer Markus, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986 (= ZSP 52) (zit. Vischer, Diss.).

Vischer Markus, Kommentierung zu Art. 2 SchlT AG OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Vischer).

Vischer Markus, Kommentierung zu Art. 1, 2, 3 und 4 SchlT ZGB, in: in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-Vischer).

Vogt Hans-Ueli, Kommentierung zu Art. 678 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Vogt).

Vogt Hans-Ueli/Hirsiger-Meier Valentina/Hofer Thomas, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich et al. 2019.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

von der Crone Hans Caspar/Dazio Giovanni, Das Kapitalband im neuen Aktienrecht, SZW 5 (2020), S. 505–518.

von der Crone Hans Caspar/Moschen Corina, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich et al. 2020, S. 479–493.

von Steiger Fritz, Die Anpassung der Aktiengesellschaften an das neue Recht, Zürich 1937.

Zindel Gaudenz G./Isler Peter R., Kommentierungen zu Art. 650 und 651 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BSK-Zindel/Isler).

Zürcher Wolfgang/Berweger Martin, Kommentierung zu Art. 626 OR, in: Kren Kostkiewicz/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (OFK-Zürcher/Berweger).

I MATERIALI

Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 17.4121 Arslan vom 13.12.2017 und 17.4185 Ruiz vom 14.12.2017 Einführung eines dritten Geschlechts oder Verzicht auf den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister – Voraussetzungen und Auswirkungen auf die Rechtsordnung, 21.12.2022 (zit. Bericht des Bundesrates zum dritten Geschlecht).

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 2016).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Faktenblätter zum neuen Aktienrecht, REPRAX 4 (2022), S. 151–176 (zit. EHRA, Faktenblätter).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 1/23 vom 21.3.2023, Fragen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts (zit. EHRA, Praxismitteilung 1/23).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 3/22 vom 19.12.2022, Fragen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des neuen Aktienrechts (zit. EHRA, Praxismitteilung 3/22).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Praxismitteilung 1/22 vom 17.1.2022, Statutenänderungen im Hinblick auf die Revision des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 19.6.2020 (zit. EHRA, Praxismitteilung 1/22).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Mitteilung an die kantonalen Handelsregisterbehörden betreffend die Senkung des Nennwerts von Aktien auf einen Rappen vom 22.1.2001 (zit. EHRA, Mitteilung 2001).

Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 683 ff. (zit. Entwurf Aktienrecht 2016).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 795 CO

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly, Commentario all'art. 795 CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online al diritto delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Schneuwly, art. 795 CO N. XXX.

D. Versamenti suppletivi e prestazioni accessorie

I. Versamenti suppletivi

1. Principio e importo

Art. 795

[1] Lo statuto può obbligare i soci a effettuare versamenti suppletivi.

[2] Se prevede l'obbligo di effettuare versamenti suppletivi, lo statuto deve stabilire l'importo dei versamenti suppletivi connessi a una quota sociale. Tale importo non può superare il doppio del valore nominale della quota sociale.

[3] I soci rispondono soltanto dei versamenti suppletivi connessi alle loro quote sociali.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali e analisi sistematica 451
A. Evoluzione e ridefinizione dell'obbligo di versamento supplementare nel diritto delle Sagl 451
1. L'obbligo di versamento supplementare come strumento di risanamento 451
2. L'obbligo di versamento supplementare come strumento di finanziamento interno 453
B. Finalità dell'obbligo di versamento supplementare 453
1. Garanzia della base patrimoniale 453
2. Mettere a disposizione mezzi per l'espansione 454
3. Rafforzamento della solvibilità e tutela indiretta dei creditori 454
C. Delimitazioni sistematiche rispetto a istituzioni affini 456
1. Delimitazione rispetto all'obbligo di versamento supplementare nel diritto delle cooperative 456
2. Distinzione dal liberamento parziale nel diritto delle società per azioni 458
3. Distinzione dalla riserva di capitale 458
4. Distinzione dall'aumento di capitale e dall'agio 460
5. Distinzione dalla riduzione di capitale con contemporaneo aumento (taglio del capitale) 461
6. Distinzione dalle prestazioni accessorie 462
II. Base statutaria (comma 1) 463
A. Requisito della base statutaria 463
B. Regolamentazione della richiesta di versamenti supplementari e destinazione statutaria 464
C. Distinzione dagli obblighi di copertura di natura obbligazionaria 465
III. Importo dell'obbligo di versamento supplementare (comma 2) 465
A. Limite massimo previsto dalla legge 465
B. Vincolo alla quota sociale 466
C. Pubblicità e trasparenza 467
IV. Responsabilità (comma 3) 467
Bibliografia 467
I materiali 470

I. CONSIDERAZIONI GENERALI E ANALISI SISTEMATICA

L'art. 795 CO offre alle società a responsabilità limitata (SRL) la possibilità di prevedere nei propri statuti un obbligo di versamento supplementare a carico dei soci. Questa norma dispositiva costituisce uno specifico elemento di finanziamento interno e riflette la componente strutturale personalistica della SRL. Insieme al dovere di lealtà (art. 803 cpv. 2 CO) e alla possibilità di prestazioni accessorie statutarie (art. 796 CO), l'obbligo di versamento supplementare costituisce parte integrante della corresponsabilità dei soci sancita dal diritto societario, che nel diritto delle Sagl è accentuata in misura maggiore rispetto al diritto delle società per azioni. 1

Rispetto alla società per azioni, che ai sensi dell'art. 680 cpv. 1 CO non ammette ulteriori obblighi finanziari oltre al versamento del capitale, l'obbligo di versamento integrativo rappresenta una caratteristica distintiva della Sagl. La SA non prevede né un obbligo di versamento integrativo né un obbligo di prestazioni accessorie con funzione di finanziamento, poiché un tale obbligo violerebbe il principio strutturale della vincolazione del capitale. 2

A. Evoluzione e ridefinizione dell'obbligo di versamento supplementare nel diritto delle Sagl

1. L'obbligo di versamento supplementare come strumento di risanamento

Ai sensi della normativa in vigore fino al 31 dicembre 2007, l'obbligo di versamento supplementare era concepito esclusivamente come misura di risanamento. Poteva essere richiesto solo in presenza di una perdita di bilancio (art. 803 cpv. 1, seconda frase, aOR). La sua funzione era quindi limitata esclusivamente alla prevenzione di un fallimento imminente. Anche dopo la revisione, l'obbligo di versamento supplementare rimane uno strumento di risanamento in senso lato: esso interviene prima dell'obbligo legale di risanamento in caso di perdita di capitale ai sensi dell'art. 820 in combinato disposto con l'art. 725a CO e consente quindi un «**risanamento precoce**». In concreto, l'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO consente di esigere versamenti supplementari già nel momento in cui la somma del capitale sociale e delle riserve legali non è più coperta dal patrimonio della società. 3

4 Con la riforma delle Sagl del 2008, questa funzione di risanamento è stata ulteriormente estesa alle **carenze di liquidità** (art. 795a cpv. 2 n. 2 CO). Nel diritto delle società per azioni, con la legge federale del 19 giugno 2020 (diritto delle società per azioni), in vigore dal 1° gennaio 2023, è stato introdotto l'art. 725 CO, che prevede sia un obbligo di vigilanza che un obbligo di intervento in caso di imminente insolvenza e li impone al consiglio di amministrazione. Ai sensi dell'art. 820 CO, tali obblighi di vigilanza e di intervento si applicano anche alla Sagl. L'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO concretizza tali obblighi, mettendo a disposizione della direzione uno strumento disciplinato dalla legge per richiedere versamenti supplementari in caso di imminente insolvenza. Non si tratta di un meccanismo automatico: spetta piuttosto alla discrezionalità imprenditoriale della direzione, nel rispetto della «business judgement rule», decidere se e quando ricorrere a tale strumento.

5 Un aspetto importante della riforma è anche il fatto che l'obbligo di versamenti supplementari non solo può essere utilizzato come strumento di crisi in caso di perdita di bilancio (art. 795a cpv. 2 n. 1 CO) o di difficoltà di liquidità (art. 795a cpv. 2 n. 2 CO) , ma che gli statuti possano anche prevedere inasprimenti ammissibili. Ad esempio, possono stabilire che i versamenti supplementari possano essere richiesti già quando il grado di copertura ammissibile è definito in modo più rigoroso, ad esempio quando tali versamenti possono essere richiesti già nel caso in cui il valore scenda al di sotto del doppio del capitale sociale e delle riserve legali. Dal punto di vista dogmatico, una clausola di questo tipo non va intesa come una modifica dell'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO – tale fattispecie si applica direttamente per forza di legge e non è suscettibile di un inasprimento statutario –, bensì come un motivo di richiesta autonomo, definito nello statuto ai sensi del n. 3. Essa deve pertanto soddisfare i requisiti di determinatezza ivi previsti. Tali disposizioni fungono da «sistema di allerta precoce», il che è nell'interesse della società e dei suoi creditori, poiché la solidità finanziaria della Sagl deve essere ripristinata quanto prima. Questo **ricorso preventivo** per garantire la liquidità o rafforzare il capitale offre alla società un margine di manovra più ampio, senza che debbano essere soddisfatti i rigorosi requisiti di un aumento di capitale.

2. L'obbligo di versamento supplementare come strumento di finanziamento interno

La riforma della Sagl del 2008 ha comportato un cambiamento di paradigma fondamentale: l'obbligo di versamento supplementare è stato esteso dal punto di vista funzionale e da allora costituisce uno **strumento di finanziamento interno**, che serve non solo al risanamento (art. 795a cpv. 2 n. 1 e 2 CO), ma anche al rafforzamento attivo del capitale. A differenza di un aumento di capitale ai sensi degli art. 781 segg. CO, l'obbligo di versamento supplementare non richiede un aumento del capitale sociale nominale, ma mette a disposizione della società uno strumento flessibile per richiedere ai soci – oltre al versamento del capitale sociale – ulteriori risorse finanziarie, purché ciò sia previsto dallo statuto. 6

Soprattutto in fase di costituzione o nelle fasi di crescita, l'obbligo di versamenti supplementari consente di gravare in modo mirato su singoli soci con capacità contributiva, senza che gli altri soci debbano intervenire immediatamente nella stessa misura. Il capitale sociale nominale rimane invariato; tuttavia, i versamenti supplementari effettuati – purché effettivamente richiesti ed erogati – possono contribuire al rafforzamento del patrimonio netto economico, ad esempio attraverso la costituzione di riserve. L'obbligo di versamento supplementare offre quindi la possibilità di reagire in modo mirato alle **situazioni finanziarie asimmetriche** tra i soci: singoli soci possono apportare un maggiore contributo di capitale attraverso versamenti supplementari più elevati, mentre altri vengono esonerati – ad esempio tramite disposizioni statutarie, accordi individuali o l'esclusione di determinate quote dal suddetto obbligo. Una tale struttura differenziata consente di tenere conto delle rispettive possibilità economiche delle parti coinvolte e, al contempo, di mobilitare il capitale urgentemente necessario – sia per finanziare investimenti pianificati, sia per garantire la liquidità, sia per integrare il finanziamento esterno. 7

B. Finalità dell'obbligo di versamento supplementare

1. Garanzia della base patrimoniale

La richiesta di versamenti supplementari ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 1 e 2 CO serve a **preservare la stabilità finanziaria** della Sagl in caso di crisi. 8

Obbligando i soci a mettere a disposizione mezzi supplementari, si rafforza la **base patrimoniale** della società.

9 La richiesta di conferimenti supplementari in caso di imminente **carenza di liquidità o perdite di bilancio** mira a consentire un risanamento tempestivo ed evitare la perdita di capitale o addirittura l'**indebitamento eccessivo**. L'obiettivo è garantire la **continuità aziendale** e impedire il verificarsi del fallimento. Di conseguenza, l'obbligo di versamenti supplementari contribuisce a **sostenere in modo sostanziale** il patrimonio sociale in situazioni critiche e ad **attenuare in anticipo** il rischio di insolvenza.

2. Mettere a disposizione mezzi per l'espansione

10 L'obbligo di versamento supplementare, in quanto strumento di finanziamento interno, può servire, oltre che a garantire la base di responsabilità, anche a **scopi di espansione**. L'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO consente la **richiesta di fondi propri supplementari in fasi economicamente stabili**, purché ciò sia necessario per il perseguimento dello scopo sociale descritto nello statuto. Lo scopo di espansione consente alla società di reagire in modo mirato a **esigenze di investimento prevedibili**, ad esempio in caso di diversificazione del mercato o dei prodotti, progetti di ricerca, acquisizioni di partecipazioni o ampliamento mirato delle capacità.

3. Rafforzamento della solvibilità e tutela indiretta dei creditori

11 L'obbligo di versamento supplementare non produce **alcun effetto diretto nei confronti di terzi**, ma opera tra la società e i suoi soci: i creditori non hanno diritto a richiederne l'adempimento diretto, poiché si tratta di un **obbligo interno** fondato sullo statuto. Esso costituisce uno strumento statutario con cui la società può compensare perdite imminenti e stabilizzare la propria situazione finanziaria, in modo che i crediti dei creditori possano essere soddisfatti. In questo senso, l'obbligo di versamento supplementare ha un effetto preventivo – non perché i creditori possano attingere direttamente a tali versamenti, ma perché contribuisce a evitare che si verifichi un danno a loro carico.

12 Anche se l'obbligo di versamento integrativo è formalmente limitato al rapporto interno, esso può avere per i soci **effetti economici paragonabili a quelli di una responsabilità esterna**: che i fondi vengano versati alla società

per essere poi trasferiti ai creditori o direttamente ai creditori stessi, dal punto di vista economico non fa alcuna differenza: in entrambi i casi il socio o la socia copre la perdita della società con il proprio patrimonio. In questa funzione, l'obbligo di versamento integrativo assume una **funzione preventiva di tutela dei creditori**, anche se i creditori stessi non hanno il diritto di esigere direttamente il versamento.

13 Un certo effetto verso l'esterno deriva anche dalla pubblicità: ai sensi dell'art. 73 cpv. 1 lett. j ORC, in caso di obblighi di versamento supplementare esistenti, nel registro di commercio deve essere iscritto un riferimento alla loro descrizione dettagliata contenuta nello statuto. Anche se né l'importo concreto né le quote di capitale interessate risultano dall'iscrizione nel registro, tale riferimento segnala che la partecipazione è gravata da un ulteriore impegno finanziario – una circostanza che può certamente avere un peso nella valutazione della solvibilità da parte di terzi. In questo senso si può sostenere – al di là della dottrina vigente – che l'obbligo statutario di versamento supplementare possa avere una **rilevanza indiretta ai fini della solvibilità**. A sostegno di questa tesi – oltre all'obbligo di iscrizione nel registro di commercio (art. 73 cpv. 1 lett. j OR) – vi è il fatto che la sua revoca è soggetta a una rigorosa procedura di tutela dei creditori ai sensi dell'art. 795c CO e che può essere realizzata in caso di fallimento (art. 795a cpv. 3 CO).

14 L'art. 795c cpv. 1 CO **tutela gli interessi dei creditori** garantendo che la società non possa sopprimere o ridurre unilateralmente gli obblighi di versamento supplementare in caso di perdita di bilancio. In tal modo la legge impedisce che la società, proprio in una fase di debolezza economica, si privi di fondi potenzialmente disponibili sui quali i creditori possono indirettamente fare affidamento. Per questi meccanismi di tutela, il legislatore si è espressamente ispirato alle norme sulla riduzione del capitale previste dal diritto delle società per azioni (art. 795c cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 782 cpv. 4 e gli art. 653j segg. CO): la riduzione o la soppressione dell'obbligo di versamento supplementare presuppone una procedura costitutiva. I creditori devono essere informati nella Gazzetta ufficiale svizzera del commercio che, al momento della registrazione dei propri crediti, possono richiedere garanzie (art. 653k cpv. 1 CO); la richiesta deve essere presentata entro 30 giorni dalla pubblicazione (art. 653k cpv. 2 CO). A ciò si aggiungono il bilancio intermedio, l'attestazione di un revisore autorizzato che confermi che i crediti dei creditori sono interamente coperti nonostante la riduzione

(art. 653m cpv. 1 CO), l'autenticazione pubblica della delibera (art. 653n CO) e la sua iscrizione nel registro di commercio (art. 81 in combinato disposto con l'art. 77 ORC). La procedura ha lo scopo di avvertire tempestivamente i creditori, affinché possano richiedere garanzie o verificare i propri rapporti contrattuali prima che la modifica dello statuto diventi efficace. Lo stesso vale per l'art. 795b CO, che disciplina il rimborso dei versamenti supplementari già effettuati: Anche in questo caso si richiede cumulativamente che l'importo sia coperto da capitale proprio liberamente disponibile e che un revisore autorizzato lo confermi per iscritto. Ciò evidenzia che l'obbligo di versamento supplementare, nonostante il suo carattere primario di obbligazione interna, può esercitare un **effetto indiretto di tutela dei creditori**.

C. Delimitazioni sistematiche rispetto a istituzioni affini

1. Delimitazione rispetto all'obbligo di versamento supplementare nel diritto delle cooperative

15 L'obbligo di versamento supplementare nel diritto delle cooperative (art. 871 CO) ha lo scopo di scongiurare un fallimento imminente e di garantire la possibilità di risanamento della cooperativa. Esso è specificamente finalizzato alla **copertura delle perdite di bilancio**, ovvero a una copertura insufficiente strutturale del capitale proprio, e si distingue quindi funzionalmente dall'obbligo di versamenti supplementari della Sagl, che dalla revisione del 2008 può essere configurato anche come strumento di finanziamento flessibile con finalità più ampie. Un'ulteriore differenza, finora poco sottolineata nella dottrina, riguarda il momento della richiesta: i versamenti supplementari nelle cooperative possono essere richiesti in qualsiasi momento, in caso di fallimento da parte dell'amministrazione fallimentare (art. 871 cpv. 4 CO). Il diritto delle Sagl, invece, subordina la richiesta all'elenco esaustivo di cui all'art. 795a cpv. 2 CO, rendendola così dipendente da un presupposto materiale. L'obbligo di versamento supplementare in una cooperativa è sì vincolato a uno scopo specifico – può servire solo a coprire le perdite di bilancio –, ma è strutturato in modo più flessibile rispetto alla sua controparte nel diritto delle Sagl per quanto riguarda la disponibilità temporale.

16 Nella cooperativa, l'obbligo di versamento supplementare – se previsto dallo statuto – può vincolare collettivamente tutti i soci a compensare le perdite di

bilancio esistenti. Esso agisce in primo luogo a livello interno: è la cooperativa stessa ad essere creditrice dei versamenti integrativi, non i creditori esterni della società. Tuttavia, esso produce – così come l'obbligo di versamento integrativo nel diritto delle S.r.l. – un **effetto indiretto di tutela dei creditori**, in quanto rafforza il patrimonio netto, garantisce la continuità della cooperativa e, di conseguenza, assicura anche l'adempimento dei crediti esistenti dei creditori. Oltre a questa funzione legata al risanamento, l'obbligo di versamento supplementare nella cooperativa funge anche da **elemento di solvibilità**: rafforza la fiducia nell'affidabilità creditizia della cooperativa – analogamente alla responsabilità personale dei soci ai sensi degli art. 869 segg. CO –, poiché segnala che, in caso di necessità, è possibile mobilitare mezzi aggiuntivi.

Dal punto di vista strutturale, l'obbligo di versamento supplementare nella cooperativa si distingue per il fatto che può essere configurato sia in forma limitata che illimitata. In assenza di una limitazione statutaria, si applica la variante illimitata. Al contrario, il diritto delle Sagl non prevede obblighi di versamento supplementare illimitati: in tale caso, il limite massimo di versamento supplementare deve essere obbligatoriamente fissato nello statuto ed è limitato all'obbligo individuale del socio. Una particolarità della cooperativa è inoltre il carattere collettivo dell'obbligo di versamento integrativo: esso riguarda tutti i soci secondo la chiave di ripartizione prevista dallo statuto; in assenza di una disposizione statutaria, la ripartizione si basa sull'importo delle quote socialitarie o, in mancanza di queste, in base al numero dei soci (art. 871 cpv. 3 CO). L'art. 871 CO non fonda invece una solidarietà tra i soci della cooperativa; è solidale solo la responsabilità personale ai sensi dell'art. 869 cpv. 2 CO. La Sagl non prevede un sistema di ripartizione analogo: in questo caso l'obbligo di versamento supplementare è sempre stabilito individualmente in relazione alle quote di capitale. Inoltre, l'art. 871 CO consente di combinare l'obbligo di versamento supplementare con la responsabilità personale ai sensi degli art. 869 segg. CO. Questa doppia garanzia, costituita dalla responsabilità solidale e dall'obbligo collettivo di versamento supplementare, è specifica della cooperativa. Nel diritto delle Sagl tale combinazione è esclusa: l'obbligo di versamento supplementare rimane sempre uno strumento di finanziamento puramente statutario, strutturato individualmente. 17

2. Distinzione dal liberamento parziale nel diritto delle società per azioni

18 L'obbligo di versamento supplementare è spesso inteso nella dottrina come l'equivalente funzionale del conferimento parzialmente liberato. Sia nel caso dell'obbligo di versamento supplementare che in quello del liberamento successivo (art. 634b CO), la decisione di richiedere il versamento spetta alla direzione o al consiglio di amministrazione. Entrambi gli strumenti consentono inoltre di affrontare in modo mirato situazioni finanziarie asimmetriche tra i soci. In entrambi i casi, il capitale sociale nominale rimane invariato; i versamenti supplementari effettuati possono tuttavia – purché effettivamente richiesti e versati – contribuire al rafforzamento del capitale proprio economico.

19 Nonostante questi parallelismi funzionali, esistono notevoli differenze strutturali e giuridiche tra i due concetti: il versamento supplementare (art. 634b CO) serve a garantire la base di responsabilità come strumento di tutela dei creditori e costituisce un obbligo legale che l'azionista si assume già al momento dell'acquisto dell'azione. Non è concepita come misura di risanamento, ma riguarda fondi dovuti sin dall'inizio, senza che con ciò – come nel caso degli obblighi di versamento supplementare – vengano apportati nuovi fondi aggiuntivi per coprire le perdite o far fronte a carenze di liquidità. L'importo non ancora liberato è considerato un credito della società nei confronti dell'azionista e deve essere obbligatoriamente iscritto all'attivo come voce separata delle immobilizzazioni (art. 959a cpv. 1 n. 2 lett. e CO) . Al contrario, l'obbligo di versamento supplementare nella Sagl ha fondamento puramente statutario ed è dispositivo: deve essere previsto nello statuto e può essere definito in modo flessibile per quanto riguarda la portata, la struttura e i motivi di richiesta.

3. Distinzione dalla riserva di capitale

20 L'obbligo di versamento supplementare, in quanto strumento di finanziamento interno, è molto simile all'istituto della riserva di capitale nel senso di un aumento di capitale autorizzato (art. 653s–653v CO). In entrambi i casi, all'organo direttivo – la direzione o il consiglio di amministrazione – viene concesso un margine di manovra imprenditoriale per apportare alla società mezzi aggiuntivi entro un quadro definito preventivamente negli statuti dall'assemblea dei soci o dall'assemblea generale. Per la Sagl manca un

istituto di questo tipo: gli art. 781 segg. CO prevedono esclusivamente l'aumento ordinario del capitale sociale; non sono disponibili né una riserva di capitale né un aumento di capitale autorizzato. Proprio in questo risiede il significato specifico dell'obbligo di versamento supplementare: nel diritto della Sagl esso assume la funzione che nel diritto delle società per azioni è svolta dalla riserva di capitale, senza tuttavia determinarne le conseguenze giuridiche con effetto sul capitale.

Nel caso della società per azioni, l'assemblea generale deve autorizzare 21
esplicitamente il consiglio di amministrazione a ricorrere alla fascia di capitale (art. 653s cpv. 1–3 CO), per cui i limiti massimo e minimo della fascia, la durata dell'autorizzazione (massimo cinque anni) e le ulteriori condizioni devono essere stabiliti con precisione nello statuto. All'interno di questo quadro, il consiglio di amministrazione dispone di un margine di manovra imprenditoriale per decidere in modo flessibile in merito alla richiesta di fondi aggiuntivi. Anche nel diritto delle Sagl, con l'introduzione statutaria di un obbligo di versamento supplementare, alla direzione viene concesso un margine di manovra analogo. Essa è autorizzata a richiedere fondi aggiuntivi ai soci entro i limiti massimi e per i motivi di richiesta stabiliti nello statuto. A differenza della fascia di capitale, tuttavia, questa competenza della direzione non è limitata nel tempo, ma sussiste in modo permanente fintantoché l'obbligo di versamento supplementare è in vigore ai sensi dello statuto.

Dal punto di vista strutturale, tuttavia, i meccanismi differiscono 22
notevolmente: la riserva di capitale modifica il capitale azionario nominale rilevante ai fini della responsabilità e comporta quindi, dopo ogni aumento o riduzione, una modifica statutaria che deve essere autenticata pubblicamente (art. 653u cpv. 4 CO). Esso è quindi soggetto a meccanismi di tutela più rigorosi previsti dal diritto societario, in particolare al diritto di opzione degli azionisti (art. 652b cpv. 1 CO), che può essere limitato o soppresso nello statuto (art. 653t cpv. 1 n. 7 CO) . A ciò si aggiunge un intervallo legale imperativo: il limite superiore e quello inferiore della fascia di capitale non possono superare o scendere al di sotto del capitale azionario iscritto nel registro di commercio di più della metà (art. 653s cpv. 2 CO). In ciò risiede un notevole parallelismo con l'art. 795 cpv. 2 CO: entrambi gli istituti concedono all'organo di gestione un margine di manovra imprenditoriale, limitandolo tuttavia mediante un rapporto imperativo, fissato per legge, rispetto al capitale esistente. I versamenti supplementari, al contrario, non aumentano il capitale

sociale nominale e non attivano tali meccanismi di protezione; essi servono al finanziamento interno o al risanamento.

4. Distinzione dall'aumento di capitale e dall'agio

23 L'effettuazione di versamenti supplementari ai sensi dell'art. 795 CO non costituisce un conferimento nel senso classico del termine e non è nemmeno equiparabile a un aumento di capitale o a un agio. I soci non ricevono quote di capitale aggiuntive e il valore nominale della partecipazione esistente non viene aumentato. I versamenti supplementari avvengono senza controprestazione societaria (apporto in capitale) e servono esclusivamente a dotare la società di risorse finanziarie. Dal punto di vista contabile, possono portare alla costituzione di riserve, il che dal punto di vista funzionale può assomigliare a un aggio, ma dal punto di vista giuridico la distinzione rimane netta: si tratta di un obbligo interno statutario senza aumento di capitale. Allo stesso modo, i versamenti supplementari effettuati non possono essere attribuiti alle quote sociali della persona che li ha effettuati e, in tal modo, tradotti in potere di voto supplementare; a tal fine sarebbe necessario un aumento formale di capitale ai sensi degli art. 781 e segg. CO. Anche nell'ambito di applicazione dell'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO – ovvero in caso di richiesta per altri scopi stabiliti dallo statuto – resta il fatto che non vi è alcuna controprestazione e che la prestazione non ha effetto sul capitale.

24 L'obbligo di versamenti supplementari è uno strumento di finanziamento interno specificamente riservato al diritto delle Sagl. Esso consente alla società di attingere a fondi aggiuntivi dei soci al di fuori di un aumento di capitale. Tali fondi, pur non aumentando il *capitale sociale nominale*, hanno un effetto contabile simile al *capitale proprio* e possono essere contabilizzati, ad esempio, come riserve di capitale. Il Tribunale superiore del Cantone di Zurigo lo ha confermato: sebbene i versamenti supplementari lascino supporre un'esigenza di risanamento o di finanziamento della società, essi vengono tuttavia effettuati a titolo di contributo al patrimonio sociale e presentano caratteristiche simili a quelle del capitale proprio; ne non deriva una riduzione del valore aziendale. In questo modo viene rafforzato il *substrato di responsabilità* effettivamente a disposizione della società – ovvero quella base economica di responsabilità che va oltre il capitale sociale iscritto a bilancio (ad es. tramite riserve o versamenti supplementari). Proprio in fasi di difficoltà economica, l'obbligo di versamenti supplementari consente

quindi un rafforzamento flessibile del capitale, senza dover ricorrere a una procedura di aumento di capitale ai sensi degli artt. 781 e segg. CO.

5. Distinzione dalla riduzione di capitale con contemporaneo aumento (taglio del capitale)

Nei casi di risanamento, la richiesta o la riduzione dei versamenti supplementari può assomigliare, dal punto di vista funzionale, al modello della riduzione del capitale con contemporaneo aumento – denominato anche «armonica» o «taglio del capitale» – (art. 782 in combinato disposto con gli art. 653q–653r CO). Nel caso del taglio del capitale, il capitale azionario viene dapprima ridotto a zero, con conseguente estinzione dei precedenti diritti di partecipazione e obbligo di annullamento delle azioni emesse, per poi essere ricostituito mediante un contemporaneo aumento di capitale (art. 653r cpv. 1 CO). In occasione del nuovo aumento, agli azionisti esistenti spetta un diritto di opzione che non può essere loro negato (art. 653r cpv. 2 CO) – a differenza di quanto avviene nel caso della fascia di capitale, dove il diritto di opzione può essere limitato o soppresso per statuto. 25

Come nel caso dell'obbligo di versamento supplementare, i soci si impegnano a mettere a disposizione nuovo capitale per ridurre i debiti della società e garantirne la continuità. Il taglio del capitale viene tipicamente utilizzato in caso di grave sovraindebitamento o di completa perdita del patrimonio netto e richiede un piano di risanamento sostenibile. Tale piano deve essere finalizzato al risanamento; la mera necessità di risanamento della società non rende di per sé una riduzione a zero con successivo rialzo una misura finalizzata al risanamento. È invece determinante se la misura sia idonea a eliminare effettivamente la copertura insufficiente e non solo ad attenuarla. Il Tribunale federale lo ha stabilito in merito all'art. 732a cpv. 1 aCO; poiché l'art. 653r CO ne riprende il contenuto, lo stesso deve valere anche nel diritto vigente. L'obbligo di versamento supplementare, invece, è concepito come una misura di risanamento precoce, volta a preservare e stabilizzare l'attuale struttura societaria senza imporre una ristrutturazione dal punto di vista del diritto societario. Vale inoltre quanto segue: prima di procedere a una riduzione del capitale, gli obblighi di versamento supplementare previsti dallo statuto devono essere integralmente adempiuti (art. 782 cpv. 3 CO). 26

L'obbligo dei soci in caso di obbligo di versamento supplementare deriva dalla base statutaria che consente alla direzione di richiedere fondi aggiuntivi in 27

presenza dei motivi di richiesta previsti dalla legge. Non è necessario modificare lo statuto al momento della richiesta di adempimento degli obblighi di versamento supplementare, poiché il capitale sociale nominale rimane invariato. Anche in caso di riduzione del capitale con contemporaneo aumento non è necessaria alcuna modifica dello statuto, purché il numero e il valore nominale delle azioni, nonché l'importo dei versamenti effettuati sulle stesse, rimangano invariati (art. 653q cpv. 3 CO). Rimangono invece necessari la doppia delibera dell'assemblea generale e la registrazione presso l'ufficio del registro di commercio. Le disposizioni relative alla garanzia dei crediti, al bilancio intermedio, alla attestazione di revisione e alle constatazioni del Consiglio di amministrazione non trovano invece applicazione proprio quando il capitale azionario viene aumentato almeno fino all'importo precedente e l'importo dei versamenti effettuati non viene ridotto (art. 653q cpv. 1 CO); al di fuori di questa configurazione – in particolare in caso di riduzione del capitale a zero – si applicano le disposizioni generali degli art. 653k segg. CO. In entrambi i casi, quindi, l'apporto di capitale avviene a livello operativo, senza che sia necessario adeguare statutariamente la struttura patrimoniale della società. Esistono invece differenze per quanto riguarda la procedura formale e le conseguenze giuridiche per i diritti dei soci.

6. Distinzione dalle prestazioni accessorie

28 Sebbene anche gli obblighi di versamento supplementare, come gli obblighi di prestazioni accessorie ai sensi dell'art. 796 CO, richiedano una base statutaria, si tratta di **categorie diverse dal punto di vista del contenuto**. Gli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795 CO mirano **esclusivamente alla dotazione finanziaria** della società e sono **direttamente riconducibili al regime del capitale proprio**. Essi presuppongono pertanto una prestazione in denaro o in altri valori patrimoniali **senza adeguata controprestazione** (cfr. art. 796 cpv. 4 CO), il che li distingue chiaramente da altri contributi nell'ambito degli obblighi interni alla società. Gli obblighi di prestazione accessoria ai sensi dell'art. 796 CO sono invece di natura prevalentemente **non finanziaria**; essi comprendono, ad esempio, il trasferimento di know-how o prestazioni lavorative personali e devono servire allo scopo della società, al mantenimento della sua autonomia o alla salvaguardia della composizione della cerchia dei soci (art. 796 cpv. 2 CO), non al suo finanziamento. I conferimenti in denaro non sono tuttavia esclusi: gli obblighi statutari di

versamento di denaro o di conferimento di altri valori patrimoniali sono soggetti al regime dei versamenti supplementari solo se, cumulativamente, non è prevista una controprestazione adeguata e la richiesta di copertura serve a soddisfare il fabbisogno di capitale proprio della società (art. 796 cpv. 4 CO). Se ricorrono entrambe le condizioni, esse sono considerate – indipendentemente dalla loro qualificazione formale nello statuto – come obblighi di versamento supplementare dal punto di vista sostanziale e devono soddisfare i requisiti di cui agli art. 795 segg. CO

II. BASE STATUTARIA (COMMA 1)

A. Requisito della base statutaria

29 L'introduzione di un obbligo di versamento supplementare presuppone obbligatoriamente una base statutaria (art. 795 cpv. 1 CO). A tal proposito, lo statuto deve indicare in modo inequivocabile l'esistenza di un obbligo di versamento supplementare e definirne chiaramente la portata. L'obbligo di versamento supplementare può essere definito solo entro i limiti dell'importo massimo consentito dalla legge ai sensi dell'art. 795 cpv. 2 CO. Fino all'entrata in vigore della revisione del diritto delle società per azioni il 1° gennaio 2023, l'obbligo di versamento supplementare era qualificato come un caso di contenuto statutario condizionatamente necessario ai sensi dell'art. 776a cpv. 1 n. 1 CO. Con la legge federale del 19 giugno 2020 (diritto delle società per azioni), l'art. 776a CO è stato tuttavia abrogato senza sostituzione, poiché un elenco sistematico dei contenuti statutari minimi – sul modello del diritto delle società per azioni (art. 626 CO) – non è stato più ritenuto necessario.

30 La delibera relativa all'introduzione o alla modifica di un obbligo di versamento supplementare richiede l'autenticazione pubblica e l'iscrizione nel registro di commercio (art. 780 CO; art. 73 cpv. 1 lett. j OR). Per quanto riguarda l'adozione della delibera, ai sensi dell'art. 797 CO occorre distinguere: se viene introdotto o aumentato un obbligo di versamento supplementare a carico di tutti i soci, è richiesta l'unanimità. Questa elevata soglia di consenso si applica nonostante l'obbligo di versamento supplementare sia **legato alla quota di capitale e non alla persona**. Il legislatore intende garantire che i soci non possano essere obbligati **a posteriori a prestazioni finanziarie aggiuntive** senza il **consenso esplicito a un ampliamento sostanziale dei loro obblighi.** Se l'obbligo di

versamento supplementare viene introdotto o aumentato solo per determinate quote ordinarie – ad esempio in caso di creazione di nuove categorie di quote o di modifica di quelle esistenti –, è sufficiente il consenso dei soci interessati. **È inoltre necessaria una delibera di modifica dello statuto**, che si attiene al **requisito di maggioranza di cui all'art. 808 CO**.

31 Se l'obbligo di versamento supplementare è stato introdotto statutariamente, in caso di cessione di una quota sociale interessata occorre tenere conto di un ulteriore aspetto: **Ai sensi dell'art. 785 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 777a cpv. 2 n. 1 CO, nel contratto di cessione deve essere espressamente indicato l'obbligo di versamento supplementare esistente**; in caso contrario, il contratto di cessione potrebbe risultare nullo. Tale indicazione è superflua solo se l'acquirente è già socio o socia (art. 785 cpv. 2, parte finale, CO); lo stesso vale per il buono di sottoscrizione in caso di aumento del capitale sociale (art. 781 cpv. 3, seconda frase, CO). Allo stesso tempo, anche **la società stessa può negare il proprio consenso alla cessione** qualora la capacità dell'acquirente di adempiere all'obbligo di versamento integrativo **sia dubbia**. In tal caso, **l'art. 786 cpv. 2 n. 5 CO** consente una cosiddetta **clausola di solvibilità**, in base alla quale è possibile rifiutare il consenso alla cessione qualora non venga fornita una garanzia sufficiente. La possibilità di disciplinare tali clausole a livello statutario dimostra che il legislatore **intende garantire consapevolmente la capacità di versare contributi supplementari anche in caso di acquisizione di una quota sociale interessata**. Si raccomanda pertanto di **valutare, già al momento dell'introduzione degli obblighi di versamento di contributi supplementari, l'inserimento di una corrispondente clausola di solvibilità**, al fine di garantire la funzionalità dello strumento anche in caso di avvicendamenti tra i soci.

B. Regolamentazione della richiesta di versamenti supplementari e destinazione statutaria

32 Lo statuto non deve specificare in dettaglio a quali condizioni possano essere richiesti versamenti supplementari. I casi previsti dall'art. 795a cpv. 2 n. 1 (perdita di capitale) e n. 2 (carenza di liquidità) si applicano direttamente per legge e non richiedono **alcuna ulteriore definizione nello statuto.** Un obbligo di versamento supplementare formulato in termini generici è sufficiente, a tal fine, per far valere tali motivi di richiesta.

La situazione è diversa per quanto riguarda l'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO. Questa disposizione consente di richiedere versamenti supplementari per altri scopi definiti nello statuto. In questo caso la legge richiede una **definizione chiara e specifica dello scopo** nello statuto. Formulazioni generiche o vaghe come «per garantire il finanziamento dell'impresa» o «per investimenti» non sono sufficienti. È necessaria una motivazione concreta, legata all'oggetto sociale. In assenza di tale base statutaria, una richiesta di versamenti supplementari fondata sulla lett. 3 è inammissibile. Ai fini della certezza del diritto e per distinguere tali obblighi da quelli di natura puramente obbligazionaria, si raccomanda di **definire il più chiaramente possibile** l'ambito di applicazione nello statuto, in particolare qualora si intenda applicare anche il n. 3. 33

C. Distinzione dagli obblighi di copertura di natura obbligazionaria

Non tutti gli obblighi relativi al finanziamento della società sono di natura societaria. Gli obblighi che trovano fondamento al di fuori dello statuto – ad esempio tramite garanzia, fideiussione o prestito – **non** sono considerati obblighi di versamento supplementare ai sensi degli art. 795 e segg. CO. Si tratta infatti di **obblighi di prestazione di natura contrattuale**, soggetti al Codice delle obbligazioni (ad es. art. 312 e segg. CO). Sono ammessi anche «versamenti supplementari» concordati esclusivamente a livello contrattuale, ad esempio in accordi di vincolo tra azionisti o accordi aggiuntivi – **tali obblighi non sono tuttavia soggetti al regime di diritto societario di cui agli articoli 795 e seguenti del CO**, in particolare non alle disposizioni relative alla richiesta di versamento, all'importo o al rimborso. Lo statuto deve pertanto indicare chiaramente se l'obbligo sia un **obbligo di versamento supplementare a carico della società** ai sensi della legge. Solo in tal caso si applicano le disposizioni di tutela e strutturali previste dal diritto delle Sagl. 34

III. IMPORTO DELL'OBBLIGO DI VERSAMENTO SUPPLEMENTARE (COMMA 2)

A. Limite massimo previsto dalla legge

L'art. 795 cpv. 2 CO stabilisce che l'importo del versamento supplementare connesso a una quota sociale non possa superare il **doppio del valore** 35

nominale. Il limite previsto dalla legge garantisce che gli obblighi statutari rimangano calcolabili. Tale limite è **imperativo** e ha lo scopo di garantire che la Sagl non venga di fatto trasformata, attraverso la struttura statutaria, in una società a responsabilità illimitata. Il limite consente inoltre di valutare meglio la solvibilità della società dal punto di vista dei creditori.

B. Vincolo alla quota sociale

36 In caso di trasferimento della quota sociale, l'obbligo di versamento supplementare si trasferisce in linea di principio all'acquirente, purché siano rispettate le formalità previste (art. 785 CO) e i requisiti di approvazione previsti dal diritto societario (art. 786 CO). Nel contratto di cessione deve essere fatto riferimento all'obbligo di versamento supplementare (art. 785 cpv. 2 in combinato disposto con l'art. 777a cpv. 2 n. 1 CO), poiché esso può avere conseguenze significative per l'acquirente; tale indicazione è superflua solo se quest'ultima è già socia o socio (art. 785 cpv. 2, parte finale, CO).

37 L'ammontare dell'obbligo di versamento supplementare deve essere determinato individualmente in relazione alle quote sociali – non sono sufficienti importi forfettari o somme globali. Sono ammessi importi fissi in denaro (ad es. CHF 5'000 per quota) o indicazioni relative (ad es. il 20 % del capitale sociale), sempre entro i limiti massimi previsti dalla legge (art. 795 cpv. 2 CO). A tal proposito, occorre sempre assicurarsi che l'onere individuale a carico di una quota sociale non superi il limite massimo previsto dalla legge. Non sono ammesse indicazioni forfettarie, ad es. «obblighi di versamento supplementare fino a un importo complessivo di CHF 100'000», se non viene effettuata alcuna **attribuzione a quote ordinarie concrete**. Una formulazione di questo tipo è in contrasto con il principio di determinatezza e comporta la nullità della disposizione.

38 L'obbligo di versamento supplementare può essere introdotto in modo differenziato per **singole quote di capitale o determinate categorie di quote di capitale**. Lo statuto può, ad esempio, prevedere importi di versamenti supplementari diversi per le quote sociali con diritti di voto speciali o di particolare rilevanza economica, purché la norma rimanga trasparente e determinabile. Queste possibilità di differenziazione illustrano la flessibilità del diritto delle Sagl, che consente di tenere conto della capacità contributiva individuale e di lasciare margini di manovra all'interno di un quadro chiaramente delimitato.

C. Pubblicità e trasparenza

L'entità concreta dell'obbligo di versamento supplementare non viene resa pubblica nel Registro di commercio. Viene iscritto solo un riferimento alla descrizione più dettagliata contenuta nello statuto (art. 73 cpv. 1 lett. j ORC). L'ammontare e la configurazione concreta – e in particolare anche quali quote sociali sono interessate – risultano solo dallo statuto stesso. Per i creditori sussiste quindi solo un **accesso indiretto alle informazioni**: essi possono accertare l'esistenza di obblighi di versamento supplementare, ma non la loro portata. 39

IV. RESPONSABILITÀ (COMMA 3)

L'art. 795 cpv. 3 CO chiarisce espressamente che **non sussiste alcuna responsabilità solidale** dei soci per i versamenti supplementari. Ciascun socio risponde solo degli obblighi connessi alle proprie quote sociali. L'obbligo di versamento supplementare costituisce quindi una **responsabilità personale, ma oggettiva** – paragonabile a un'obbligazione reale –, che è legata alla quota sociale. È esclusa una partecipazione proporzionale o solidale ai versamenti supplementari di altri soci. 40

BIBLIOGRAFIA

Amstutz Marc/Chappuis Fernand/Gohari Ramin Silvan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Amstutz Marc/Gohari Ramin Silvan, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Bernadoni Nicola/Catelli Cinzia, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Bernet Sandro, Das Kapitalband als Instrument der Unternehmensfinanzierung, Diss. Zürich, Zürich 2023 (zit. Bernet, Kapitalband).

Böckli Peter, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli Peter/Forstmoser Peter (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 1-43 (zit. GmbH-Recht).

Böckli Peter, Schweizer Aktienecht – Aktienrecht mit Rechnungslegung, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. Aktienrecht).

Böckli Peter/Forstmoser Peter/Rapp Jean-Marc, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern.

Candreia Philipp/Zindel Gaudenz G/Isler Peter R., in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Chabloz Isabelle, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 103 (2007), S. 85-92 (zit. SJZ).

Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Dörig Adrian/Glatthaar Matthias, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Drenhaus Mark, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., Zürich 2024 (zit. CHK).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Germann Sandro, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2015.

Giroud, Roger, Nachschusspflicht des Aktionärs, in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, S. 181-188.

Handschin Lukas/Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jaccard Michel/Baruh Erol, Capital-risque et financement par étape (staged financing). De nouvelle perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?, GesKR 3/2007, S. 280-287.

Kägi Urs/Zweifel Linus, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Keller Raphael, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl. Basel 2025 (zit. KuKo).

Küng Manfred/Aebischer Marcel, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhöhung, GesKR 2014, S. 52-62 (zit. GesKR).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1944.

Montavon Pascal/Jabbour Ivan, Nachschüsse und Verpflichtungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten der GmbH, TREX 2 (2023), S. 236-243 (zit. TREX).

Nigg Hans, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Ruggle Peter, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Seiler Moritz/Sethe Rolf, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 1. Aufl., Basel 2014 (zit. KuKo).

Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201-222 (zit. ZSR 2018).

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Stauber Nathalie V./Talbot Philipp, Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht, AJP 2017, S. 874-885.

Sturny Thiemo/Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2019 Zürich.

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

I MATERIALI

Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts- Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001, BBl 2002 3148 ff.; abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2002/443/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2002-443-de-pdf-a.pdf, besucht am 13.6.2025.

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff., abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf, besucht am 13.6.2025.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 795a CO

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly, Commentario all'art. 795a CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online al diritto delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Schneuwly, art. 795a CO N. XXX.

2. Richiesta

Art. 795*a*

[1] I versamenti suppletivi sono ordinati dai gerenti.

[2] Possono essere ordinati soltanto se:

la somma del capitale sociale e delle riserve legali non è più coperta; senza questi mezzi supplementari la società non può continuare a gestire i suoi affari in modo diligente;
a società necessita di capitale proprio per motivi previsti nello statuto.

[3] La dichiarazione di fallimento rende esigibili i versamenti suppletivi non ancora effettuati.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali 473
II. Esercizio dell'obbligo di versamento supplementare (comma 1) 474
A. Competenza e natura giuridica della delibera 474
1. Attribuzione e potere decisionale 474
2. Confronto con la deliberazione relativa all'aumento di capitale nell'ambito della fascia di capitale 475
B. Requisiti di contenuto e modalità 476
C. Esecuzione, fissazione dei termini e conseguenze giuridiche 477
D. Conseguenze in caso di delibera contraria alla richiesta di versamenti supplementari 479
1. Responsabilità civile derivante dalla delibera 479
2. Conseguenze penali di un deliberato 480
III. Presupposti (comma 2) 481
A. Perdita di bilancio (punto 1) 481
1. Definizione e classificazione funzionale 481
2. Base contabile e questioni di valutazione 483
3. Rapporto con l'obbligo di risanamento ai sensi dell'art. 820 in combinato disposto con l'art. 725a CO 483
4. Rapporto con la riduzione del capitale con contemporaneo aumento 485
B. Carenza di liquidità (n. 2) 485
1. Definizione e classificazione funzionale 485
2. Base di bilancio e questioni di valutazione 486
3. Rapporto con l'obbligo di risanamento ai sensi dell'art. 820 in combinato disposto con l'art. 725 CO 487
C. Motivi statutari di richiamo (punto 3) 488
1. Definizione e inquadramento funzionale 488
2. Requisiti formali: chiarezza e destinazione d'uso 488
3. Rapporto con i punti 1 e 2 489
IV. Fallimento (comma 3) 490
A. Scadenza 490
B. Competenza dell'amministrazione fallimentare 491
1. Competenza decisionale 492
2. Competenza esecutiva 492
3. Valutazione 493
C. Distinzione rispetto all'art. 871 cpv. 4 CO 494
D. Destinazione d'uso e esigibilità in caso di fallimento ai sensi del n. 3 495
Bibliografia 496

I. CONSIDERAZIONI GENERALI

L'art. 795a CO disciplina la procedura per la richiesta di versamenti integrativi, la cui base statutaria deriva dall'art. 795 CO. Mentre l'art. 795 definisce l'«opportunità» e le condizioni quadro dell'obbligo di versamento supplementare, l'art. 795a ne disciplina le «modalità», ovvero i presupposti, le competenze e gli effetti della richiesta. La normativa opera all'intersezione tra autonomia finanziaria, misure di risanamento precoci e corresponsabilità personale dei soci – riflettendo così la struttura ibrida della Sagl, a metà strada tra una società di capitali e una società di persone. L'art. 795a CO concretizza i tre motivi ammissibili per la richiesta di versamenti supplementari: quando la somma del capitale sociale e delle riserve legali non è più coperta, in altre parole in caso di perdita di bilancio (punto 1); quando la società non può proseguire regolarmente la propria attività senza questi mezzi supplementari, in altre parole in caso di imminente crisi di liquidità (punto 2); e quando la società necessita di capitale proprio per motivi descritti nello statuto, in altre parole, in caso di fabbisogno di capitale proprio definito dallo statuto (punto 3). Mentre i punti 1 e 2 sono previsti dalla legge e rispondono a una situazione di grave pericolo, il punto 3 presuppone una base statutaria chiara e mirata. 1

L'obbligo di versamento supplementare ha subito una profonda revisione nel corso della riforma della Sagl del 2008. Ai sensi della normativa in vigore fino al 31 dicembre 2007, esso era concepito **esclusivamente come misura di risanamento**: poteva essere richiesto solo in presenza di una perdita di bilancio (art. 803 cpv. 1 frase 2 aOR) e serviva principalmente a scongiurare un fallimento imminente. La riforma ha superato questo ristretto quadro funzionale e ha trasformato l'obbligo di versamento supplementare in uno strumento flessibile di finanziamento interno, che può essere utilizzato non solo in caso di crisi, ma anche per rafforzare attivamente il capitale e garantire la liquidità. Oggi la società può – oltre alla liberazione del capitale sociale – richiedere ulteriori mezzi finanziari ai soci senza dover procedere a un aumento formale di capitale ai sensi degli art. 781 e segg. CO. 2

Proprio per le **PMI orientate alla crescita e ad alta intensità di capitale**, l'obbligo statutario di versamento supplementare apre nuovi margini di manovra: essa consente di gravare in modo mirato su singoli soci particolarmente redditizi, senza che tutti gli interessati debbano contribuire in modo proporzionale. Il capitale sociale nominale rimane invariato, ma i 3

versamenti supplementari effettivamente richiesti ed effettuati rafforzano il patrimonio netto economico, ad esempio attraverso la costituzione di riserve. Il legislatore ha espressamente confermato questa attribuzione nell'art. 826 cpv. 1 CO: i versamenti supplementari effettuati e non rimborsati devono essere imputati, ai fini del calcolo della quota di liquidazione, alle quote di capitale dei soci interessati nonché al capitale sociale, salvo diversa disposizione dello statuto. Concependo l'obbligo di versamento supplementare come equivalente funzionale al conferimento parzialmente liberato, il legislatore gli ha conferito una natura simile al patrimonio netto, senza per questo perdere completamente il suo carattere risanatorio: esso rimane infatti uno strumento importante per scongiurare un imminente sovraindebitamento o un fallimento e per garantire la stabilità finanziaria a breve termine.

II. ESERCIZIO DELL'OBBLIGO DI VERSAMENTO SUPPLEMENTARE (COMMA 1)

A. Competenza e natura giuridica della delibera

1. Attribuzione e potere decisionale

4 Con la riforma della GmbH del 2008, il **sistema di richiesta di versamenti supplementari** è stato modificato in modo radicale: la direzione può far valere il diritto a versamenti supplementari senza una previa delibera dell'assemblea dei soci – una rottura consapevole con il diritto vigente fino alla fine del 2007 (art. 803, comma 3, aOR). Questo trasferimento di competenze rafforza la **capacità di agire in situazioni di crisi** e sottolinea il carattere economico-aziendale dell'obbligo di versamenti supplementari come strumento di finanziamento interno.

5 La richiesta di versamenti supplementari costituisce un atto ordinario di gestione e non rientra pertanto tra le competenze inalienabili ai sensi dell'art. 810 cpv. 2 CO. L'art. 795a cpv. 1 CO attribuisce la competenza alla direzione. **Lo statuto può discostarsi da tale disposizione in due modi,** che vanno distinti: da un lato, può prevedere che la direzione debba sottoporre la decisione di richiesta di versamento all'assemblea dei soci per l'approvazione (art. 811 cpv. 1 n. 1 CO); in tal caso la competenza decisionale rimane alla direzione e l'approvazione non limita la sua responsabilità (art. 811

cpv. 2 CO). D'altra parte, lo statuto può attribuire la competenza nella sua totalità all'assemblea dei soci; la base giuridica non è l'art. 811 CO, bensì l'art. 810 cpv. 1 CO in combinato disposto con l'art. 804 cpv. 2 n. 18 CO. Poiché la richiesta di versamenti non costituisce un diritto di gestione non trasferibile ai sensi dell'art. 810 cpv. 2 CO, nulla osta a tale attribuzione.

Se l'obbligo di versamento supplementare non è disciplinato diversamente da una norma statutaria speciale, per l'adozione delle deliberazioni relative alla gestione si applica il principio della maggioranza ordinaria ai sensi dell'art. 809 cpv. 4 CO. È determinante la maggioranza dei voti espressi; in caso di parità di voti, il presidente ha il voto decisivo (art. 809 cpv. 4, frasi 1 e 2, CO). All'interno della direzione si applica quindi il **principio del voto per testa**; la partecipazione al capitale sociale è irrilevante. Lo statuto può disciplinare in modo diverso la procedura decisionale (art. 809 cpv. 4, terza frase, CO). Se lo statuto attribuisce la decisione in materia di richiamo del capitale all'assemblea dei soci, la procedura decisionale si basa sull'art. 808 CO: è richiesta la maggioranza assoluta dei voti rappresentati, salvo diversa disposizione di legge o dello statuto. Non è richiesto un quorum qualificato ai sensi dell'art. 808b CO; la delibera di richiamo attua l'obbligo di versamenti supplementari già previsto dallo statuto, senza introdurlo né estenderlo. Per la sua introduzione o estensione successiva, l'art. 797 CO richiede comunque il consenso di tutti i soci interessati. 6

2. Confronto con la deliberazione relativa all'aumento di capitale nell'ambito della fascia di capitale

La richiesta di versamenti supplementari ai sensi dell'art. 795a CO presenta analogie funzionali con la deliberazione del consiglio di amministrazione relativa all'aumento di capitale nell'ambito della fascia di capitale (artt. 653s–653v CO). Sia l'obbligo di versamenti supplementari che la fascia di capitale presuppongono che l'assemblea generale o l'assemblea dei soci crei un'apposita base statutaria (art. 795 cpv. 1 e art. 653s cpv. 1 CO). Nel caso della società per azioni, l'Assemblea generale deve autorizzare esplicitamente il Consiglio di amministrazione, mediante modifica dello statuto, a ricorrere alla fascia di capitale (art. 653s cpv. 1–3 CO), precisando nello statuto i limiti massimo e minimo della fascia, la durata dell'autorizzazione (massimo cinque anni) e le ulteriori condizioni devono essere definite con precisione nello statuto. Entro questo quadro, l'organo operativo – il Consiglio di 7

amministrazione o la Direzione – dispone di un margine di manovra imprenditoriale per decidere in modo flessibile in merito alla richiesta di fondi aggiuntivi.

8 Gli organi dispongono in tal senso di un potere discrezionale conforme ai loro doveri per decidere se e in quale misura utilizzare l'importo massimo previsto. Essi non sono né obbligati a richiedere immediatamente l'importo massimo, né impediti di effettuare richiami scaglionati o parziali: la loro decisione si basa su criteri di gestione aziendale; il controllo giurisdizionale si basa sui principi della «Business Judgement Rule». È determinante che la decisione sia stata presa sulla base di informazioni adeguate, in assenza di conflitti di interesse e nel ben inteso interesse della società.

9 Dal punto di vista strutturale, tuttavia, i meccanismi differiscono notevolmente: la riserva di capitale modifica il capitale azionario nominale rilevante ai fini della responsabilità, il che richiede, tra l'altro, una modifica dello statuto (art. 653u cpv. 4 CO) ed è quindi soggetto a meccanismi di tutela più rigorosi previsti dal diritto societario, in particolare i diritti di opzione degli azionisti (art. 652b cpv. 1 CO), che vengono limitati o soppressi (art. 653t cpv. 1 n. 7 CO). I versamenti supplementari non aumentano il capitale sociale nominale e non attivano tali meccanismi di tutela; essi servono al finanziamento interno o al risanamento.

B. Requisiti di contenuto e modalità

10 La direzione deve adottare una **delibera di richiamo** con contenuti ben definiti. Tale delibera deve contenere almeno l'importo complessivo, la ripartizione tra i soci, la scadenza, le modalità di pagamento ed eventuali conseguenze giuridiche (ad es. penale convenzionale o esclusione). **Le sanzioni quali una penale convenzionale o l'esclusione devono tuttavia essere già previste nello statuto; non possono essere introdotte solo con la delibera di richiesta di versamento.** Non è chiaro quale conseguenza giuridica comporti la mancanza di questi elementi. Una parte della dottrina ipotizza la **nullità**. Sembra preferibile una differenziazione: in caso di mancanza di un elemento costitutivo – in particolare l'importo complessivo o il criterio di ripartizione –, la delibera non è esecutiva per impossibilità di determinare la prestazione e non produce alcun effetto. In caso di mere carenze formali (ad esempio un termine inadeguato), la delibera non è invece nulla, ma i suoi effetti devono essere corretti. La nullità delle delibere di

gestione viziate va fatta valere ai sensi dell'art. 816 CO, che rimanda ai motivi di nullità delle deliberazioni dell'assemblea generale (art. 706b CO), per cui i motivi di nullità devono essere interpretati in senso restrittivo.

La ripartizione segue il criterio legale legato alla singola quota sociale: ai sensi dell'art. 795 cpv. 2 CO, lo statuto stabilisce l'importo dell'obbligo di versamento supplementare connesso a una quota sociale, e ai sensi dell'art. 795 cpv. 3 CO i soci rispondono solo dei versamenti supplementari connessi alle proprie quote sociali. È quindi determinante il numero di quote di capitale detenute, moltiplicato per l'importo del versamento supplementare stabilito dallo statuto per ciascuna quota. Ne deriva una ripartizione in base alle quote di valore nominale solo nella misura in cui tutte le quote di capitale abbiano lo stesso valore nominale; in caso di valori nominali diversi (cfr. art. 774 CO), le due chiavi di ripartizione divergono, poiché il limite massimo del doppio del valore nominale ai sensi dell'art. 795 cpv. 2, seconda frase, CO ha un effetto diverso per ciascuna quota sociale. A titolo di confronto: per la cooperativa, l'art. 871 cpv. 3 CO fa riferimento, in via sussidiaria, all'importo delle quote cooperative e – in loro assenza – al numero di soci. Le deroghe nella ripartizione dei versamenti supplementari sono ammesse dallo statuto, ma sono soggette al **principio di parità di trattamento** ai sensi dell'art. 813 CO. 11

La direzione può richiedere i versamenti supplementari anche **in modo scaglionato o selettivo**, limitandoli ad esempio a determinate quote ordinarie o categorie di quote, purché ciò sia compatibile con le disposizioni statutarie e sia garantita la parità di trattamento dei soci. 12

C. Esecuzione, fissazione dei termini e conseguenze giuridiche

A seguito dell'adozione della delibera, la direzione è tenuta a richiedere ai soci interessati il versamento dei contributi supplementari. A tal fine deve essere fissato un **termine adeguato**, la cui durata dipende dalle circostanze concrete e da ciò che è ragionevolmente esigibile per gli interessati. Alla scadenza del termine fissato, il debito relativo al versamento supplementare diventa esigibile. A partire da tale momento, la società può intentare un'azione civile per ottenere il pagamento o avviare un procedimento esecutivo. A integrazione di ciò, possono trovare applicazione le **sanzioni previste dallo statuto**, come ad esempio una penale convenzionale. La loro base giuridica è cambiata: l'art. 776a CO, che indicava la penale convenzionale come elemento 13

ammissibile dello statuto, è stato abrogato dalla revisione del diritto delle società per azioni con effetto dal 1° gennaio 2023; l'art. 776 CO limita da allora i contenuti obbligatori dello statuto a quattro punti. L'ammissibilità di una penale convenzionale relativa ai versamenti supplementari deriva quindi oggi dall'autonomia statutaria in combinato disposto con l'art. 795 cpv. 1 CO; la sua introduzione a posteriori richiede, ai sensi dell'art. 797 CO, il consenso di tutti i soci interessati. Oltre alla penale convenzionale, la società dispone dell'esclusione per giusta causa (art. 823 CO) nonché – a titolo preventivo – il rifiuto statutario di dare il consenso alla cessione ai sensi dell'art. 786 cpv. 2 n. 5 CO, qualora l'adempimento dell'obbligo di versamento supplementare sia dubbio e non venga prestata una garanzia richiesta.

14 La forma della comunicazione relativa alla richiesta di versamento non è disciplinata dalla legge. Salvo diversa disposizione dello statuto, la **notifica può avvenire in forma libera**. È ammesso formulare la richiesta in modo personalizzato a seconda del socio o della socia – ad esempio tramite e-mail o lettera raccomandata. Per motivi probatori, tuttavia, si raccomanda sempre una **notifica tracciabile**, in particolare in caso di richieste controverse o soggette a sanzioni. Due questioni conseguenti di rilevanza pratica rimangono irrisolte. Ciò riguarda, da un lato, la compensazione: la legge non disciplina se il socio possa compensare il debito derivante dal versamento supplementare con un proprio credito nei confronti della società. Poiché i versamenti supplementari hanno carattere analogo al capitale proprio (art. 826 cpv. 1 CO) e il loro rimborso, ai sensi dell'art. 795b CO, è vincolato al capitale proprio liberamente utilizzabile e a una conferma di revisione, una compensazione senza condizioni sarebbe in contrasto con la tutela del capitale – almeno nella situazione di crisi di cui all'art. 795a cpv. 2 n. 1 e 2 CO, in cui la richiesta di versamento serve proprio all'apporto di liquidità. D'altro canto, ciò riguarda la prescrizione: il credito relativo ai versamenti supplementari è un credito di diritto societario privo di una normativa specifica e, secondo l'interpretazione qui sostenuta, si prescrive in dieci anni dalla scadenza (art. 127 CO), quindi dalla scadenza del termine fissato dalla direzione.

D. Conseguenze in caso di delibera contraria alla richiesta di versamenti supplementari

1. Responsabilità civile derivante dalla delibera

La richiesta di versamenti supplementari rientra nella discrezionalità della direzione, nell'ambito dei propri doveri. A tal proposito è fondamentale l'art. 812 cpv. 1 CO: gli amministratori devono adempiere ai propri compiti con la massima diligenza e tutelare gli interessi della società in buona fede. Questo obbligo di diligenza corrisponde a quello di cui all'art. 717 cpv. 1 CO e richiede un comportamento oggettivo secondo i criteri di una gestione consapevole dei propri doveri. Ai sensi dell'art. 827 CO, il diritto delle Sagl rimanda, in materia di responsabilità, alle norme del diritto delle società per azioni (art. 754 CO), cosicché gli amministratori rispondono dei danni derivanti da una violazione dei propri doveri. 15

In particolare, qualora sussista un motivo legale di recupero ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO e la direzione, nonostante tale situazione, non deliberi la richiesta di versamenti supplementari, in caso di successivo fallimento può sussistere una violazione degli obblighi. Sebbene non esista **un obbligo di richiesta espressamente disciplinato**, la **responsabilità della direzione** aumenta con l'aggravarsi del rischio economico. Nelle questioni finanziarie è necessaria una valutazione particolarmente accurata. Se si rinuncia a far valere l'obbligo di versamento supplementare, nonostante sussista un motivo legale, ciò può comportare una responsabilità ai sensi dell'art. 827 in combinato disposto con l'art. 754 CO – ad esempio se l'omissione contribuisce ad aggravare la situazione di crisi. A questo proposito va sottolineato che il motivo di richiesta ai sensi dei punti 1 e 2 si applica prima di una crisi finanziaria – perdita di capitale ai sensi dell'art. 725a cpv. 1 CO o imminente insolvenza ai sensi dell'art. 725 cpv. 2 CO –, il che complica la valutazione se la richiesta sia realmente necessaria come misura di risanamento «precoce». Per quanto riguarda la responsabilità della direzione aziendale, occorre inoltre tenere conto del fatto che il criterio di responsabilità non può basarsi retrospettivamente su una conoscenza *ex post*. È invece determinante stabilire se la decisione fosse giustificabile dal punto di vista imprenditoriale in una prospettiva *ex ante* (Business Judgement Rule). La valutazione del tribunale non può sostituirsi alla libertà di valutazione e di discrezionalità della direzione aziendale. Questa concezione della 16

responsabilità corrisponde al principio secondo cui le decisioni imprenditoriali, se preparate nel rispetto dei doveri, devono essere in linea di principio accettate – anche se a posteriori si rivelano inadeguate.

17 **Il soggetto legittimato ad agire** è in primo luogo la società stessa, rappresentata dalla propria direzione. La decisione della direzione aziendale di intentare un'azione legale contro uno o più membri della direzione è rara nella pratica. In base al principio dell'autogestione nella Sagl, in linea di principio – salvo eccezioni previste dallo statuto – tutti i soci sono anche amministratori (art. 809 cpv. 1 CO). Di conseguenza, è particolarmente difficile delimitare la corresponsabilità del socio attore in caso di omissione contraria ai doveri relativi alla richiesta di adempimento dell'obbligo di versamento supplementare. Inoltre, non è realistica nemmeno la soluzione secondo cui la delibera di intentare un'azione legale contro uno o più membri della direzione venga presa dall'assemblea dei soci anziché dalla direzione stessa. In caso di fallimento, anche i creditori della società hanno quindi il diritto di agire in giudizio.

18 La richiesta di versamento è quindi formalmente facoltativa, ma nella pratica comporta una notevole pressione decisionale. La direzione deve **documentare in modo adeguato** la decisione di far valere tale diritto. Ciò vale a maggior ragione quando sussiste un motivo legale per la richiesta di versamenti integrativi, ma non viene deliberata alcuna richiesta. Una meticolosa redazione del verbale tutela non solo la società, ma anche gli organi stessi da successive azioni di responsabilità. Particolarmente soggette a conflitti sono le situazioni di auto-organo ai sensi dell'art. 809 cpv. 1 CO, in cui i soci amministratori sono essi stessi tenuti a versare contributi supplementari. Se si rinuncia a richiedere il versamento per evitare oneri finanziari a proprio carico, sussiste un conflitto di interessi. In tali casi, la «business judgement rule» trova applicazione solo in misura limitata, poiché la sua applicazione presuppone che la decisione sia orientata esclusivamente all'interesse della società.

2. Conseguenze penali di un deliberato

19 Oltre alla responsabilità civile, dall'obbligo di richiedere versamenti integrativi possono derivare anche implicazioni penali. In particolare, si può configurare il reato di cattiva gestione ai sensi dell'art. 165 del Codice penale svizzero (CP) qualora la direzione, nonostante un'evidente situazione di crisi – ad esempio

in caso di perdita di bilancio o di imminente insolvenza – ometta, in violazione dei propri doveri, di effettuare una verifica o di richiedere il versamento di contributi supplementari, provocando o aggravando così il sovraindebitamento o l'insolvenza della società. A tal proposito, non è rilevante ai fini del reato qualsiasi negligenza, bensì solo una grave condotta economica scorretta che superi i limiti del rischio imprenditoriale giustificabile. L'omessa richiesta di versamenti supplementari non rientra in linea di principio negli articoli 163 o 164 del Codice penale svizzero (CP), poiché tali fattispecie presuppongono una riduzione patrimoniale attiva e dolosa.

III. PRESUPPOSTI (COMMA 2)

Ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 CO, la richiesta di versamenti supplementari presuppone che sia soddisfatto uno dei tre motivi di richiesta previsti dalla legge: la perdita di bilancio (n. 1), una carenza di liquidità (n. 2) o un fabbisogno di capitale proprio definito dallo statuto (n. 3). L'elenco è esaustivo; altre ipotesi di richiesta non sono ammesse. Mentre i punti 1 e 2 riguardano situazioni di crisi tipizzate dalla legge e si applicano automaticamente in caso di obblighi di versamento supplementare stabiliti in via generale, il punto 3 presuppone una destinazione d'uso concretamente definita nello statuto. L'amministrazione non può ampliare arbitrariamente il quadro statutario in caso di richiamo ai sensi del punto 3 né definire nuovi scopi. 20

A. Perdita di bilancio (punto 1)

1. Definizione e classificazione funzionale

Il motivo di richiamo ai sensi del punto 1 sussiste quando la somma del capitale sociale e delle riserve legali – si intendono sia le riserve di capitale ai sensi dell'art. 671 CO sia le riserve di utili ai sensi dell'art. 672 CO – non è più coperta dal patrimonio della società. Questa formulazione si ispira al concetto di perdita di capitale di cui all'art. 725a CO, ma se ne discosta sia dal punto di vista terminologico che contenutistico. A differenza del diritto delle società per azioni, il diritto delle Sagl definisce, nel contesto dell'obbligo di versamento supplementare, una propria soglia di intervento più bassa. L'art. 725a cpv. 1 CO si applica quando l'attivo, al netto dei debiti, non copre più la 21

metà della somma costituita dal capitale azionario, dalla riserva di capitale legale non rimborsabile agli azionisti e dalla riserva di utili legale. L'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO, invece, interviene già in caso di completa **sottocopertura** del capitale sociale e delle riserve legali, ovvero in una fase nettamente precedente. Occorre notare una divergenza nell'oggetto di riferimento: a differenza dell'art. 725a cpv. 1 CO, l'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO non limita le riserve legali alla parte non rimborsabile. Non è chiaro se questa differenza sia stata introdotta consapevolmente o se debba essere armonizzata mediante l'applicazione per analogia del diritto delle società per azioni ai sensi dell'art. 820 CO. Il testo stesso depone contro un allineamento: l'art. 795a CO è una norma specifica della Sagl e non è oggetto del rinvio di cui all'art. 820 CO.

22 Per la copertura insufficiente ai sensi del n. 1 non esiste una terminologia univoca nella dottrina: la dottrina prevalente parla di **perdita di bilancio**. Talvolta viene tuttavia utilizzato anche il termine **perdita di capitale**, il che può portare a confusione con l'art. 725a CO e dovrebbe quindi essere evitato. La soglia prevista dall'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO è nettamente inferiore a quella della perdita di capitale ai sensi dell'art. 725a CO, che si verifica solo in caso di copertura inferiore al 50 %. L'intervallo compreso tra la copertura totale e la perdita di capitale ai sensi dell'art. 725a CO viene definito da Meier-Hayoz e Forstmoser come **«perdita di capitale incipiente»** – un indicatore precoce di difficoltà finanziarie che non fa ancora scattare un obbligo di risanamento previsto dalla legge, ma che richiede comunque una sorveglianza e, se del caso, un intervento tempestivo. Dal concetto di perdita di bilancio nel diritto delle Sagl , occorre inoltre distinguere quella prevista dal diritto delle cooperative (art. 871 cpv. 1 CO). Nigg afferma infatti che, ai sensi dell'art. 871 cpv. 1 CO, «una perdita di bilancio sussiste non solo in caso di sovraindebitamento, ma anche in presenza di un sottobilancio». Ciò porta alla definizione di **sottobilancio**, che Crone descrive come segue: «Si ha un sottobilancio quando il capitale sociale, costituito dal capitale azionario e dal capitale di partecipazione, e le riserve legali non sono più interamente coperti dall'attivo della società». Al contrario, Meier-Hayoz e Forstmoser definiscono il deficit patrimoniale in modo più restrittivo, ovvero come copertura insufficiente del capitale nominale, escludendo le riserve legali. Questa definizione **non** coincide con l'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO.

2. Base contabile e questioni di valutazione

La verifica viene effettuata sulla base di un **bilancio redatto a regola d'arte**, conforme alle norme contabili applicabili (cfr. art. 958 segg. CO) e approvato dall'assemblea dei soci (art. 804 cpv. 2 n. 5 CO) . Oltre al **bilancio annuale**, possono fungere da base anche **bilanci intermedi o di risanamento**, purché siano redatti in modo formalmente corretto e, se del caso, sottoposti a revisione. 23

Nella pratica si pone inoltre la questione di quanto si debba tenere conto delle **riserve occulte** nella valutazione della perdita di bilancio. Si distingue in questo contesto tra «riserve obbligatorie» costituite senza incidenza sul conto economico, che rimangono irrilevanti, e «riserve amministrative» o «riserve arbitrarie» costituite in modo discrezionale e contabilizzate con incidenza sul conto economico, che in linea di principio devono essere sciolte prima di richiedere versamenti supplementari. In via eccezionale, tali riserve possono essere mantenute se sussiste un motivo oggettivo e concreto per farlo – ad esempio in caso di copertura di rischi specifici dell'impresa o di previdenza strategica. Non sussiste quindi un obbligo generale di scioglimento delle riserve occulte, ma piuttosto una valutazione differenziata secondo il principio dell'adeguatezza oggettiva. 24

3. Rapporto con l'obbligo di risanamento ai sensi dell'art. 820 in combinato disposto con l'art. 725a CO

La richiesta di versamenti supplementari ai sensi del n. 1 CO avviene già **prima che si verifichi una perdita di capitale** ai sensi dell'art. 725a CO – ovvero **prima dell'inizio dell'obbligo legale di risanamento**, e consente così una reazione tempestiva alle difficoltà finanziarie. Anche se l'obbligo di versamenti supplementari può essere inteso come uno strumento finalizzato al risanamento, in senso stretto **non costituisce ancora una misura di risanamento ai sensi dell'art. 820 in combinato disposto con l'art. 725a CO**. In questo contesto, nel diritto delle Sagl emerge una logica di risanamento graduale: **(1) scioglimento delle riserve tacite e aperte esistenti**, (2) **richiesta di versamenti supplementari previsti dallo statuto** (art. 795a cpv. 2 n. 1 CO), (3) **misure di risanamento obbligatorie per legge** (art. 820 in combinato disposto con l'art. 725a CO), (4) moratoria concordataria o fallimento (art. 293 segg. LEF). Questa sequenza non è 25

giuridicamente vincolante, ma corrisponde al principio economico di una gestione graduale delle crisi.

26 Qualora sussista un obbligo statutario di versamento supplementare, la direzione aziendale è sì autorizzata a richiedere il versamento, ma non è obbligata in ogni caso a farlo. Spetta piuttosto a essa, nell'ambito del proprio potere di valutazione imprenditoriale, verificare se tale richiesta sia adeguata e nell'interesse della società. Se la richiesta di versamenti supplementari viene omessa, nonostante sussista una perdita di bilancio ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO, ciò può costituire – a seconda delle circostanze – una **violazione dei doveri di diligenza o di fedeltà** ai sensi dell'art. 754 o dell'art. 812 CO. Se l'obbligo di versamento supplementare in caso di perdita di bilancio non è stato fatto valere e si verifica una copertura insufficiente pari alla metà (perdita di capitale), entra in gioco anche l'obbligo legale di risanamento ai sensi dell'art. 820 in combinato disposto con l'art. 725a CO. La direzione è quindi tenuta ad adottare misure adeguate per risolvere la crisi – ad esempio mediante rinuncia a crediti, rinuncia al privilegio, riduzione del capitale o apporto di nuovi fondi – dopo aver prima esaurito gli obblighi statutari di versamento supplementare e sciolto le riserve disponibili.

27 Il motivo di richiesta di cui al punto 1 è **imperativo unilateralmente**: gli statuti non possono attenuare la soglia legale per la richiesta di versamenti supplementari in caso di perdita di bilancio a favore dei soci – ad esempio stabilendo che tale richiesta sia ammessa solo al verificarsi di una perdita di capitale ai sensi dell'art. 725a cpv. 1 CO. Sono invece ammessi inasprimenti statutari, ad esempio rendendo più rigoroso il grado di copertura ammesso, p. es. consentendo di richiedere versamenti supplementari già quando il doppio della somma costituita dal capitale sociale e dalle riserve legali non è più coperto. Tali disposizioni fanno scattare il segnale di allarme prima, il che è nell'interesse di terzi, poiché la solidità finanziaria della Sagl deve essere ripristinata quanto prima. Questa disposizione serve **alla certezza del diritto** e impedisce una limitazione arbitraria delle misure di risanamento ammesse. È infine importante che tali inasprimenti siano ammessi solo nell'ambito del sistema di cui al n. 1; finalità di richiesta autonome che vadano oltre possono essere stabilite solo tramite una disposizione mirata ai sensi del n. 3.

4. Rapporto con la riduzione del capitale con contemporaneo aumento

La richiesta di versamenti supplementari in caso di perdita di bilancio può essere intesa come una misura di risanamento precoce, che dal punto di vista funzionale è simile alla riduzione del capitale con contemporaneo aumento (*«armonica»*) nel diritto delle società per azioni. Nel caso dell'«armonica», il capitale azionario viene ridotto a zero a scopo di risanamento e contemporaneamente aumentato nuovamente; i precedenti diritti di partecipazione si estinguono con la riduzione e le azioni emesse devono essere distrutte (art. 653q in combinato disposto con l'art. 653r cpv. 1 CO). Ai precedenti azionisti spetta un diritto di opzione inalienabile in occasione del nuovo aumento (art. 653r cpv. 2 CO). L'obbligo di versamento supplementare di cui al punto 1 mira invece alla **stabilizzazione della struttura patrimoniale esistente** e non richiede né una riduzione né un aumento del capitale. È proprio questa la differenza più importante dal punto di vista pratico: mentre l'«armonica», in quanto modifica del capitale, richiede obbligatoriamente una modifica dello statuto e un atto pubblico, la richiesta di versamenti supplementari non incide sul capitale sociale nominale; è sufficiente una delibera della direzione. La richiesta di versamenti supplementari è quindi lo strumento di gran lunga più accessibile – presuppone tuttavia una base statutaria già esistente (art. 795 cpv. 1 CO). Un «armonica» può tuttavia essere attuata solo se sono stati preventivamente adempiuti tutti gli obblighi di versamento supplementare previsti dallo statuto (art. 782 cpv. 3 CO). 28

B. Carenza di liquidità (n. 2)

1. Definizione e classificazione funzionale

L'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO consente di richiedere versamenti supplementari qualora la società non possa proseguire regolarmente la propria attività senza mezzi aggiuntivi. Nella dottrina e nel messaggio si utilizza il termine **crisi di liquidità**, che non è definito dalla legge. Con esso si intendono situazioni in cui si verificano **problemi di pagamento a breve termine**, senza che sussista già una perdita di bilancio o di capitale. Se la Sagl non è in grado di superare la crisi di liquidità, rischia l'insolvenza, che comporta un obbligo di risanamento ai sensi dell'art. 725 cpv. 2 CO. 29

30 Con questa disposizione il legislatore ha voluto creare uno **strumento preventivo** che consenta alla società, in caso di imminente insolvenza, di **mobilitare rapidamente fondi propri**, al fine di mantenere la propria attività commerciale. L'obbligo di versamento supplementare **non serve al rafforzamento strutturale del capitale**, bensì alla **garanzia operativa della liquidità** nell'ambito della pianificazione finanziaria a breve termine.

31 La distinzione tra il n. 1 e il n. 2 è significativa nella pratica, poiché entrambi i casi riguardano situazioni di crisi finanziaria. Mentre **il n. 1 si riferisce a una perdita di bilancio** – ovvero al capitale proprio non più coperto –, **il n. 2 riguarda la solvibilità**, cioè la capacità di **adempiere entro i termini previsti alle passività a breve termine**. Il punto 2 interviene quindi **prima del punto 1**: consente un intervento in caso di difficoltà puramente legate alla liquidità – ad esempio quando le linee di credito sono esaurite o i fornitori non concedono più termini di pagamento. Si tratta di un **criterio di natura operativa**, che sussiste indipendentemente dalla copertura del capitale proprio. Il motivo di richiamo ai sensi del punto 2 è – come quello del punto 1 – **imperativo unilateralmente.**

2. Base di bilancio e questioni di valutazione

32 La direzione aziendale deve dimostrare concretamente che, senza mezzi aggiuntivi, non sarebbe più possibile una corretta gestione aziendale. Un fabbisogno di capitale generico o previsioni future forfettarie non sono sufficienti. È necessaria una carenza di liquidità dimostrabile, che risulti, ad esempio, da una pianificazione della liquidità negativa a breve termine. La società deve inoltre dimostrare che **non sono più disponibili fonti di finanziamento alternative** – ad esempio perché le linee di credito sono esaurite, le attività non sono rapidamente liquidabili o i creditori non sono disposti a concedere dilazioni di pagamento.

33 L'obbligo di monitoraggio della liquidità deriva dall'art. 810 cpv. 2 n. 3 e dall'art. 820 in combinato disposto con 725 cpv. 1 CO. La direzione deve **riconoscere tempestivamente l'imminente insolvenza** e valutare misure adeguate. Un **atteggiamento inerte**, nonostante sussista un motivo di richiamo, può – in particolare in caso di successivo fallimento – comportare **conseguenze in materia di responsabilità civile** ai sensi dell'art. 754 CO. Tuttavia, non qualsiasi fabbisogno finanziario può giustificare un richiamo: secondo il messaggio sulla Sagl, è necessario che sussista un'insolvenza

imminente a breve termine, l'incapacità di procurarsi nuove disponibilità liquide o la riluttanza dei creditori a prorogare i termini di pagamento. Queste situazioni comportano un conflitto di interessi: mentre la direzione aziendale vorrebbe richiedere versamenti supplementari il più presto possibile per tutelarsi dai rischi di responsabilità, i soci sono spesso interessati a un tale versamento solo se sussistono prospettive realistiche di risanamento. Si raccomanda pertanto di precisare tali criteri imprecisi a livello statutario, al fine di chiarire le basi decisionali e le aspettative.

3. Rapporto con l'obbligo di risanamento ai sensi dell'art. 820 in combinato disposto con l'art. 725 CO

34 L'obbligo di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO svolge funzionalmente un ruolo simile a quello dell'art. 725 cpv. 1 CO nel diritto delle società per azioni, che è concepito come «**indicatore precoce**» di crisi di liquidità e obbliga il consiglio di amministrazione a monitorare costantemente la solvibilità della società. Grazie al riferimento al diritto delle società per azioni contenuto nell'art. 820 CO, tale obbligo di vigilanza si applica anche alla Sagl. Esiste tuttavia una differenza sostanziale: l'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO prevede uno strumento specifico, disciplinato dallo statuto: la richiesta di versamenti supplementari. Mentre l'art. 725 cpv. 1 CO impone alla direzione (così come al consiglio di amministrazione della SA) solo un obbligo generale di monitoraggio della liquidità, l'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO concretizza tale obbligo nel diritto delle Sagl, fornendo alla società uno strumento disciplinato dalla legge. La richiesta di tali versamenti integrativi non è tuttavia un automatismo, ma rientra nella discrezionalità imprenditoriale della direzione. Quest'ultima deve soppesare diversi strumenti di risanamento e valutare se i versamenti integrativi appaiano preferibili rispetto ad altre misure di finanziamento o di ristrutturazione.

35 In questo contesto, anche nel diritto delle Sagl emerge una logica graduale di gestione delle crisi: (1) monitoraggio della liquidità e utilizzo delle risorse interne (compresi i versamenti supplementari ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 2 e dell'art. 725 cpv. 1 CO); (2) misure di risanamento obbligatorie per legge ai sensi dell'art. 820 in combinato disposto con l'art. 725 cpv. 2 CO; (3) sospensione delle esecuzioni o fallimento (art. 293 segg. LEF). Questa gestione graduale delle crisi serve a stabilizzare tempestivamente la società e riduce il rischio di un passaggio brusco all'insolvenza.

C. Motivi statutari di richiamo (punto 3)

1. Definizione e inquadramento funzionale

36 Con il punto 3, il legislatore ha ulteriormente sviluppato l'obbligo di versamento supplementare trasformandolo in uno **strumento di finanziamento autonomo su base statutaria volontaria**. Esso può rappresentare, in particolare nelle società caratterizzate da **un legame a lungo termine tra i soci**, come le PMI o le società familiari, un'alternativa praticabile all'aumento di capitale o al finanziamento esterno. La disposizione consente alla società di reagire in modo mirato a **esigenze di investimento prevedibili**, ad esempio in caso di espansione del mercato, progetti di ricerca, acquisizioni di partecipazioni o rafforzamento di settori chiave essenziali per la crescita sostenibile dell'impresa. La GmbH dispone così di una fonte di finanziamento autonoma, che non esiste nel diritto delle società per azioni in assenza di un sistema statutario di obbligo di versamento supplementare.

2. Requisiti formali: chiarezza e destinazione d'uso

37 Un obbligo di versamento supplementare basato sul punto 3 può essere fatto valere solo se lo scopo della richiesta è **sufficientemente determinato e descritto in modo concreto** nello statuto. Formulazioni generiche o forfettarie come «per il finanziamento di investimenti» o «per l'acquisizione di partecipazioni» non sono sufficienti. È necessaria una descrizione specifica e riferita alla società, ad esempio «per l'acquisizione di partecipazioni di maggioranza in società di distribuzione» o «per la costruzione di un impianto di produzione». Inoltre, la disposizione statutaria deve sempre presentare un nesso con l'oggetto sociale, affinché sia garantita la **rilevanza ai fini** della richiesta. Tali requisiti servono a garantire la certezza del diritto e la tutela dei soci. Lo scopo deve essere obbligatoriamente disciplinato negli statuti stessi; un semplice rinvio a un regolamento non è ammesso. Ciò deriva dalla sistematica legislativa: l'art. 804 cpv. 2 n. 12 CO consente espressamente una regolamentazione più dettagliata in un regolamento – ma solo per gli obblighi di prestazione accessoria. Per gli obblighi di versamento supplementare manca una corrispondente norma di delega. Questo silenzio qualificato va interpretato come un'esclusione. Tale conclusione è confermata dalla pubblicità del registro: ai sensi dell'art. 73 cpv. 1 lett. j ORR, in caso di obblighi

di versamento supplementare viene iscritta nel registro un'indicazione che rimanda alla descrizione dettagliata contenuta nello statuto; solo tramite lo statuto, in quanto documento del registro di commercio, lo scopo della richiesta di versamento è rendibile noto ai terzi. Un trasferimento in un regolamento vanificherebbe tale pubblicità.

Anche se lo scopo statutario è correttamente descritto, la richiesta di 38
versamenti supplementari ai sensi del n. 3 **non deve avvenire in modo arbitrario**. La direzione è invece tenuta a verificare preventivamente se non siano **disponibili mezzi meno invasivi per la raccolta di capitale** (ad es. accensione di prestiti, utilizzo delle riserve). Questo **principio di sussidiarietà** non scritto deriva dal principio dell'**esercizio moderato del diritto** (art. 2 CC) ed è stato più volte riconosciuto dalla giurisprudenza del Tribunale federale. Solo se lo scopo del versamento supplementare scelto corrisponde a un'urgenza oggettiva e non è possibile alcun finanziamento alternativo ragionevole, la società può ricorrere all'obbligo di versamento supplementare. Ciò costituisce un limite fondamentale contro un onere abusivo a carico dei soci – in particolare a favore dei soci di minoranza.

3. Rapporto con i punti 1 e 2

cpv. 3 CO estende le possibilità di richiedere versamenti supplementari al di là 39
dei classici scenari di crisi. Mentre il punto 1 (perdita di bilancio) e il punto 2 (carenza di liquidità) si riferiscono a situazioni di emergenza finanziaria definite dalla legge, il punto 3 consente di richiedere fondi aggiuntivi per fabbisogni di capitale proprio definiti dallo statuto, che possono sussistere indipendentemente da situazioni di risanamento o di crisi – ad esempio per finanziare determinati investimenti, espansioni o progetti strategici. È importante sottolineare che il punto 3 non serve ad ampliare, inasprire o anticipare i motivi di richiamo obbligatori previsti dalla legge ai sensi dei punti 1 o 2. Il punto 3 offre piuttosto, in modo autonomo, la possibilità di definire negli statuti scopi aggiuntivi chiaramente definiti, scopi aggiuntivi per la richiesta di versamento, che possono anche prevedere requisiti meno rigorosi rispetto alle soglie legali di cui ai punti 1 e 2 – senza tuttavia intaccarne la funzione legale di meccanismi di risanamento. Il punto 3 serve quindi a uno scopo di finanziamento autonomo e non deve essere confuso con un'estensione o un inasprimento delle condizioni di richiesta di cui ai punti 1 e 2.

40 A differenza dei motivi di richiesta previsti dalla legge ai punti 1 e 2, che si applicano già quando lo statuto prevede un obbligo generale di versamento supplementare, il n. 3 CO presuppone obbligatoriamente che lo statuto contenga una descrizione dello scopo formulata in modo chiaro e concreto, oggettivamente giustificata. Una mera autorizzazione generica – ad esempio «per il finanziamento di investimenti» – non è sufficiente. Sono ammesse disposizioni statutarie, ad esempio, quando descrivono concretamente l'acquisto di ulteriori immobili commerciali o l'espansione in mercati esteri definiti, indicando, se del caso, una quota di capitale di terzi. In assenza di una base statutaria così precisa, una richiesta di versamento supplementare fondata sul n. 3 è inammissibile.

IV. FALLIMENTO (COMMA 3)

A. Scadenza

41 L'art. 795a cpv. 3 CO stabilisce che **i versamenti supplementari in sospeso** diventano esigibili all'apertura del fallimento della società. Il concetto di «versamenti supplementari in sospeso» comprende innanzitutto quei versamenti supplementari che la direzione ha già richiesto e comunicato ai soci con un termine adeguato, ma che non sono ancora stati versati; se tale termine non è ancora scaduto al momento dell'apertura del fallimento, la scadenza sopraggiunge comunque già con l'apertura stessa. Secondo l'interpretazione qui sostenuta (di seguito N. 49 e segg.), il concetto ha una portata più ampia e comprende tutti i versamenti supplementari previsti dallo statuto e non ancora effettuati, entro il limite massimo di cui all'art. 795 cpv. 2 CO. La norma è costitutiva. In particolare, non è riconducibile all'art. 208 cpv. 1 LEF: tale disposizione determina la scadenza di tutti gli obblighi del debitore, e quindi delle passività della massa fallimentare. Il diritto al versamento supplementare è invece un credito della società nei confronti dei propri soci e quindi un attivo che, ai sensi dell'art. 197 cpv. 1 della LEF, rientra nella massa fallimentare. Senza l'art. 795a cpv. 3 CO, la scadenza rimarrebbe subordinata alla scadenza del termine fissato dalla direzione; il legislatore ha consapevolmente eliminato tale subordinazione in caso di fallimento. La norma persegue quindi uno scopo autonomo di tutela dei creditori – una constatazione che riveste importanza per la questione della competenza discussa di seguito.

B. Competenza dell'amministrazione fallimentare

Il messaggio relativo alla revisione del diritto delle Sagl stabilisce che, a partire dal momento dell'apertura del fallimento, la competenza per la richiesta di versamenti supplementari non spetta più alla direzione, bensì all'amministrazione fallimentare. Nella dottrina, tuttavia, questa affermazione viene interpretata in modo diverso: mentre una parte ritiene che la **competenza decisionale** passi all'amministrazione fallimentare con l'apertura del fallimento, un'altra parte considera il ruolo dell'amministrazione fallimentare limitato alla mera **competenza esecutiva**. 42

È indiscusso che l'amministrazione fallimentare, in qualità di organo esecutivo istituito per legge ai sensi dell'art. 240 LEF, assuma il ruolo della società e dei suoi organi, come risulta anche dall'art. 740 cpv. 5 CO in combinato disposto con l'art. 821a CO. Essa agisce a proprio nome, ma esclusivamente nell'interesse della massa fallimentare e dei creditori. Per forza di legge, è autorizzata a compiere tutti gli atti necessari alla liquidazione e alla realizzazione della massa, compresi la conduzione dei procedimenti giudiziari, il recupero dei crediti e l'esecuzione giudiziaria dei diritti. 43

Con l'apertura del fallimento, l'amministrazione non perde la propria qualifica di organo. Ai sensi dell'art. 739 cpv. 2 CO, le competenze degli organi sono piuttosto limitate a quegli atti che sono necessari per l'esecuzione della liquidazione, ma che, per loro natura, non possono essere compiuti dai liquidatori. L'art. 740 cpv. 5, seconda frase, CO (in combinato disposto con art. 821a CO) lo conferma espressamente per il fallimento: gli organi conservano il potere di rappresentanza nella misura in cui tale rappresentanza sia ancora necessaria. Sono quindi escluse non tutte le atti degli organi, ma solo quelli che interferiscono con il diritto di amministrazione e di disposizione dell'amministrazione fallimentare. Il diritto di disposizione e di amministrazione sulla massa fallimentare passa tuttavia interamente all'amministrazione fallimentare, che agisce in qualità di organo esecutivo istituito per legge ai sensi dell'art. 240 LFF. Essa è competente esclusivamente per la liquidazione e la realizzazione dei crediti esistenti; in linea di principio, non può assumere nuovi obblighi. Il ruolo della società e dei suoi organi nel diritto fallimentare è quindi rigorosamente separato dall'amministrazione della massa fallimentare (principio di separazione). Eventuali violazioni degli obblighi prima dell'apertura del fallimento – come ad esempio la mancata richiesta di versamenti supplementari nonostante sussistano i presupposti di 44

legge – possono essere rilevanti dal punto di vista civile o penale. Dopo l'apertura del fallimento, tuttavia, non è più possibile un risanamento autonomo della società.

45 L'assemblea dei soci rimane sì formalmente in essere e può continuare a riunirsi per questioni puramente interne alla società – ad esempio per l'adeguamento dello statuto, per l'elezione di nuovi organi o per la preparazione di un'eventuale prosecuzione dell'attività della società dopo la conclusione della procedura fallimentare –, ma tali deliberazioni non hanno alcun effetto sulla massa fallimentare o sui creditori. Esse producono effetti esclusivamente all'interno della struttura societaria e non devono comportare un onere per la massa fallimentare sotto forma di nuovi obblighi o atti costitutivi.

1. Competenza decisionale

46 Secondo una parte della dottrina, l'amministrazione fallimentare è autorizzata a richiedere versamenti integrativi anche qualora la direzione aziendale abbia omesso di farlo prima dell'apertura del fallimento. Essa può quindi adottare autonomamente la delibera di richiesta. Tale opinione si basa sulla considerazione che l'obbligo statutario di versamento integrativo serve alla **tutela dei creditori** e, nei rapporti con terzi, genera fiducia nella stabilità finanziaria della società. Tale fiducia deve sussistere anche in sede di fallimento. Di conseguenza, l'obbligo di versamento supplementare in sede di fallimento corrisponde funzionalmente a una **responsabilità sussidiaria dei soci**, che l'amministrazione fallimentare può far valere per realizzare il patrimonio di garanzia a favore della massa dei creditori.

2. Competenza esecutiva

47 Secondo l'altra corrente dottrinale, l'amministrazione fallimentare non possiede alcuna competenza decisionale autonoma. La scadenza dei versamenti supplementari dipende esclusivamente dal fatto che la direzione aziendale abbia adottato, prima dell'apertura del fallimento, una delibera di richiesta efficace ai sensi dell'art. 795a cpv. 1 CO. Solo in questo caso l'amministrazione fallimentare può **esigere il pagamento**. Il concetto di «contributi arretrati» dovrebbe quindi – secondo questa dottrina – riferirsi esclusivamente a contributi già deliberati ma non ancora versati, ad esempio quando il termine di pagamento non era ancora scaduto.

Secondo questa interpretazione, l'amministrazione fallimentare non ha la competenza di sostituire o integrare una delibera di richiesta di versamento originaria. La «richiesta di versamento» menzionata nel messaggio va intesa esclusivamente come **atto esecutivo**. L'amministrazione fallimentare può quindi riscuotere solo quanto sia già stato richiesto con efficacia giuridica. Di conseguenza, l'obbligo di versamento supplementare previsto dallo statuto rimane inefficace in caso di fallimento, a meno che non sussista una delibera di richiesta di versamento – con conseguenze potenzialmente svantaggiose per gli interessi dei creditori. 48

3. Valutazione

A dare il peso decisivo all'opinione qui sostenuta è un argomento sistematico che finora è rimasto inosservato nella discussione: Ai sensi dell'art. 795d cpv. 1 CO, l'obbligo di versamento supplementare dei soci usciti persiste per tre anni, sebbene, ai sensi dell'art. 795d cpv. 2 CO, essi siano tenuti ad adempiervi solo se la società viene dichiarata in fallimento. Questa norma presuppone che l'obbligo di versamento supplementare venga attualizzato dal fallimento. Se si seguisse la tesi della competenza esecutiva, l'art. 795d cpv. 2 CO risulterebbe in gran parte privo di contenuto: un versamento supplementare già richiesto con efficacia giuridica prima dell'uscita sarebbe comunque dovuto e non richiederebbe una regolamentazione speciale; in tutti gli altri casi, dopo l'apertura della procedura fallimentare non ci sarebbe più nessuno in grado di adottare la delibera necessaria, per cui la responsabilità residua triennale rimarrebbe priva di oggetto. 49

A ciò si aggiunge la questione della competenza: ai sensi dell'art. 240 LEF, l'amministrazione fallimentare si occupa di tutti gli atti relativi alla conservazione e alla liquidazione della massa e, ai sensi dell'art. 740 cpv. 5 CO in combinato disposto con l'art. 821a CO, subentra agli organi di liquidazione. La richiesta di versamenti supplementari costituisce la realizzazione di un bene della massa e quindi un atto di realizzo ai sensi dell'art. 240 LP; essa non fonda un nuovo obbligo, ma attualizza uno già previsto dallo statuto. Il fatto che l'art. 739 cpv. 2 CO lasci agli organi poteri residuali non osta a ciò, poiché la richiesta, per sua natura, può essere effettuata dall'amministrazione fallimentare. 50

È quindi corretta l'opinione secondo cui all'amministrazione fallimentare spetta una competenza decisionale autonoma. Essa è tuttavia vincolata allo 51

scopo: l'amministrazione fallimentare può esigere il pagamento solo nella misura in cui ciò serva al soddisfacimento dei creditori e deve nel contempo rispettare il principio di parità di trattamento. Per l'esecuzione procedurale si applica il regime generale; se il credito è contestato, esso può essere ceduto ai singoli creditori ai fini del suo recupero ai sensi dell'art. 260 LP.

C. Distinzione rispetto all'art. 871 cpv. 4 CO

52 L'art. 871 cpv. 4 CO consente alla cooperativa di esigere versamenti supplementari in qualsiasi momento, vale a dire sia prima che durante una procedura di fallimento o di concordato. Prima dell'apertura della procedura fallimentare, la competenza spetta all'amministrazione della cooperativa: essa constata la perdita di bilancio e, se del caso, attiva i meccanismi previsti dallo statuto per la copertura delle perdite. In caso di fallimento, la competenza per la richiesta di versamenti integrativi passa espressamente all'amministrazione fallimentare. Di fatto, la richiesta di versamenti supplementari serve esclusivamente a garantire e realizzare la massa fallimentare a beneficio dei creditori. Nel fallimento, l'obbligo di versamento supplementare perde la sua funzione di risanamento e diventa un meccanismo di garanzia che, dal punto di vista economico, si avvicina a una **responsabilità solidale dei soci**. La legge riconosce in questo caso all'amministrazione fallimentare una **competenza decisionale originaria**.

53 Questo chiaro trasferimento di competenza all'amministrazione fallimentare non si riscontra nel diritto delle Sagl. Da ciò si potrebbe dedurre una conclusione inversa: il legislatore ha disciplinato espressamente la competenza nel diritto delle cooperative, mentre non lo ha fatto nel diritto delle Sagl, sebbene entrambi i complessi normativi siano stati rielaborati nella stessa revisione. Questa obiezione non è convincente. L'art. 871 cpv. 4, seconda frase, CO deriva dal fatto che i versamenti supplementari cooperativi, ai sensi dell'art. 871 cpv. 4, prima frase, CO, possono essere richiesti in qualsiasi momento; la norma doveva quindi chiarire a chi spetta tale potere in qualsiasi momento in caso di fallimento. L'art. 795a cpv. 3 CO risolve lo stesso problema in modo diverso, vale a dire tramite la messa in mora prevista dalla legge. Non si può quindi parlare di un silenzio qualificato. Ciò confuta tuttavia solo il ragionamento a contrario, senza giustificare un'analogia. Non è ammissibile un semplice trasferimento dell'art. 871 cpv. 4 CO alla Sagl: la cooperativa è concepita in modo strutturalmente diverso –

caratterizzata dal principio dell'autoaiuto, dalla partecipazione personale dei soci e da una struttura organizzativa decentralizzata che consente una più ampia partecipazione alle decisioni. La Sagl, al contrario, concentra il potere decisionale nella direzione. A ciò si aggiunge una differenza di valutazione: l'art. 871 cpv. 1 CO limita i versamenti supplementari delle cooperative alla copertura delle perdite di bilancio, mentre l'art. 795a cpv. 2 CO prevede tre motivi di richiesta di versamento. La conclusione qui sostenuta (sopra N. 49 e segg.) non si basa quindi su un'analogia con l'art. 871 cpv. 4 CO, bensì sulla sistematica propria della Sagl di cui all'art. 795d cpv. 2 CO e all'art. 240 LEF. Il confronto con il diritto delle cooperative serve unicamente a confutare il ragionamento inverso.

D. Destinazione d'uso e esigibilità in caso di fallimento ai sensi del n. 3

54 L'applicazione dell'art. 795a cpv. 3 CO ai versamenti supplementari ai sensi del cpv. 2 n. 3 solleva particolari questioni interpretative. Tali versamenti supplementari sono vincolati a uno scopo specifico e possono essere richiesti solo per uno scopo espressamente stabilito nello statuto – ad esempio per l'acquisto di un determinato immobile, per il finanziamento di un'espansione all'estero o per il deposito di un brevetto. Nella fase operativa della società, la direzione è vincolata a tale scopo statutario al momento della richiesta.

55 Se tuttavia viene aperta la procedura di fallimento nei confronti della società, si pone la questione se i versamenti supplementari vincolati a uno scopo specifico possano comunque rientrare nella massa fallimentare. Secondo l'opinione prevalente, l'art. 795a cpv. 3 CO ha carattere imperativo e non opera alcuna distinzione in base ai motivi della richiesta. Il testo della legge depone a favore di una scadenza generalizzata: tutti i versamenti supplementari richiesti prima dell'apertura della procedura di fallimento, ma non ancora effettuati – compresi quelli destinati a progetti specifici – diventano esigibili con l'apertura della procedura di fallimento e rientrano nella massa fallimentare. Il fatto che la destinazione d'uso originaria non sia di fatto più realizzabile non osta alla loro inclusione nella massa fallimentare.

56 Secondo l'interpretazione qui sostenuta (cfr. supra n. 49 e segg.), la questione si pone in modo più incisivo: L'amministrazione fallimentare può esigere per la prima volta versamenti supplementari vincolati ai sensi del comma 2, n. 3, anche se lo scopo statutario – ad esempio l'acquisto di un immobile o

un'espansione all'estero – non è più realizzabile a causa dell'insolvenza? La risposta deriva dal cambiamento di funzione previsto dall'art. 795a, comma 3, CO: Con l'apertura della procedura fallimentare, lo scopo statutario viene sostituito dallo scopo legale del soddisfacimento dei creditori. La destinazione d'uso ai sensi del capoverso 2, cifra 3, limita il potere di richiesta da parte della direzione nella fase attiva della società; essa non costituisce una condizione del diritto stesso, bensì un limite di competenza nei rapporti interni. Se viene meno la competenza della direzione, viene meno anche il suo vincolo allo scopo statutario. L'amministrazione fallimentare è quindi autorizzata a esigere anche i versamenti supplementari vincolati a uno scopo specifico; il suo potere rimane tuttavia limitato, in termini di importo, dal massimale statutario (art. 795 cpv. 2 CO) e dalle esigenze della massa fallimentare. Il contrario porterebbe a una contraddizione valutativa: proprio l'obbligo di versamenti supplementari previsto dal punto 3, spesso di importo considerevole, rimarrebbe inutilizzabile in caso di fallimento, mentre i soci ne hanno tratto vantaggio durante la crisi.

BIBLIOGRAFIA

Amstutz Marc/Chappuis Fernand/Gohari Ramin Silvan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Amstutz Marc/Gohari Ramin Silvan, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Bernadoni Nicola/Catelli Cinzia, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Bernet Sandro, Das Kapitalband als Instrument der Unternehmensfinanzierung Ermächtigung und Kontrolle des Verwaltungsrats mit besonderem Fokus auf Kapitalmarkttransaktionen, Diss. Zürich 2023.

Böckli Peter, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli Peter/Forstmoser Peter (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 1-43 (zit. GmbH-Recht).

Böckli Peter, Schweizer Aktienecht – Aktienrecht mit Rechnungslegung, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. Aktienrecht).

Böckli Peter/Forstmoser Peter/Rapp Jean-Marc, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern.

Bürgi Urs, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 3. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Candreia Philipp/Zindel Gaudenz G./Isler Peter R., in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Chabloz Isabelle, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 103 (2007), S. 85-92 (zit. SJZ).

Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Dörig Adrian/Glatthaar Matthias, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Drenhaus Mark, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Gericke Dieter/Häusermann Daniel /Waller Stefan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Germann Sandro, Die personalistische Ag und GmbH, Diss. Zürich 2015.

Hagenstein Nadine, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., 2019 Basel (zit. BSK).

Handschin Lukas/Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jaccard Michel/Baruh Erol, Capital-risque et financement par étape (staged financing). De nouvelle perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?, GesKR 3 (2007), S. 280-287.

Kägi Urs/Zweifel Linus, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Kägi Urs/Zweifel Linus/Wüstner Hanspeter, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Keller Raphael, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl. Basel 2025 (zit. KuKo).

Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhöhung, GesKR 2014, S. 52-62 (zit. GesKR).

Kren Kostkiewicz Jolanta, in: Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 20. Aufl., Zürich 2020 (zit. OFK).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1944.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: mit neuem Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Zürich 2023.

Montavon Pascal/Jabbour Ivan, Nachschüsse und Verpflichtungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten der GmbH, TREX 2 (2023), S. 236-243 (zit. TREX).

Nigg Hans, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Ruggle Peter, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl. Basel 2025 (zit. KuKo).

Russenberger Marc/Wohlgemuth Marc, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., 2021 Basel (zit. BSK).

Schober Roger/Avdyli-Lüginbühl Monika, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., 2017 Basel (zit. SK).

Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201-222 (zit. ZSR 2018).

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK GmbH).

Stäubli Christoph/Hohler Dominik, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Sturny Thiemo/Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2019 Zürich.

Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2021 Basel (zit. PK).

von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 795b CO

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly, Commentario all'art. 795b CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online al diritto delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Schneuwly, art. 795b CO N. XXX.

3. Rimborso

Art. 795*b*

I versamenti suppletivi effettuati possono essere rimborsati, in tutto o in parte, soltanto se l'importo è coperto da capitale proprio liberamente disponibile e un perito revisore abilitato ne dà conferma per scritto.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali e valutazione sistematica 503
II. Condizioni e procedura di rimborso 504
A. Capitale proprio liberamente utilizzabile 504
B. Attestazione da parte di un revisore autorizzato 505
C. Ulteriori questioni procedurali 507
D. Differenza rispetto alla riduzione del capitale 508
E. Significato pratico e rischi 509
III. Ripresa dell'obbligo di versamento supplementare 510
Bibliografia 510

I. CONSIDERAZIONI GENERALI E VALUTAZIONE SISTEMATICA

Il rimborso dei versamenti supplementari effettuati costituisce un'**eccezione al principio del vincolo del capitale**. Mentre il capitale sociale deve rimanere permanentemente a disposizione della società e può essere rimborsato solo nell'ambito di una procedura formalizzata di riduzione del capitale (art. 782 CO in combinato disposto con gli art. 653j e segg. CO), l'art. 795b CO consente il rimborso dei versamenti supplementari a determinate condizioni. Contrariamente a quanto sostenuto da alcune scuole di pensiero, il rimborso dei versamenti supplementari **non** è equiparabile a una riduzione del capitale. Sebbene anche in questo caso venga sottratta liquidità dalla società, il rimborso non riguarda il capitale sociale nominale iscritto nel registro di commercio, bensì i fondi che i soci hanno versato oltre al liberamento delle loro quote sociali. I versamenti supplementari non costituiscono prestazioni volontarie: essi si basano su un obbligo statutario, il cui importo deve essere stabilito nello statuto e non può superare il doppio del valore nominale della quota sociale (art. 795 cpv. 1 e 2 CO); possono essere richiesti solo alle condizioni di cui all'art. 795a cpv. 2 CO e diventano esigibili con l'apertura della procedura di fallimento (art. 795a cpv. 3 CO). È volontaria solo la decisione di prevedere a livello statutario un obbligo di versamento supplementare. Il rimborso non incide sul capitale sociale nominale e non è quindi **soggetto alle norme di tutela del diritto del capitale** di cui all'art. 782 CO in combinato disposto con gli artt. 653j e segg. CO. Il legislatore ha invece creato, nell'art. 795b CO, una soluzione autonoma che garantisce funzionalmente la tutela dei creditori, in quanto il rimborso può avvenire **esclusivamente a valere sul capitale proprio libero** – inteso come somma delle riserve libere e dell'utile di bilancio. 1

Il legislatore ha consapevolmente deciso di non prevedere un divieto di rimborso o un periodo di carenza. Il progetto preliminare di riforma del diritto delle Sagl, sottoposto a consultazione dal 28 aprile al 31 ottobre 1999, disciplinava l'obbligo di versamenti supplementari negli articoli 803–803d del progetto e limitava temporalmente il rimborso anticipato dei versamenti supplementari effettuati. Il progetto del 2001 ha abbandonato tale divieto; l'art. 795b CO rinuncia a qualsiasi periodo di attesa. Il diritto svizzero si distingue così da quello tedesco: il § 30 cpv. 2 GmbHG, pur consentendo il 2

rimborso dei versamenti supplementari solo nella misura in cui non siano necessari a coprire una perdita del capitale sociale, richiede inoltre un periodo di attesa di tre mesi a partire dalla pubblicazione della delibera di rimborso. Dal punto di vista attuale, un periodo di blocco potrebbe tuttavia essere considerato opportuno: anche se i presupposti sostanziali per il rimborso sono soddisfatti, sussiste il rischio che, immediatamente dopo l'effettuazione dei versamenti supplementari, vengano nuovamente prelevati fondi – nonostante la situazione finanziaria della società non si sia ancora stabilizzata in modo duraturo. Una breve fase di ripresa avrebbe potuto contribuire alla stabilizzazione della situazione patrimoniale. D'altra parte, l'attestazione di verifica da parte di un revisore autorizzato costituisce un efficace meccanismo correttivo: essa deve essere negata qualora il rimborso non appaia sostenibile alla luce della situazione reddituale e patrimoniale. La tutela dei creditori è quindi garantita **sostanzialmente**: il rimborso è ammesso solo se è interamente coperto da capitale proprio libero e se i requisiti sono documentati da un attestato di revisione.

II. CONDIZIONI E PROCEDURA DI RIMBORSO

3 Il rimborso dei versamenti supplementari effettuati è ammesso solo a condizioni chiaramente definite. L'art. 795b CO presuppone un'**architettura di protezione a due livelli**, costituita da requisiti sostanziali (solo a valere sul capitale proprio libero) e formali (attestazione di revisione da parte di esperti di revisione). I paragrafi seguenti illustrano questi requisiti nel dettaglio.

A. Capitale proprio liberamente utilizzabile

4 Il rimborso può avvenire solo a carico del **capitale proprio liberamente utilizzabile**. Con questo termine si intende la somma delle riserve libere e dell'utile di bilancio – ovvero quelle componenti del capitale proprio che non sono soggette né a divieti legali di distribuzione né a vincoli statutari di destinazione. Ciò garantisce che il rimborso non attinga a parti di capitale vincolate, quali il capitale sociale o le riserve legali. Resta da chiarire come debbano essere contabilizzati gli stessi versamenti supplementari effettuati. Tramite il rinvio dell'art. 801 CO si applicano le disposizioni in materia di riserve previste dal diritto delle società per azioni; ai sensi dell'art. 671 cpv. 1 n. 3 CO, alla riserva di capitale legale devono essere attribuiti «ulteriori versamenti e contributi effettuati dai titolari di titoli di partecipazione». In

caso di applicazione strettamente letterale, i versamenti supplementari effettuati costituirebbero quindi riserva di capitale legale e sarebbero soggetti al limite di distribuzione di cui all'art. 671 cpv. 2 CO – il che, in pratica, ne bloccherebbe in larga misura il rimborso. È preferibile l'interpretazione secondo cui l'art. 795b CO, in quanto lex specialis, prevale su tale limite: La disposizione disciplina in modo esaustivo il rimborso dei versamenti supplementari effettuati e lo subordina esclusivamente alla copertura da parte del capitale proprio liberamente utilizzabile, nonché alla conferma di verifica da parte di un revisore autorizzato. In caso contrario, la flessibilità del finanziamento tramite versamenti supplementari voluta dal legislatore risulterebbe vanificata. È tuttavia raccomandabile indicare separatamente i versamenti supplementari all'interno del capitale proprio, affinché la base del rimborso sia documentata in modo comprensibile. È fondamentale che il capitale proprio liberamente disponibile richiesto sia presente al momento del rimborso. Una successiva riduzione del capitale proprio – ad esempio a causa di perdite successive – non rende il rimborso illegale. È evidente la differenza terminologica rispetto all'art. 825a CO, che per l'indennizzo dei soci uscenti parla semplicemente di «capitale proprio utilizzabile», mentre l'art. 795b CO richiede «capitale proprio liberamente utilizzabile». Non si può attribuire al legislatore una differenziazione oggettiva: in entrambi i casi si tratta di quelle componenti del capitale proprio di cui la società può disporre senza violare vincoli legali o statutari. L'aggiunta del termine «libero» nell'art. 795b CO ha quindi un significato chiarificatore e non restrittivo. Ciò è confermato dall'art. 783 cpv. 1 CO, che subordina anch'esso l'acquisto di proprie quote ordinarie all'esistenza di «capitale proprio liberamente utilizzabile». È inoltre degno di nota l'art. 783 cpv. 3 CO: se alle azioni ordinarie da acquisire è associato un obbligo di versamento supplementare, tale obbligo deve essere eliminato prima dell'acquisizione. Il legislatore opera quindi anche in questo caso una chiara distinzione tra il semplice rimborso dei versamenti supplementari effettuati e l'eliminazione dell'obbligo di versamento supplementare in quanto tale.

B. Attestazione da parte di un revisore autorizzato

L'attestazione di verifica del revisore ai sensi dell'art. 795b CO svolge una 5
fondamentale **funzione di controllo** nell'ambito del rimborso dei versamenti supplementari effettuati. Essa non conferisce ai creditori alcuna tutela individuale – in particolare nessun diritto di esigere una garanzia per i propri

crediti –, ma agisce indirettamente attraverso il vincolo del capitale: assicura che il rimborso avvenga esclusivamente a carico di fondi propri liberamente disponibili, ovvero a carico di quelle componenti del capitale proprio che non sono soggette né a divieti di distribuzione previsti dalla legge né a vincoli statutari. Il carattere formale dell'attestazione di revisione è analogo alla normativa in materia di riduzioni di capitale (art. 782 cpv. 4 in combinato disposto con gli artt. 653j segg. CO). L'esperto da coinvolgere deve essere in possesso dell'abilitazione come esperto di revisione ai sensi dell'art. 4 LSR. L'esperto di revisione non agisce in questo contesto semplicemente come verificatore contabile, ma assume una **funzione di controllo sostanziale**. In qualità di «gatekeeper», deve impedire che i soci dispongano di fondi che, dal punto di vista degli interessi della società e dei creditori, dovrebbero rimanere vincolati. L'art. 795b CO non specifica quale organo deliberi in merito al rimborso. L'art. 795a cpv. 1 CO attribuisce sì agli amministratori il compito di richiedere i versamenti supplementari, ma da ciò non si può dedurre alcuna competenza per l'*actus contrarius*. È più plausibile che la competenza spetti all'assemblea dei soci: dal 1° gennaio 2023, la deliberazione sul rimborso delle riserve di capitale rientra tra i suoi poteri inalienabili (art. 804 cpv. 2 n. 5bis CO). Se i versamenti supplementari effettuati – come sostenuto nel caso di specie – sono qualificati come conferimenti di capitale da parte dei soci, la delibera di rimborso è di competenza esclusiva dell'assemblea dei soci; la direzione aziendale provvede alla sua preparazione e alla sua esecuzione. Per motivi di cautela, nella pratica è comunque necessario ottenere una delibera dell'assemblea dei soci. La conferma di verifica costituisce parte integrante della procedura di rimborso e deve essere presentata per iscritto, senza riserve e in tempi ravvicinati alla delibera di rimborso. Se viene ottenuta già prima della delibera, la condizione sospensiva viene meno; la sua tempestività è tuttavia determinante per la significatività e l'efficacia giuridica.

6 L'oggetto della conferma di verifica comprende tre elementi essenziali: (1) la prova che i versamenti supplementari siano stati **effettivamente effettuati** – poiché senza un effettivo flusso di fondi manca la base per il rimborso; (2) la prova che, al momento del rimborso, sia disponibile un **capitale proprio liberamente utilizzabile** in misura sufficiente, senza che ciò comporti una perdita di bilancio; (3) la conferma di una **delibera di rimborso** giuridicamente valida, che idealmente è soggetta alla condizione sospensiva di un'attestazione di verifica positiva. La differenza rispetto alla conferma di verifica ai sensi dell'art. 653m CO è marcata. Quest'ultima deve confermare,

sulla base del bilancio e dell'esito della convocazione dei creditori, che i crediti dei creditori siano pienamente coperti nonostante la riduzione del capitale (art. 653m cpv. 1 CO); essa è quindi riferita ai creditori e presuppone una previa convocazione dei creditori. La conferma di verifica ai sensi dell'art. 795b CO si riferisce invece esclusivamente alla situazione del capitale proprio della società: viene confermata la copertura dell'importo da rimborsare mediante il capitale proprio liberamente disponibile, senza tenere conto dei singoli crediti dei creditori. Non si tratta quindi di uno strumento di tutela individuale a favore dei creditori, ma serve a garantire l'integrità sostanziale della struttura finanziaria della società.

C. Ulteriori questioni procedurali

L'art. 795b CO richiede la conferma da parte di un esperto di revisione abilitato, non di un organo di revisione. La società deve pertanto ricorrere a un esperto di revisione abilitato anche qualora abbia rinunciato alla revisione limitata (opting-out ai sensi dell'art. 818 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 727a cpv. 2 CO) o qualora il proprio organo di revisione sia abilitato esclusivamente come revisore. In queste situazioni – frequenti nelle PMI – l'esperto di revisione deve essere incaricato *ad hoc*. Occorre inoltre tenere conto dell'art. 818 cpv. 2 CO: un socio soggetto all'obbligo di versamento supplementare può richiedere una revisione ordinaria del conto annuale. Se tale diritto viene esercitato, il conto annuale sottoposto a revisione ordinaria costituisce la base più ovvia per l'attestazione di revisione. 7

L'art. 795b CO consente il rimborso «totale o parziale». In caso di rimborso parziale, deve essere rispettato il principio di parità di trattamento: gli amministratori devono trattare i soci allo stesso modo a parità di condizioni (art. 813 CO) . Poiché l'obbligo di versamenti supplementari è legato alla singola quota sociale (art. 795 cpv. 2 e 3 CO), il rimborso deve avvenire in proporzione ai versamenti supplementari effettivamente effettuati; un rimborso selettivo a singoli soci richiede una giustificazione oggettiva. 8

A differenza della riduzione del capitale sociale, il rimborso dei versamenti supplementari effettuati non è soggetto né all'obbligo di pubblicazione né a quello di iscrizione. Esso non incide sui rapporti iscritti nel registro di commercio, poiché l'obbligo statutario di versamento supplementare continua a sussistere immutato. 9

D. Differenza rispetto alla riduzione del capitale

10 A differenza di quanto avviene nel caso della riduzione formale del capitale ai sensi dell'art. 782 CO in combinato disposto con gli artt. 653j e segg. CO, nel rimborso dei versamenti supplementari non è necessaria la convocazione dei creditori. Ciò è dovuto al fatto che il rimborso non riguarda il capitale sociale vincolato, bensì i fondi che i soci hanno versato oltre al liberazione e che, dopo il rimborso, possono essere nuovamente richiesti. Ciononostante, il rimborso comporta di fatto un rischio simile per i creditori, poiché si riduce la base di responsabilità della società. È quindi tanto più importante il sistema di protezione a due livelli previsto dall'art. 795b CO: protezione sostanziale (solo fondi liberi) più protezione formale (conferma da parte di un esperto di revisione). Questa combinazione è stata consapevolmente ritenuta sufficiente dal legislatore, per cui si è rinunciato a meccanismi di garanzia aggiuntivi come la chiamata ai creditori. Nel diritto delle società per azioni, il consiglio di amministrazione avvisa i creditori, tramite la Gazzetta ufficiale svizzera del commercio, che possono richiedere garanzie previa presentazione delle loro créanze; la richiesta deve essere presentata entro 30 giorni dalla pubblicazione (art. 653k cpv. 1 e 2 CO). Se, al momento della delibera di riduzione, la data di chiusura del bilancio risale a più di sei mesi prima, occorre redigere un bilancio intermedio (art. 653l CO). Tuttavia, anche nel diritto delle società per azioni questi requisiti non si applicano senza eccezioni: se il capitale viene ridotto per eliminare, in tutto o in parte, un disavanzo derivante da perdite e se un revisore autorizzato conferma che l'importo della riduzione non supera il disavanzo, non sono necessari né la garanzia, né il bilancio intermedio, né la conferma di revisione, né le constatazioni del consiglio di amministrazione (art. 653p CO). La rinuncia alla convocazione dei creditori di cui all'art. 795b CO non è quindi un caso isolato: la legge alleggerisce la procedura laddove non avvenga alcun rimborso di capitale vincolato agli aventi diritto o laddove la regolarità sia confermata da un revisore autorizzato. Per il rimborso dei versamenti supplementari non si applicano questi requisiti più rigorosi in materia di mantenimento del capitale. Il legislatore ha puntato qui esplicitamente su una soluzione semplice e favorevole all'economia, che si basa esclusivamente sulla copertura sostanziale e sulla conferma esterna da parte di un revisore autorizzato. Il contrappeso sistematico si trova nell'art. 795c CO: se l'obbligo statutario di versamenti supplementari viene ridotto o abolito, si applicano per analogia le disposizioni relative alla riduzione del capitale sociale (art. 795c cpv. 2 CO). Il

legislatore assoggetta quindi l'eliminazione definitiva della riserva di garanzia al rigoroso regime di riduzione del capitale, mentre il semplice rimborso dei versamenti supplementari effettuati è soggetto alla procedura semplificata di cui all'art. 795b CO. Questa differenziazione è coerente, poiché l'obbligo di versamento supplementare persiste dopo il rimborso e i fondi possono essere nuovamente richiesti.

E. Significato pratico e rischi

Nella pratica, il rimborso dei versamenti supplementari rappresenta un ambito delicato. Pur essendo uno strumento ammissibile per alleggerire in modo flessibile l'onere a carico dei soci, comporta tuttavia notevoli **rischi di responsabilità** se i presupposti non vengono verificati con precisione. Attestazioni errate o incomplete, iscrizioni di bilancio errate o impegni trascurati possono comportare la responsabilità degli amministratori, nonché del revisore incaricato della certificazione (art. 827 in combinato disposto con gli art. 754 segg. CO). A ciò si aggiunge l'obbligo di restituzione previsto dal diritto societario: se il rimborso è stato effettuato senza il rispetto dei presupposti di cui all'art. 795b CO, i soci beneficiari sono tenuti al rimborso ai sensi dell'art. 800 in combinato disposto con l'art. 678 cpv. 1 CO. A seguito della revisione del diritto delle società per azioni, tale diritto non presuppone né colpa né malafede da parte dei beneficiari; spetta alla società e a ciascun socio (art. 678 cpv. 4 CO), si prescrive ai sensi dell'art. 678a CO e, in caso di fallimento della società, si applica per analogia l'art. 757 CO (art. 678 cpv. 6 CO). Le società e gli organi di direzione farebbero quindi bene a effettuare i rimborsi solo con un'accurata consulenza giuridica e gestionale e a documentare meticolosamente tutta la documentazione. 11

Inoltre, occorre tenere conto del diritto di impugnazione ai sensi degli articoli 285 e seguenti della Legge sul fallimento e sulla liquidazione (LF). Poiché il rimborso ai soci avviene senza una controprestazione di pari valore, è prioritaria l'impugnazione per donazione ai sensi dell'articolo 286 LF; in caso di atti a favore di persone vicine – tra cui rientrano regolarmente i soci – spetta al beneficiario l'onere della prova che non sussista alcuna sproporzione tra prestazione e controprestazione (art. 286 cpv. 3 LP). Inoltre, può essere presa in considerazione l'impugnazione per dolo ai sensi dell'art. 288 LP. L'impugnazione per sovraindebitamento ai sensi dell'art. 287 LP si applica invece solo agli atti giuridici ivi elencati in modo esaustivo e di norma non 12

comprende il rimborso in contanti di un versamento supplementare. Proprio nel caso di società economicamente deboli, i rimborsi dovrebbero quindi essere sempre valutati sotto il profilo della loro sostenibilità ai sensi del diritto fallimentare, al fine di evitare successive annullamenti. Rimane irrisolta la questione del trattamento fiscale dei versamenti supplementari. Già nella procedura di consultazione sul progetto preliminare era stato richiesto un chiarimento legislativo in merito alla qualificazione fiscale; il legislatore ha tuttavia rinunciato a fornirlo. Nella pratica si pone in particolare la questione se i versamenti supplementari effettuati si qualifichino come conferimenti ai sensi del principio del conferimento di capitale e se il loro rimborso possa quindi avvenire esente dall'imposta anticipata. Prima di ogni rimborso è quindi consigliabile effettuare un accertamento fiscale preventivo.

III. RIPRESA DELL'OBBLIGO DI VERSAMENTO SUPPLEMENTARE

13 A seguito di un rimborso effettuato nel rispetto delle forme, l'**obbligo di versamento supplementare riprende in linea di principio**, purché sussista ancora la base statutaria e siano soddisfatti i presupposti di cui all'art. 795a CO. Il rimborso non ha quindi **alcun effetto liberatorio definitivo**, ma solo un effetto di estinzione temporanea. Un ulteriore ricorso a tali versamenti è escluso solo se l'obbligo di versamento supplementare viene ridotto o soppresso ai sensi dell'art. 795c CO. Ciò presuppone che il capitale sociale e le riserve legali siano interamente coperti (art. 795c cpv. 1 CO). Dal punto di vista procedurale, si applicano per analogia le disposizioni relative alla riduzione del capitale sociale (art. 795c cpv. 2 CO), il che richiede, oltre alla delibera di modifica dello statuto, in particolare la pubblicazione di un avviso di debito, la conferma di verifica e l'iscrizione nel registro di commercio.

BIBLIOGRAFIA

Amstutz Marc/Chappuis Fernand/Gohari Ramin Silvan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Amstutz Marc/Gohari Ramin Silvan, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Bernet Sandro/Schneuwly Anne Mirjam, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Böckli Peter/Forstmoser Peter/Rapp Jean-Marc, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern.

Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 103 (2007), S. 85-92 (zit. SJZ).

Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Dörig Adrian/Glatthaar Matthias, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Germann Sandro, Die personalistische Ag und GmbH, Diss. Zürich 2015.

Handschin Lukas/Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jaccard Michel/Baruh Erol, Capital-risque et financement par étape (staged financing). De nouvelle perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?, GesKR 3 (2007), S. 280-287.

Kägi Urs/Zweifel Linus/Wüstner Hanspeter, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Keller Raphael, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Küng Manfred/Camp Raphael, GmbH-Recht, Kommentar, Zürich 2006 (zit. Küng/Camp).

Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhöhung, GesKR 2014, S. 52-62 (zit. GesKR).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1944.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Zürich 2023.

Montavon Pascal/Jabbour Ivan, Nachschüsse und Verpflichtungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten der GmbH, TREX 2 (2023), S. 236-243 (zit. TREX).

Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201-222 (zit. ZSR 2018).

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK GmbH).

Staehelin Adrian/Bopp Lukas, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK)

Sturny Thiemo/Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2019 Zürich.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 795c CO

Un commentario di Anne Mirjam Schneuwly

CITAZIONE SUGGERITA

Anne Mirjam Schneuwly, Commentario all'art. 795c CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online al diritto delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Schneuwly, art. 795c CO N. XXX.

4. Riduzione

Art. 795*c*

[1] Un obbligo statutario di effettuare versamenti suppletivi può essere ridotto o soppresso soltanto se il capitale sociale e le riserve legali sono interamente coperti.

[2] Le disposizioni concernenti la riduzione del capitale sociale si applicano per analogia.

STRUTTURA

I. Considerazioni generali e analisi sistematica 515
II. Presupposti per la riduzione o l'abolizione 516
A. Presupposti ai sensi del comma 1 516
1. Presupposti relativi agli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO 517
2. Presupposti relativi agli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO 517
B. Procedura ai sensi del comma 2 518
1. Applicazione per analogia delle norme sulla riduzione del capitale 519
2. Singole fasi procedurali 520
a. Avviso ai creditori in particolare 521
b. Conferma di verifica in particolare 522
c. Iscrizione nel registro di commercio in particolare 523
3. Procedura in caso di riduzione e soppressione degli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO 524
4. Procedura in caso di riduzione e abolizione degli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO 525
III. Rapporto con la riduzione del capitale 525
IV. Ulteriori questioni applicative 527
A. Ambito di applicazione personale: soci usciti dalla società 527
B. Diritto transitorio 527
C. Obblighi di versamento supplementare occulti 528
D. Conseguenze giuridiche dei vizi procedurali 528
Bibliografia 528

I. CONSIDERAZIONI GENERALI E ANALISI SISTEMATICA

L'art. 795c CO disciplina i presupposti in base ai quali un obbligo di versamento supplementare previsto dallo statuto può essere ridotto o soppresso. La disposizione è finalizzata alla **tutela dei creditori** e mira a impedire che la società elimini gli obblighi di versamento supplementare proprio in una fase di difficoltà finanziaria, in cui essi rivestono particolare importanza in quanto surrogato del capitale proprio con caratteristiche simili alla responsabilità. I creditori non possono zwar far valere **alcun diritto diretto alla richiesta di versamenti supplementari** – l'obbligo opera esclusivamente nel rapporto interno tra la società e i soci. Tuttavia, un obbligo di versamento supplementare pubblicato nel registro di commercio (art. 73 cpv. 1 lett. j ORC) può fungere **indirettamente da indicatore di solvibilità**. Nella pratica, esso rappresenta un segnale della disponibilità dei soci a mettere a disposizione mezzi aggiuntivi in caso di necessità. Ciò può influire positivamente sulla valutazione del rischio, in particolare in caso di concessione di crediti o di assunzione di impegni a lungo termine. 1

In questo contesto, l'obbligo di versamento supplementare riveste una certa **funzione di rafforzamento della fiducia**. Se viene revocato in una situazione economica critica, ciò può deludere i creditori nella loro valutazione della solidità finanziaria della società – **sebbene da ciò non derivi loro alcun diritto soggettivo al mantenimento dell'obbligo**. Per tenere conto di questa tensione, l'art. 795c CO subordina la riduzione e l'abolizione a un limite sostanziale (comma 1) nonché a una procedura rigida dal punto di vista formale, che ricalca le disposizioni in materia di tutela del capitale relative alla riduzione del capitale (comma 2 in combinato disposto con l'art. 782 cpv. 4 CO e l'art. 653j segg. CO) . Non si deve presumere l'applicazione delle disposizioni relative al mercato dei capitali: secondo l'espressa volontà del legislatore, la Sagl non è una forma giuridica concepita per la raccolta di capitale proprio attraverso il mercato dei capitali. 2

II. PRESUPPOSTI PER LA RIDUZIONE O L'ABOLIZIONE

A. Presupposti ai sensi del comma 1

3 L'art. 795c cpv. 1 CO stabilisce **un unico, incondizionato** presupposto sostanziale: il capitale sociale e le riserve legali devono essere interamente coperti al momento della delibera. Il testo della disposizione non opera alcuna distinzione in base al motivo di richiamo ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 CO su cui si fonda l'obbligo di versamento supplementare. Essa si applica quindi allo stesso modo a ogni riduzione e a ogni soppressione, anche nei casi in cui lo statuto subordini la richiesta a un fabbisogno di liquidità (punto 2) o a un fabbisogno di capitale proprio specificato (punto 3). Se, oltre a ciò, debbano essere riconosciuti **ulteriori** ostacoli sostanziali è una questione da considerare separatamente; essa verrà discussa di seguito. Non è determinante una perdita di bilancio in senso contabile, bensì la copertura del capitale sociale e delle riserve legali. Si tratta di due aspetti distinti: una società può presentare una perdita riportata a nuovo e tuttavia avere il capitale sociale e le riserve legali interamente coperti, purché le riserve libere assorbano la perdita. Non si intende nemmeno la perdita di capitale ai sensi dell'art. 725a CO, che subentra solo in caso di copertura insufficiente pari alla metà; l'art. 795c cpv. 1 CO interviene molto prima. Per riserve legali si intendono la riserva legale di capitale (art. 671 CO) e la riserva legale di utili (art. 672 CO), ciascuna in combinato disposto con l'art. 801 CO; le riserve libere non vengono prese in considerazione.

4 Si ha quindi una corrispondenza con l'art. 795a cpv. 2 n. 1 CO, che fa riferimento alla stessa soglia: fintantoché la somma del capitale sociale e delle riserve legali non è più coperta, è possibile esigere versamenti supplementari – di conseguenza, l'obbligo non può essere eliminato proprio in questa situazione. La disposizione ha un effetto preventivo contro l'indebolimento degli interessi dei creditori attraverso atti costitutivi statutari in caso di crisi. La copertura deve essere verificata sulla base di un bilancio conforme ai requisiti di cui agli art. 958 segg. CO e approvato dall'assemblea dei soci (art. 804 cpv. 2 n. 5 CO). Se alla data della delibera la data di chiusura del bilancio risale a più di sei mesi prima, occorre redigere un bilancio intermedio (art. 653l CO per analogia; art. 960f CO). Lo scioglimento delle riserve occulte non è espressamente prescritto; secondo l'opinione prevalente, tuttavia, le riserve

arbitrarie occulte devono essere sciolte prima della riduzione, a meno che eccezioni oggettivamente motivate non ne giustifichino il mantenimento.

1. Presupposti relativi agli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO

Anche in questo caso si applica senza limitazioni il presupposto di copertura di cui all'art. 795c cpv. 1 CO. Esso riguarda tuttavia solo la situazione patrimoniale, non quella di liquidità. Secondo il testo della norma, la revoca rimane quindi ammissibile anche se la società è insolvente pur avendo un capitale sociale formalmente coperto e riserve legali coperte – ovvero proprio nella configurazione in cui l'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO consentirebbe la richiesta di versamenti supplementari. Questa lacuna interpretativa costituisce il vero punto debole della norma. 5

Nella dottrina si richiede pertanto di riconoscere, anche per la riduzione e la revoca degli obblighi di versamento supplementare ai sensi del n. 2, un limite sostanziale che vada oltre quanto previsto dal cpv. 1. A questa posizione occorre aderire: fintantoché sussiste una rilevante carenza di liquidità e non è assicurato alcun finanziamento alternativo, l'obbligo di versamento supplementare non può essere revocato. In caso contrario, gli interessi dei creditori potrebbero essere compromessi e gli obblighi degli organi societari violati. Una riduzione o una soppressione inammissibile può comportare, in particolare, una responsabilità per **condotta contraria ai doveri** ai sensi dell'art. 827 in combinato disposto con l'art. 754 CO – soprattutto se la società rimane o diventa insolvente a causa della soppressione dell'obbligo di versamento supplementare. 6

2. Presupposti relativi agli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO

In caso di obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO è necessaria un'esplicita definizione dello scopo nei statuti. La richiesta di versamenti supplementari destinati a uno scopo specifico è soggetta a rigorosi presupposti sostanziali: essa è ammessa solo se lo scopo stabilito presenta un'urgenza oggettiva e non sono disponibili alternative di finanziamento ragionevoli. In caso contrario, si rischia un onere sproporzionato, in particolare a carico dei soci di minoranza. Un ricorso 7

arbitrario o opportunistico sarebbe in contrasto con il principio dell'esercizio moderato del diritto (art. 2 CC).

8 Se tale scopo viene oggettivamente raggiunto o abbandonato – ad esempio perché un'acquisizione pianificata non viene più perseguita – la esigibilità viene di fatto meno. Tuttavia, può essere opportuna una riduzione o una revoca formale dell'obbligo di versamenti supplementari, al fine di garantire chiarezza giuridica nei confronti dei soci e dei terzi e di mantenere l'iscrizione nel registro di commercio oggettivamente corretta. Anche in questo caso si applica senza limitazioni il presupposto di copertura di cui all'art. 795c cpv. 1 CO. Non è invece necessario un **ulteriore** limite sostanziale – a differenza di quanto previsto al n. 2. Il motivo risiede nella funzione dell'obbligo di versamento supplementare vincolato a uno scopo specifico: non si tratta di una misura di risanamento reattiva, bensì di un'opzione di finanziamento legata a un progetto. Se viene meno lo scopo statutario, non sussiste alcun interesse meritevole di tutela alla sua prosecuzione che vada oltre quanto già garantito dal cpv. 1 e dalla procedura di cui al cpv. 2.

B. Procedura ai sensi del comma 2

9 La riduzione o l'abolizione di un obbligo di versamento supplementare previsto dallo statuto costituisce una modifica dello statuto e deve essere deliberata dall'assemblea dei soci, autenticata pubblicamente e iscritta nel registro di commercio (art. 780 CO; art. 73 cpv. 1 lett. j ORC). La legge non si pronuncia in merito alla maggioranza richiesta. L'art. 808b cpv. 1 CO non menziona la riduzione o l'abolizione dell'obbligo di versamento supplementare, né tantomeno la riduzione del capitale sociale. Si applica quindi la maggioranza assoluta dei voti rappresentati (art. 808 CO), salvo diversa disposizione dello statuto (art. 808b cpv. 2 CO). Questa soluzione richiede una spiegazione, poiché l'**introduzione o l'estensione** a posteriori di un obbligo di versamento supplementare ai sensi dell'art. 797 CO presuppone il consenso di tutti i soci interessati. L'asimmetria si giustifica con il fatto che la riduzione alleggerisce l'onere a carico dei soci e che la tutela dei creditori non è garantita dal quorum decisionale, bensì dal cpv. 1 e dalla procedura di cui al cpv. 2.

10 Occorre comunque rispettare il principio di parità di trattamento (art. 813 CO). Se l'obbligo di versamento supplementare è legato solo a singole quote di capitale o se viene ridotto solo in parte, un alleggerimento diseguale richiede

una giustificazione oggettiva; in caso contrario, la delibera è impugnabile (art. 808c CO in combinato disposto con l'art. 706 cpv. 2 n. 3 CO).

Ai sensi dell'art. 795c cpv. 2 CO, il procedimento si basa per analogia sulle disposizioni relative alla riduzione del capitale (art. 782 cpv. 4 in combinato disposto con gli art. 653j segg. CO). La ragione della necessità di una procedura di tutela completa risiede nell'**effetto indiretto di tutela dei creditori** dell'obbligo di versamento supplementare: esso rafforza il capitale proprio, garantisce la continuità della società e contribuisce così indirettamente al soddisfacimento dei crediti dei creditori. Di conseguenza, le disposizioni relative alla semplice modifica dello statuto non sono sufficienti – nemmeno in caso di riduzione meramente parziale, per la quale deve essere comunque espletata la procedura completa. 11

1. Applicazione per analogia delle norme sulla riduzione del capitale

Cpv. 2, del CO rimanda per analogia alle norme relative alla riduzione ordinaria del capitale ai sensi dell'art. 782, n. 4, in combinato disposto con gli artt. 653j e segg. del CO. A tal proposito occorre tenere presente che la riduzione o l'abolizione dell'obbligo di versamento supplementare non costituisce una riduzione del capitale in senso tecnico, bensì la modifica di un obbligo statutario di prestazione dei soci nei confronti della società, senza alcun riferimento al capitale nominale. L'applicazione delle norme sulla riduzione del capitale avviene quindi in modo funzionale, non schematico. L'applicazione per analogia si limita alla riduzione ordinaria del capitale ai sensi degli articoli 653j–653o CO. La procedura semplificata per l'eliminazione di un deficit di bilancio (art. 653p CO) è esclusa, poiché presuppone una copertura insufficiente del capitale – ovvero proprio la situazione che l'art. 795c cpv. 1 CO esclude. Non è nemmeno preso in considerazione l'art. 653q CO (riduzione con contemporaneo rialzo), poiché in caso di obbligo di versamento supplementare non è interessato alcun capitale nominale che possa essere nuovamente aumentato. La riduzione nell'ambito della fascia di capitale (art. 653s segg. CO) non è esclusa solo in virtù dell'applicazione per analogia: secondo il diritto vigente, la Sagl non ha affatto accesso alla fascia di capitale; il rinvio di cui all'art. 782 cpv. 4 CO non lo contempla. 12

2. Singole fasi procedurali

13 Il procedimento è un procedimento di tutela dei creditori con effetto costitutivo. Esso comprende in particolare:

(1) un **bilancio intermedio**, qualora la data di chiusura del bilancio risalga a più di sei mesi prima del momento dell'adozione della delibera (art. 653l CO per analogia);

(2) la **pubblicazione dell'avviso di creditori** mediante **pubblicazione unica** nel FUSC; i creditori possono richiedere misure cautelari entro 30 giorni dalla pubblicazione, previa presentazione delle loro pretese (art. 653k cpv. 1 e 2 CO applicato per analogia);

(3) l'attestazione di revisione redatta da una società di revisione soggetta a vigilanza statale o da un esperto di revisione abilitato, sulla base del bilancio e dell'esito dell'avviso ai creditori (art. 653m cpv. 1 CO per analogia; art. 55 cpv. 1 lett. c ORC);

(4) la delibera dell'assemblea dei soci redatta in atto pubblico (art. 653n CO per analogia; art. 780 CO);

(5) l'atto di constatazione degli amministratori in merito al rispetto delle norme procedurali, con l'indicazione dettagliata dei documenti giustificativi su cui si basa (art. 653o cpv. 1 e 2 CO per analogia);

(6) la domanda di iscrizione all'Ufficio del Registro di commercio, corredata dei documenti giustificativi di cui all'art. 81 in combinato disposto con gli artt. 77 e 55 cpv. 1 dell'ORC; vale a dire i due atti pubblici, l'attestato di verifica e lo statuto modificato.

14 Resta da chiarire se si applichi per analogia il termine di decadenza di cui all'art. 653j cpv. 4 CO, secondo cui la delibera decade se non viene presentata per l'iscrizione entro sei mesi. Poiché il rinvio di cui all'art. 795c cpv. 2 CO riguarda la procedura nel suo complesso e il termine serve a garantire l'attualità dell'attestato di verifica, la questione va risolta in senso affermativo. Nella pratica, il termine deve essere rispettato fino a quando la questione non sarà chiarita dalla giurisprudenza di cassazione. Sono determinanti i 30 giorni di cui all'art. 653k cpv. 2 CO.

a. Avviso ai creditori in particolare

L'avviso ai creditori ai sensi dell'art. 795c CO serve a informare i creditori della prevista riduzione o soppressione dell'obbligo di versamento supplementare e a dare loro la possibilità di far valere i propri crediti e, se del caso, di richiedere una garanzia (cfr. art. 653k CO per analogia). La pubblicazione avviene una volta sul FUSC; il termine per la presentazione dei crediti e per la richiesta di garanzie è di 30 giorni dalla pubblicazione (art. 653k cpv. 2 CO). È ammessa, ma non obbligatoria, un'ulteriore notifica diretta ai creditori noti. L'obbligo di garanzia decade se la società soddisfa il credito o dimostra che il suo adempimento non è compromesso; se è presente l'attestato di revisione, ciò si presume (art. 653k cpv. 3 CO). 15

Amstutz, Chappuis e Gohari mettono giustamente in discussione l'opportunità dell'avviso di debiti ai sensi dell'art. 653k CO in caso di riduzione o soppressione dell'obbligo di versamento supplementare. Mentre nel diritto delle società per azioni la pubblica notifica dei debiti serve a garantire i crediti esistenti dei creditori, nel caso degli obblighi di versamento supplementare ciò è sistematicamente fuori luogo: questi non costituiscono crediti dei creditori, bensì sono obblighi di prestazione puramente interni alla società a carico dei soci. È vero che si può sostenere che, in determinate circostanze, gli obblighi di versamento supplementare esercitino un effetto indiretto di tutela dei creditori, in quanto consentono alla società di compensare le perdite e di stabilizzare la propria situazione finanziaria – il che, a sua volta, garantisce l'adempimento dei crediti dei creditori. Tale effetto protettivo è tuttavia già garantito dal limite sostanziale di cui all'art. 795c cpv. 1 CO. Anche una persistente carenza di liquidità, secondo l'opinione qui sostenuta, ostacola una riduzione del capitale. In questo contesto, la convocazione dei creditori appare in molti casi superflua. 16

Un confronto sistematico con l'art. 795b CO non confuta tuttavia questa conclusione, ma la spiega. L'art. 795b CO richiede, per il rimborso dei versamenti supplementari effettuati, una copertura tramite capitale proprio liberamente utilizzabile e quindi un'eccedenza rispetto al capitale sociale e alle riserve legali. L'art. 795c cpv. 1 CO si accontenta invece della loro copertura integrale, ovvero del livello zero. Il limite sostanziale dell'art. 795b CO è quindi più rigoroso, non ugualmente rigoroso. A ciò si aggiunge la differenza oggettiva: l'art. 795b CO riguarda un effettivo deflusso di fondi, mentre l'art. 795c CO riguarda l'estinzione definitiva di una posizione di 17

credito senza deflusso. Il legislatore ha quindi operato uno scambio normativo: laddove il limite sostanziale è più debole, rafforza la tutela procedurale, e viceversa. Non si può quindi parlare di incoerenza tra l'art. 795b e l'art. 795c CO. La critica alla proclamazione dei debiti deve piuttosto basarsi esclusivamente sul fatto che l'obbligo di versamento supplementare non costituisce un credito ai sensi dell'art. 653k CO e che la proclamazione dei debiti non può raggiungere il proprio obiettivo normativo – ovvero la garanzia dei crediti esistenti, la cui copertura viene ridotta dalla misura – nel caso di un obbligo di prestazione puramente interno alla società. Questa obiezione è valida di per sé; de lege ferenda si dovrebbe prendere in considerazione una limitazione alla conferma di verifica.

b. Conferma di verifica in particolare

18 La conferma di verifica ai sensi dell'art. 653m CO fa parte, nel diritto delle società per azioni, del meccanismo di tutela in caso di riduzione ordinaria del capitale. Essa serve a garantire che i crediti dei creditori noti e dichiarati rimangano integralmente coperti nonostante la riduzione prevista. Oggetto della conferma ai sensi dell'art. 653m cpv. 1 CO è esclusivamente la copertura integrale dei crediti dei creditori, sulla base della chiusura e dell'esito della convocazione dei creditori. Da ciò va distinta la prova che il presupposto sostanziale di cui all'art. 795c cpv. 1 CO – la copertura del capitale sociale e delle riserve legali – sia soddisfatto. La legge non attribuisce tale onere all'esperto di revisione; esso spetta agli amministratori e deve essere documentato per analogia nell'atto di constatazione ai sensi dell'art. 653o CO. Nella pratica è consigliabile riunire entrambe le dichiarazioni nella stessa conferma; dal punto di vista giuridico si tratta di due oggetti di verifica distinti. Nel caso di una società con opting-out, la normativa in materia di revisione è leggermente diversa (art. 727a cpv. 2 CO in combinato disposto con l'art. 818 cpv. 1 CO). Essa non dispone di un organo di revisione, ma deve comunque avvalersi di un revisore abilitato per la procedura ai sensi dell'art. 795c CO. Viceversa, ogni socia o socio soggetto all'obbligo di versamento supplementare può richiedere una revisione ordinaria ai sensi dell'art. 818 cpv. 2 CO. Tale diritto spetta loro fino all'iscrizione della scioglimento nel registro di commercio; successivamente decade in mancanza dell'obbligo di versamento supplementare. Nel contesto dell'art. 795c CO, questa norma viene applicata solo per analogia, il che tiene conto del fatto che l'obbligo di versamento supplementare non produce effetti diretti verso l'esterno. Esso

non costituisce un obbligo di apporto di capitale, bensì un obbligo di prestazione interno alla società, il cui scopo risiede principalmente nella stabilizzazione della struttura finanziaria. Esso produce un effetto di tutela dei creditori solo indirettamente.

L'applicazione per analogia delle disposizioni sulla riduzione del capitale richiede quindi entrambe le cose: la convocazione dei creditori ai sensi dell'art. 653k CO e la conferma di verifica ai sensi dell'art. 653m CO. Il loro contenuto informativo rimane tuttavia limitato alla copertura dei creditori; una conferma del presupposto sostanziale di cui all'art. 795c cpv. 1 CO non è prevista dalla legge e può al massimo essere allegata a titolo facoltativo. Per gli obblighi di versamento supplementare vincolati a uno scopo specifico ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO vale, de lege lata, lo stesso regime; se ciò sia appropriato, verrà discusso di seguito. 19

Il parallelismo con la riduzione ordinaria del capitale è previsto dalla legge e va rispettato de lege lata. Esso non è nemmeno incoerente: come dimostrato, la procedura più rigorosa compensa il limite sostanziale più debole rispetto all'art. 795b CO. Rimane criticabile solo l'adozione della pubblicazione dei debiti, il cui obiettivo normativo risulta privo di effetto nel caso di un'obbligazione interna. De lege ferenda si dovrebbe quindi valutare la possibilità di limitare l'art. 795c cpv. 2 CO alla conferma di verifica, all'autenticazione e all'iscrizione nel registro di commercio. 20

c. Iscrizione nel registro di commercio in particolare

Gli statuti devono essere in ogni caso adeguati, poiché sia la riduzione che la soppressione ne riguardano la base. L'art. 81 ORC sottopone espressamente la riduzione **e** la soppressione di un obbligo statutario di versamento supplementare alla stessa procedura: si applica per analogia l'art. 77 ORC, che a sua volta rimanda all'art. 55 ORC. In entrambi i casi devono quindi essere presentati e depositati l'atto pubblico relativo alla delibera dell'assemblea dei soci, l'atto pubblico relativo alle constatazioni degli amministratori, l'attestato di revisione e lo statuto modificato (art. 55 cpv. 1 lett. a–d ORC per analogia). 21

Sarebbe errato ritenere che una mera riduzione parziale non sia soggetta a registrazione, poiché il registro di commercio, ai sensi dell'art. 73 cpv. 1 lett. j ORC, contiene solo un rinvio alla descrizione dettagliata contenuta negli statuti, ma non l'importo. Da un lato, l'art. 81 dell'ORC prescrive la domanda 22

di iscrizione per entrambi gli atti. Dall'altro, ai sensi dell'art. 73 cpv. 1 lett. e ORC, la **data degli statuti** è un fatto soggetto a iscrizione; ogni modifica degli statuti comporta quindi obbligatoriamente una domanda di iscrizione e un'iscrizione nel registro di commercio.

23 Per quanto riguarda il contenuto dell'iscrizione nel registro di commercio, l'elenco di cui all'art. 55 cpv. 3 dell'ORC è applicabile solo in misura limitata, poiché non sono interessati né un importo di riduzione né un valore nominale né un numero di quote. Devono quindi essere iscritti la nuova data dello statuto (art. 73 cpv. 1 lett. e ORC) nonché – in caso di abrogazione totale – la cancellazione del riferimento ai sensi dell'art. 73 cpv. 1 lett. j ORC. In caso di mera riduzione parziale, il riferimento rimane in vigore e cambia solo la data dello statuto.

24 L'ufficio del registro di commercio verifica, ai sensi dell'art. 937 CO, se i requisiti di legge sono soddisfatti e se i documenti giustificativi sono completi. In mancanza della pubblicazione di avviso di debiti o dell'attestato di verifica, la domanda deve essere respinta. L'ufficio non verifica autonomamente il requisito sostanziale di cui all'art. 795c cpv. 1 CO; può basarsi sull'atto di constatazione e sull'attestato di verifica.

3. Procedura in caso di riduzione e soppressione degli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO

25 La procedura di cui al cpv. 2 deve essere eseguita indipendentemente dal motivo della richiesta; l'art. 795c cpv. 2 CO non opera alcuna distinzione al riguardo. Per gli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 2 CO si applica quindi lo stesso procedimento previsto nel caso base: bilancio intermedio se necessario, avviso di esdebitazione con termine di presentazione di 30 giorni, attestato di revisione, doppia autenticazione e iscrizione nel registro. A ciò si aggiunge l'ulteriore limite sostanziale sopra motivato: fintantoché persiste una rilevante carenza di liquidità, la riduzione o l'abolizione non è ammessa, anche se il capitale sociale e le riserve legali sono formalmente coperti.

4. Procedura in caso di riduzione e abolizione degli obblighi di versamento supplementare ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO

Anche nel caso di obblighi di versamento supplementare vincolati a uno scopo ai sensi dell'art. 795a cpv. 2 n. 3 CO, l'art. 795c cpv. 2 CO richiede la procedura completa di riduzione. Ciò vale anche se lo scopo definito dallo statuto è oggettivamente venuto meno e l'obbligo non può più essere effettivamente esigito. 26

Nella pratica è discutibile se, in tali contesti, un invito a far valere i crediti o una conferma di verifica abbiano ancora un'utilità funzionale. L'obbligo di versamento supplementare vincolato a uno scopo è concepito come strumento di **finanziamento interno** e non produce effetti nei confronti di terzi. Con la cessazione dello scopo statutario, l'esigibilità viene di fatto meno; la base della responsabilità è quindi già svuotata di valore prima ancora che venga adottata una delibera di abrogazione. L'abrogazione formale non priva quindi più i creditori di nulla che una procedura di tutela possa ancora garantire – il che rende discutibile anche l'utilità di un'attestazione di verifica. **De lege lata**, tuttavia, è esclusa qualsiasi deroga: lo scioglimento non può avvenire mediante una semplice delibera statutaria senza la procedura di richiamo dei debiti e l'attestazione di verifica. L'art. 795c cpv. 1 e cpv. 2 CO si applica in modo assoluto e non opera distinzioni in base al motivo della richiesta di pagamento. **De lege ferenda**, si dovrebbe invece valutare la possibilità, in caso di venir meno oggettivo e dimostrabile dello scopo statutario, di rinunciare alla pubblicazione del bando di esazione e alla conferma di verifica e di consentire l'annullamento mediante una semplice modifica dello statuto. A favore di ciò depone il principio di proporzionalità: in assenza di esigibilità, l'obbligo non ha più alcun valore di responsabilità che una procedura di tutela dei creditori possa garantire. 27

III. RAPPORTO CON LA RIDUZIONE DEL CAPITALE

Una problematica particolare sorge quando il **capitale sociale della società viene ridotto**. Poiché l'obbligo di versamento supplementare è sempre riferito alle quote (art. 795 CO), si pone la questione se e in quale misura una riduzione del capitale comporti un adeguamento automatico dell'obbligo di versamento supplementare. 28

29 Se l'obbligo di versamento supplementare è definito come **percentuale del valore nominale** di una quota di capitale (ad es. «fino al doppio del valore nominale»), in caso di riduzione del valore nominale si presume in parte una riduzione automatica: il rapporto rimane invariato e l'obbligo di versamento supplementare diminuisce proporzionalmente al capitale sociale.

30 Se invece l'obbligo di versamento supplementare è formulato **in importi assoluti** (ad es. «CHF 10'000 per quota»), non si verifica **alcun adeguamento automatico** a seguito della riduzione del capitale. È invece necessaria una riduzione autonoma dell'obbligo di versamento supplementare mediante la procedura formale di cui all'art. 795c CO. In caso contrario, la base di responsabilità supplementare rimane integralmente in essere, il che può essere opportuno dal punto di vista dei creditori, ma potrebbe essere in contrasto con la volontà dei soci.

31 Questa differenziazione è tuttavia solo apparente. Anche in caso di collegamento percentuale non si verifica alcuna riduzione automatica. L'obbligo di versamento supplementare si basa su una disposizione statutaria, la cui modifica è soggetta a presupposti specifici ai sensi dell'art. 795c CO; un adeguamento tacito nel corso della riduzione del capitale equivarrebbe a un'elusione della procedura di tutela dei creditori. È quindi sempre necessaria una delibera separata, con l'osservanza della procedura di cui al cpv. 2 – anche quando lo statuto prevede espressamente tale collegamento. La differenza tra la formulazione percentuale e quella assoluta non incide quindi sulla procedura, ma solo sulla questione di quale importo debba essere fissato dalla delibera di riduzione.

32 Occorre inoltre tenere conto del limite massimo imperativo di cui all'art. 795 cpv. 2 CO: l'obbligo di versamento supplementare connesso a una quota sociale non può superare il doppio del suo valore nominale. Se il valore nominale viene ridotto e l'obbligo di versamento supplementare è definito in un importo assoluto, esso può successivamente superare tale limite. In tal caso sorge un obbligo di adeguamento indipendentemente dalla volontà dei soci. Secondo l'interpretazione dell'art. 6 della Disposizione transitoria relativa alla modifica del 16 dicembre 2005, secondo cui gli obblighi di versamento supplementare eccessivi previsti dal diritto precedente rimangono validi e possono essere ridotti solo con la procedura di cui all'art. 795c CO, l'eccedenza non viene meno ipso iure; è invece necessaria una delibera di riduzione nell'ambito del procedimento ordinario. In pratica ciò

significa che la riduzione del valore nominale e l'adeguamento dell'obbligo di versamento supplementare devono essere coordinati.

Viceversa, l'art. 782 cpv. 3 CO presuppone, ai fini della riduzione del capitale sociale per eliminare un deficit derivante da perdite, che i versamenti supplementari previsti dallo statuto siano stati interamente effettuati. Pertanto, in una società con passivo, entrambe le vie si ostacolano a vicenda: l'obbligo di versamenti supplementari non può essere eliminato perché il capitale sociale e le riserve legali non sono coperti (art. 795c cpv. 1 CO); il passivo non può essere sanato a livello di bilancio prima che i versamenti supplementari siano stati effettuati (art. 782 cpv. 3 CO). Ne deriva un ordine imperativo: richiesta ed esborso dei versamenti supplementari, poi riduzione del capitale, quindi, se del caso, riduzione o soppressione dell'obbligo di versamento supplementare. Questo obbligo di esborso preventivo impedisce che una società eluda un obbligo di versamento supplementare già esistente mediante una semplice rettifica di bilancio. 33

IV. ULTERIORI QUESTIONI APPLICATIVE

A. Ambito di applicazione personale: soci usciti dalla società

Ai sensi dell'art. 795d cpv. 1 CO, l'obbligo di versamento supplementare dei soci usciti dalla società sussiste per tre anni; ai sensi del cpv. 4, tale termine non può essere prorogato. Viceversa, essi beneficiano di una riduzione o di una revoca ai sensi dell'art. 795c CO; i materiali legislativi lo stabiliscono espressamente. La delibera ha quindi efficacia anche al di là dell'attuale cerchia dei soci. È determinante il momento in cui la delibera produce effetti, ovvero l'iscrizione nel registro di commercio; i versamenti supplementari già richiesti e diventati esigibili rimangono dovuti. 34

B. Diritto transitorio

Ai sensi dell'art. 6 della Disposizione transitoria relativa alla modifica del 16 dicembre 2005, gli obblighi di versamento supplementare previsti dal diritto precedente che superano il limite massimo di cui all'art. 795 cpv. 2 CO rimangono validi; essi possono essere ridotti esclusivamente mediante la procedura di cui all'art. 795c CO. Per le società costituite prima del 1° gennaio 2008, questo rappresenta il caso di applicazione di maggiore rilevanza pratica della disposizione. 35

C. Obblighi di versamento supplementare occulti

36 Ai sensi dell'art. 796 cpv. 4 CO, gli obblighi statutari di versamento di denaro o di altre prestazioni patrimoniali sono soggetti alle disposizioni in materia di versamenti supplementari, qualora non sia prevista una controprestazione adeguata e la richiesta serva a coprire il fabbisogno di capitale proprio. Tali clausole, funzionalmente equivalenti, rientrano quindi anche nell'ambito di applicazione dell'art. 795c CO: la loro eliminazione richiede il rispetto dell'intera procedura. La disposizione serve a impedire l'elusione e deve essere presa in considerazione nella valutazione delle modifiche statutarie.

D. Conseguenze giuridiche dei vizi procedurali

37 Se la procedura di cui al cpv. 2 non viene rispettata, la delibera dell'assemblea dei soci è impugnabile ai sensi dell'art. 808c CO in combinato disposto con gli artt. 706 e segg. CO. La nullità è ipotizzabile ai sensi dell'art. 706b n. 3 CO, nella misura in cui la delibera violi le disposizioni relative alla tutela del capitale. Ciò si presume in caso di riduzione o soppressione in contrasto con il limite sostanziale di cui all'art. 795c cpv. 1 CO; la semplice inosservanza di singole fasi procedurali di cui al cpv. 2 comporta invece l'impugnabilità. L'iscrizione nel registro di commercio non sanifica il vizio. Se gli amministratori violano i propri doveri nella preparazione o nell'esecuzione, rispondono ai sensi dell'art. 827 in combinato disposto con l'art. 754 CO; lo stesso vale per l'esperto di revisione consultato (art. 827 in combinato disposto con l'art. 755 CO).

BIBLIOGRAFIA

Amstutz Marc/Büchi Raffael/Drenhaus Mark, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Amstutz Marc/Chappuis Fernand/Gohari Ramin Silvan, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK).

Bernet Sandro/Schneuwly Anne Mirjam, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. Aktienrecht).

Böckli Peter, Das neue schweizerische GmbH-Recht – was ist wirklich neu? Eine Übersicht, in: Böckli Peter/Forstmoser Peter (Hrsg.), Das neue schweizerische GmbH-Recht, Zürich 2006, S. 1-43.

Böckli Peter/Forstmoser Peter/Rapp Jean-Marc, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlagen vom April 1999, Bern.

Chappuis Fernand, Die Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten von Nachschüssen im neuen schweizerischen GmbH-Recht, SJZ 103 (2007), S. 85-92 (zit. SJZ).

Chappuis Fernand/Jaccard Michel, in: Tercier Pierre/Trigo Trindade Rita/Canapa Damiano (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations II, 3. Aufl., Basel 2024 (zit. CR).

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021.

Germann Sandro, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2015.

Handschin Lukas/Truniger Christof, Die GmbH, Zürich 2019.

Jaccard Michel/Baruh Erol, Capital-risque et financement par étape (staged financing). De nouvelle perspectives suite à la révision du droit de la Sàrl ?, GesKR 3 (2007), S. 280-287.

Keller Raphael, in: Wildhaber Isabelle/Häusermann Daniel/Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2025 (zit. KuKo).

Kunz Peter V., Grundpfeiler des Eigenkapitals: Kapitalaufbringung sowie Kapitalerhöhung, GesKR 2014, S. 52-62 (zit. GesKR).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss. Zürich 1944.

Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: mit neuen Aktien- und Handelsregisterrecht, 13. Aufl., Zürich 2023.

Montavon Pascal/Jabbour Ivan, Nachschüsse und Verpflichtungen in Form von Geld oder anderen Vermögenswerten der GmbH, TREX 2 (2023), S. 236-243 (zit. TREX).

Müller Lukas, in: Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK).

Sethe Rolf/Lütolf Daniel, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018, S. 201-222 (zit. ZSR 2018).

Siffert Rino/Fischer Marc Pascal/Petrin Martin, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, GmbH-Recht, Zürich 2008 (zit. SHK).

Sturny Thiemo/Trüeb Hans Rudolf, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., 2024 Zürich (zit. CHK).

Theus Simoni Fabiana/Hauser Isabel/Bärtschi Harald, Handbuch Schweizer GmbH-Recht, 2019 Zürich.

ATTENZIONE: Questa versione del commentario è una traduzione automatica dell'originale. Il commentario originale è in tedesco. La traduzione è stata effettuata con www.deepl.com. Solo la versione originale fa fede. La forma tradotta del commentario non può essere citata

COMMENTO SU

Art. 710 CO

Un commentario di Nicolas Facincani / Lukas Gayler / Francesco Struppa

CITAZIONE SUGGERITA

Nicolas Facincani/Lukas Gayler/Francesco Struppa, Commentario all'art. 710 CO, in: Lukas Müller (a cura di), Commentario online al diritto delle obbligazioni

Breve citazione: OK-Facincani/Gayler/Struppa, art. 710 CO N. XXX.

3. Durata del mandato

Art. 710

[1] Il mandato dei membri del consiglio d'amministrazione delle società le cui azioni sono quotate in borsa termina al più tardi alla conclusione della successiva assemblea generale ordinaria. I membri sono eletti individualmente.

[2] Nelle società le cui azioni non sono quotate in borsa, la durata del mandato è di tre anni, sempre che lo statuto non disponga altrimenti; la durata del mandato non può tuttavia eccedere sei anni. I membri sono eletti individualmente, a meno che lo statuto non preveda altrimenti o il presidente dell'assemblea generale decida diversamente con il consenso di tutti gli azionisti rappresentati.

[3] È ammessa la rielezione.

STRUTTURA

I. Punti salienti della normativa 534
A. Contenuto 534
B. Durata del mandato 534
C. Norme in materia di elezione 535
D. Rielezione 536
E. Durata del mandato della presidenza e dei comitati 539
II. Assenza del Consiglio di Amministrazione 540
III. Revoca di un membro del Consiglio di amministrazione 542
A. Revoca 542
B. Dimissioni 543
C. Altre possibilità 543
D. Momento di efficacia della cessazione 543
IV. Rapporto giuridico tra Consiglio di amministrazione e società per azioni 544
A. Nascita 544
B. Natura giuridica 545
C. Remunerazione 545
Bibliografia 546
Indice della giurisprudenza 548

I. PUNTI SALIENTI DELLA NORMATIVA

A. Contenuto

1 Con la revisione del 19 giugno 2020, l'art. 710 CO introduce nuove norme relative alla **durata del mandato e all'elezione dei membri del consiglio di amministrazione** sia per le società quotate in borsa che per quelle non quotate. Come in precedenza, tuttavia, in entrambi i casi è consentita la rielezione.

B. Durata del mandato

2 Per le società le cui azioni sono **quotate in borsa**, il mandato ha inizio non appena il membro del consiglio di amministrazione eletto ha accettato la nomina e termina al più tardi con la chiusura della successiva assemblea generale ordinaria. È ammessa una durata del mandato più breve, mentre quella più lunga è esclusa ai sensi dell'art. 95 cpv. 3 lett. a Cost. Di norma ciò comporta un'elezione annuale. Tale limitazione temporale comporta tuttavia dei rischi. In particolare, potrebbe indurre i membri del consiglio di amministrazione ad adottare una mentalità a breve termine, con il rischio di trascurare una gestione aziendale sostenibile e orientata al futuro.

3 Anche per le società le cui **azioni non sono quotate in borsa**, il mandato ha inizio con l'accettazione della nomina. A differenza delle società quotate in borsa, tuttavia, la durata del mandato prevista dalla legge è di tre anni. Lo statuto può modificare tale durata, purché non superi i sei anni.

4 Una volta accettata, la durata del mandato si estende di norma da un'assemblea generale all'altra. Essa ha inizio alla data dell'assemblea generale che ha effettuato l'elezione e termina con la *chiusura* dell'assemblea generale ordinaria che segue la scadenza dell'esercizio per il quale è stata effettuata l'elezione. In questo modo il consiglio di amministrazione in carica ha la possibilità di tenere ancora l'assemblea generale. Tale collegamento con l'Assemblea generale vale tuttavia solo fintantoché questa si svolga entro il termine di cui all'art. 699 cpv. 2 CO; in caso contrario si applica N 5.

5 Se, indipendentemente dai motivi, un membro del Consiglio di amministrazione non viene né destituito né rieletto e continua a esercitare la propria carica, ciò non costituisce una proroga tacita del suo mandato. Tale

proroga è esclusa. In questi casi, il mandato del membro del Consiglio di amministrazione cessa alla scadenza del sesto mese successivo alla chiusura dell'esercizio sociale in questione. Chi continua comunque a esercitare la propria funzione non diventa per questo nuovamente un organo formale; a seconda dell'attività effettiva, si può prendere in considerazione la qualifica di organo di fatto, sebbene secondo la giurisprudenza si tratti principalmente di un elemento di responsabilità e non di una base per i poteri dell'organo.

Se un membro del Consiglio di amministrazione si assenta e ciò mette a rischio il quorum della società o lo rende inesistente, il Consiglio di amministrazione rimanente deve convocare un'Assemblea generale straordinaria per le elezioni integrative. Se l'unico membro del Consiglio di amministrazione o l'intero Consiglio si dimette senza dare alla società la possibilità di provvedere alla nomina di un nuovo Consiglio di amministrazione, il Consiglio dimissionario commette una violazione dei propri doveri di diligenza e di fedeltà ai sensi dell'art. 717 CO. 6

C. Norme in materia di elezione

Nelle società quotate in borsa, ai sensi dell'art. 710 cpv. 1 CO, tutti i membri del CdA devono essere eletti individualmente. Questa norma accresce la trasparenza e la responsabilità di ciascun membro del CdA. Gli azionisti possono valutare in modo più mirato la prestazione individuale di ciascun membro e decidere così con maggiore cognizione di causa in merito alla composizione dell'organo. Ciò può favorire una gestione aziendale responsabile e orientata al rendimento. Per quanto riguarda la composizione o la selezione dei singoli membri del CdA, il legislatore rinuncia, oltre che all'art. 707 CO, a una regolamentazione più dettagliata. In questo modo, le diverse società per azioni possono determinare autonomamente il profilo richiesto per il mandato nel CdA, al fine di soddisfare le proprie esigenze specifiche. 7

Nel caso di **società le cui azioni non sono quotate in borsa**, l'art. 710 cpv. 2 CO prescrive l'elezione individuale dei membri del CdA. Tale disposizione può tuttavia essere modificata dallo statuto o dal presidente dell'assemblea generale con il consenso di tutti gli azionisti rappresentati. I requisiti relativi alla composizione e alla selezione dei membri del consiglio di amministrazione sono di per sé identici a quelli delle società quotate in borsa. 8

9 Per quanto riguarda la selezione dei singoli membri, in linea di principio non esistono requisiti legali generali in materia di competenza professionale, indipendenza, domicilio, nazionalità o qualifica di azionista. È tuttavia necessario che la società possa essere rappresentata da una persona domiciliata in Svizzera; tale persona non deve necessariamente essere membro del Consiglio di amministrazione. I requisiti statutari quali limiti di età, limiti massimi di mandati, requisiti professionali minimi o la qualifica di azionista rimangono ammessi, purché siano oggettivamente motivati e, in particolare, rispettino il principio di parità di trattamento. In pratica, è consigliabile definire un profilo dei requisiti per l'intero organo e, in caso di nuove nomine, un profilo di competenza individuale; sono determinanti in particolare le conoscenze specialistiche e settoriali, l'esperienza imprenditoriale, la disponibilità di tempo, l'integrità e la capacità di lavorare in gruppo.

10 Il Consiglio di amministrazione deve essere composto da almeno una persona fisica capace di agire. Una persona giuridica non può essere membro del Consiglio di amministrazione; essa può al massimo proporre o designare una persona fisica. Si applica inoltre l'incompatibilità con l'organo di revisione: un membro del consiglio di amministrazione non può essere contemporaneamente revisore. Qualora esistano categorie di azioni con diritti di voto o patrimoniali diversi, agli azionisti di ciascuna categoria deve essere garantita per statuto l'elezione di almeno un rappresentante nel consiglio di amministrazione; sono ammesse ulteriori disposizioni a tutela delle minoranze.

D. Rielezione

11 La **rielezione** dei membri del consiglio di amministrazione non solo è possibile, ma costituisce anche la regola. Gli statuti di una società non quotata in borsa possono prevedere disposizioni integrative in merito. Ad esempio, si possono prevedere limiti di età, la scaglionatura delle nomine o il rinnovo totale periodico del Consiglio di Amministrazione. Non è tuttavia conforme alla legge la previsione statutaria di una **rielezione automatica** in caso di situazione di stallo tra gli azionisti. Ciò non sarebbe compatibile con il diritto inalienabile dell'Assemblea generale di eleggere il Consiglio di Amministrazione. Di conseguenza, una tale clausola statutaria è nulla. In generale, secondo il Tribunale federale, la prosecuzione di un mandato nel

Consiglio di amministrazione deve basarsi su una manifestazione di volontà positiva da parte dell'Assemblea generale. Nella sentenza BGE 148 III 69, il Tribunale federale ha quindi stabilito, con la stessa motivazione, che non può avvenire nemmeno una **rielezione tacita**, anche se la rielezione è stata semplicemente «dimenticata». In tali casi, il mandato nel Consiglio di Amministrazione cessa alla scadenza del sesto mese successivo alla chiusura dell'esercizio in questione.

12 Con la sentenza BGE 148 III 69, il Tribunale federale si è opposto a quella parte della dottrina che, in caso di rielezione dimenticata o di mancata convocazione dell'Assemblea generale, ipotizzava il proseguimento del mandato fino alla successiva Assemblea generale, in cui l'elezione sarebbe stata inserita all'ordine del giorno; ha obiettato alla maggior parte dei sostenitori di tale opinione che essi si basavano, per la motivazione, essenzialmente su riferimenti ad altri autori o su una decisione dell'ex Corte di cassazione di Zurigo. Ha invece esaminato nel merito le uniche obiezioni motivate in modo autonomo, respingendole. Il Tribunale federale ha successivamente confermato questa linea rigorosa, nella misura in cui le deliberazioni di un'assemblea generale convocata da un consiglio di amministrazione non rieletto tempestivamente sono nulle; la convocazione conforme alla legge è considerata un presupposto fondamentale per lo svolgimento di un'assemblea generale in senso giuridico. Resta fatta salva l'assemblea universale ai sensi dell'art. 701 CO, che non richiede alcuna convocazione. Né un'iscrizione pluriennale nel registro di commercio né un riconoscimento di fatto nella corrispondenza possono sostituire la mancata elezione. Non è stato espressamente stabilito a quale data fare riferimento per valutare la tempestività; il Tribunale federale ha verificato la carica dell'organo al momento della convocazione. Secondo l'opinione qui sostenuta, la convocazione deve avvenire prima della scadenza del termine di sei mesi determinante, mentre lo svolgimento può avvenire successivamente.

13 In una sentenza successiva, il Tribunale federale ha stabilito che la durata esatta del mandato, nei casi in cui non si tratti di una rielezione automatica o tacita, deve essere determinata in via prioritaria sulla base dello statuto e della concreta delibera di elezione. Gli statuti delle grandi società vengono interpretati piuttosto come leggi, quelli delle società più piccole piuttosto come contratti; nel caso di società con un numero molto esiguo di azionisti può essere presa in considerazione un'interpretazione soggettiva.

14 Ne consegue, nella pratica, che le disposizioni statutarie relative alla durata del mandato e le delibere di elezione devono essere formulate nel modo più preciso e coerente possibile. In particolare, formulazioni ambigue come «per un anno» o «fino alla prossima assemblea generale ordinaria» rimangono soggette a interpretazione. Nel procedimento dinanzi al Tribunale federale 4A_508/2023, i membri del consiglio di amministrazione erano stati eletti nell'assemblea generale del 5 novembre 2021 per una durata «di un anno fino alla prossima assemblea generale ordinaria». L'istanza precedente aveva fatto scadere il mandato al più tardi il 5 novembre 2022, ovvero fino all'assemblea generale ordinaria effettivamente tenutasi il 20 settembre 2022, in occasione della quale il consiglio di amministrazione era stato rieletto. Il Tribunale federale ha confermato tale conclusione, ma ha esaminato lo statuto di una società composta da due persone, interpretato in modo soggettivo, solo sotto il profilo dell'arbitrarietà; ha constatato che lo statuto non fissava la durata del mandato in mesi e che il termine di cui all'art. 699 cpv. 2 CO era un mero termine di ordine, motivo per cui lo statuto non derogava all'art. 710 cpv. 1 CO. La decisione non costituisce quindi un precedente per un trattamento specifico delle formulazioni miste; l'incertezza giuridica permane. Tale qualificazione è a sua volta in una certa tensione con la funzione del termine come data di scadenza del mandato ai sensi della DTF 148 III 69.

15 Per verificare se i membri del consiglio di amministrazione siano stati correttamente (ri)eletti, l'estratto del registro di commercio non è quindi sufficiente. L'iscrizione nel registro di commercio non può sanare un mandato materialmente scaduto. Essa rimane tuttavia rilevante nei rapporti con i terzi, poiché i terzi in buona fede possono in linea di principio fare affidamento sulla situazione di rappresentanza pubblicata; tale fiducia viene meno, tuttavia, se il terzo è a conoscenza del fatto che il mandato dei membri iscritti è scaduto (art. 936b cpv. 3 CO). Tale tutela della buona fede non sanifica i vizi di diritto societario.

16 Se nel corso di una due diligence in materia societaria vengono riscontrati vizi di elezione o lacune informative, non occorre limitarsi a verificare la nomina suppletiva o la sanazione del vizio organizzativo. Occorre piuttosto analizzare quali deliberazioni e atti giuridici siano stati compiuti dopo la scadenza del mandato. Le garanzie contrattuali possono attribuire rischi informativi e di responsabilità, ma non sanano il vizio organizzativo in quanto tale; a seconda

della gravità, occorre quindi prevedere risanamenti preventivi, closing deliverables o condizioni sospensive.

E. Durata del mandato della presidenza e dei comitati

17 L'art. 710 CO disciplina la durata del mandato dei membri del consiglio di amministrazione. L'elezione del presidente è disciplinata dall'art. 712 CO, la costituzione dei comitati dall'art. 716a cpv. 2 CO e, per il comitato per le retribuzioni delle società quotate in borsa, dall'art. 733 CO. Ciò che interessa in questo contesto riguardo a tali funzioni è esclusivamente il fatto che la loro durata sia accessoria al mandato nel Consiglio di amministrazione: esse presuppongono un mandato in essere e non possono protrarsi oltre la scadenza di quest'ultimo. Nelle società quotate in borsa, il presidente viene eletto dall'Assemblea generale; nelle società non quotate in borsa, l'elezione spetta in linea di principio al Consiglio di amministrazione, sebbene lo statuto possa prevedere l'elezione da parte dell'Assemblea generale. La durata del mandato di presidente non può superare quella di membro del consiglio di amministrazione. Nel caso di un consiglio di amministrazione composto da più membri, la funzione di presidente deve essere iscritta nel registro di commercio. La figura del vicepresidente non è prevista dalla legge, ma è opportuna dal punto di vista pratico, in particolare in caso di impedimento o di conflitti di interesse del presidente. Se il consiglio di amministrazione è composto da più persone, la designazione di una presidenza non è facoltativa. Se tale carica rimane vacante, sussiste un vizio organizzativo: in primo luogo, il Consiglio di amministrazione lo sanerà autonomamente mediante nomina per la durata residua del mandato; inoltre, l'Ufficio del Registro di commercio richiederà alla società di procedere a un'elezione suppletiva.

18 La figura del presidente onorario non è disciplinata dall'art. 710 CO. Non si tratta di uno status di organo previsto dalla legge, bensì di un titolo onorifico che, di per sé, non conferisce né la qualifica di organo né il potere di rappresentanza. Se però un presidente onorario viene effettivamente coinvolto nel processo decisionale o influisce in modo determinante sulle decisioni del consiglio di amministrazione, può essere presa in considerazione la qualifica di organo di fatto.

19 Il consiglio di amministrazione può costituire comitati o incaricare singoli membri per la preparazione e l'esecuzione delle proprie deliberazioni o per la supervisione degli affari. Per i comitati ordinari, la composizione, i compiti e

la durata del mandato sono stabiliti dallo statuto, dal regolamento organizzativo o dalla delibera costitutiva; la funzione in seno al comitato non può protrarsi oltre il mandato nel consiglio di amministrazione su cui si basa. Nelle società quotate in borsa, invece, il comitato per le retribuzioni è previsto dalla legge; i suoi membri vengono eletti singolarmente dall'assemblea generale.

II. ASSENZA DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

20 Qualora venga trascurato il termine per la rielezione, i membri uscenti del Consiglio di Amministrazione non sono più autorizzati a convocare un'Assemblea Generale; ciò vale anche nel caso in cui tale convocazione abbia il solo scopo di recuperare la rielezione mancata. Se continuano a svolgere funzioni tipiche di un organo, secondo quanto esposto al punto N 5 si può prendere in considerazione la qualifica di organo di fatto. È necessario adoperarsi affinché la lacuna organizzativa venga validamente colmata, ad esempio tramite un'assemblea generale straordinaria, la convocazione da parte dell'ufficio di revisione o misure giudiziarie.

21 La scadenza del mandato ha conseguenze anche sul piano processuale. La società per azioni agisce tramite i propri organi (art. 54 CC); in assenza del Consiglio di Amministrazione, essa non è in grado di agire e pertanto non è né processualmente né postulazionalmente capace. Di conseguenza, non può né conferire validamente mandato a un rappresentante legale né intentare un'azione legale. Poiché la capacità processuale è un presupposto processuale (art. 59 cpv. 2 lett. c CPC), non si deve dare seguito a un'azione legale comunque intentata. Il Tribunale distrettuale di Horgen ha affrontato la questione in una decisione del 19 gennaio 2026: poiché dall'inizio del 2022 non si era più tenuta alcuna assemblea generale, il mandato del consiglio di amministrazione, fissato per un anno dallo statuto, è scaduto al più tardi il 30 giugno 2022; l'azione intentata dalla società ben due anni dopo non è stata accolta. Di rilevanza pratica è la conseguenza in termini di spese: le spese processuali non sono state addebitate alla società, bensì personalmente all'ex membro del consiglio di amministrazione che aveva agito senza potere di rappresentanza (art. 108 CPC), mentre l'anticipo sulle spese versato dalla società è stato rimborsato. Inoltre, il tribunale ha informato l'Ufficio del registro di commercio in merito al vizio organizzativo (cfr. art. 939 CO).

Qualora tutti i membri del consiglio di amministrazione siano venuti meno o non sia raggiunto il numero minimo stabilito dallo statuto, occorre procedere a nuove elezioni mediante un'assemblea generale straordinaria. Si possono prendere in considerazione, in particolare, un'assemblea universale, una delibera circolare dell'assemblea generale, la convocazione da parte dell'organo di revisione, purché questo sia validamente in carica, oppure misure giudiziarie. Va osservato che la durata del mandato dell'organo di revisione è definita in modo diverso e, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, non termina già alla scadenza del termine di sei mesi di cui all'art. 699 cpv. 2 CO. Il Tribunale federale respinge espressamente un'applicazione per analogia della sentenza BGE 148 III 69 all'organo di revisione: l'art. 730a cpv. 1 CO disciplina chiaramente la fine del mandato e l'organo di revisione, a differenza del consiglio di amministrazione eletto per un periodo, viene eletto in primo luogo per un atto specifico, ovvero la revisione del conto annuale. 22

Se la lacuna organizzativa non viene sanata, il tribunale può adottare le misure necessarie su richiesta di un azionista o di un creditore. Se la società è priva di consiglio di amministrazione, sussiste una lacuna ai sensi dell'art. 731b cpv. 1 n. 1 CO; le possibili misure derivano dall'art. 731b cpv. 1bis CO. Oltre alle opzioni espressamente menzionate nella legge, sono possibili anche altre misure adeguate, in particolare la convocazione di un'assemblea generale o la nomina a tempo determinato del precedente consiglio di amministrazione con l'obbligo di convocare un'assemblea generale e di inserire all'ordine del giorno l'elezione del consiglio di amministrazione. Ciò si impone soprattutto quando non sussiste un conflitto di interessi qualificato. Così, nella sentenza HE250034 dell'11 luglio 2025, il Tribunale commerciale di Zurigo ha reintegrato l'unico membro del Consiglio di amministrazione in carica per quattro mesi, limitando il suo mandato alla convocazione e allo svolgimento di un'assemblea generale straordinaria per l'elezione del Consiglio di amministrazione, nonché alla registrazione del membro eletto. 23

Dal punto di vista del diritto del registro di commercio, occorre tenere conto dell'art. 939 CO. Se l'Ufficio del Registro di commercio constata una lacuna organizzativa, intima alla società di porvi rimedio entro un determinato termine e, in caso di mancata regolarizzazione, deferisce la questione al tribunale affinché disponga le misure ai sensi dell'art. 939 cpv. 2 CO. Tuttavia, se la scadenza del mandato viene fatta valere da un terzo e contestata dalla 24

società, questa via di norma non porta al risultato auspicato. Il procedimento di intimazione ai sensi dell'art. 939 cpv. 1 CO è un procedimento monopartitico tra l'ufficio del registro di commercio e l'entità giuridica; all'ufficio mancano gli strumenti processuali per un procedimento contraddittorio. Chi, in qualità di azionista o creditore, segnala che non si sono più tenute assemblee generali, non acquisisce quindi la legittimazione processuale, non ha diritto di accesso agli atti e non può replicare alla presa di posizione della società. Se quest'ultima presenta un verbale conforme alle disposizioni dell'art. 702 CO, l'Ufficio del Registro di commercio è inoltre vincolato al segreto d'ufficio e non può presentare la prova al segnalante; il procedimento si conclude senza esito. Gli azionisti e i creditori farebbero quindi meglio a rivolgersi direttamente al tribunale con un'istanza ai sensi dell'art. 731b CO, dove avranno diritto alla legittimazione processuale, all'accesso agli atti e alla possibilità di replica.

III. REVOCA DI UN MEMBRO DEL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

25 Oltre alla scadenza del mandato, il mandato di membro del Consiglio di amministrazione può cessare anche per revoca o dimissioni.

A. Revoca

26 L'assemblea generale può in qualsiasi momento procedere alla cessazione *anticipata* del mandato nel consiglio di amministrazione mediante revoca. La revoca è una dichiarazione di volontà unilaterale dell'assemblea generale, che richiede la ricezione, e si basa su una delibera formalmente valida che non necessita di motivazione. In caso di revoca, tuttavia, occorre tenere conto del momento esatto e della formulazione del punto all'ordine del giorno.

27 Come ogni punto all'ordine del giorno di un'assemblea generale, anche la revoca deve essere inserita nell'ordine del giorno in modo chiaro e comprensibile. Tale necessaria chiarezza per la revoca di un membro del Consiglio di Amministrazione durante il suo mandato in corso non è garantita dal punto all'ordine del giorno «Elezioni», tanto più che il solo fatto che questo tema sia spesso affrontato nella dottrina indica che, a quanto pare, tale chiarezza non è garantita da questa scelta terminologica. Una revoca anticipata è un evento eccezionale e si distingue quindi dalla semplice

«mancata rielezione». A ciò si potrebbe obiettare che il Tribunale federale interpreta gli ordini del giorno in modo piuttosto ampio, basandosi sull'oggetto all'ordine del giorno annunciato nel suo complesso, e che, nell'ambito di ordini del giorno debitamente annunciati ai sensi dell'art. 700 cpv. 4 CO, le mozioni possono essere presentate senza preavviso. La revoca anticipata riveste tuttavia una natura diversa rispetto alla semplice non rielezione. Secondo l'opinione qui sostenuta, dall'ordine del giorno «Elezioni» non ci si dovrebbe aspettare che si voti proprio sull'esatto contrario, ovvero sulla revoca anticipata di un membro in carica del Consiglio di amministrazione.

B. Dimissioni

Anche il membro del Consiglio di amministrazione può, in linea di principio, porre fine al proprio mandato in qualsiasi momento mediante dimissioni (dichiarazione di dimissioni). Se tuttavia ciò avviene in un momento inopportuno, la SA può far valere pretese di risarcimento danni. Anche le dimissioni costituiscono una dichiarazione di volontà unilaterale e soggetta a ricezione. Esse devono essere presentate al presidente del Consiglio di Amministrazione o al suo vicepresidente. In loro assenza, o qualora tutti i membri del Consiglio di Amministrazione si dimettano, le dimissioni devono essere rivolte all'Assemblea Generale. 28

C. Altre possibilità

Inoltre, anche il decesso, l'incapacità permanente di agire del membro del Consiglio di Amministrazione, nonché la cancellazione della SA, comportano la cessazione del mandato nel Consiglio di Amministrazione. Lo statuto può anche prevedere che il mandato nel Consiglio di Amministrazione cessi in caso di venir meno di determinati requisiti. A tal fine, non solo la sanzione deve essere oggettivamente giustificata, ma deve essere rispettato anche il principio di parità di trattamento. 29

D. Momento di efficacia della cessazione

Internamente, la revoca o le dimissioni hanno effetto dal momento della ricezione della dichiarazione di volontà da parte dell'interessato o della società. 30

31 Nei rapporti con terzi, nei confronti degli azionisti non informati, la cessazione ha effetto solo con la pubblicazione della cancellazione nel registro di commercio. La richiesta di tale cancellazione spetta in linea di principio alla persona giuridica e dovrebbe avvenire senza indugio. Oltre alla persona giuridica, tuttavia, anche il membro del consiglio di amministrazione dimissionario può presentare personalmente la richiesta di cancellazione al registro di commercio.

32 Fino a tale pubblicazione, la responsabilità degli organi societari nei confronti di terzi e azionisti in buona fede continua a sussistere. Di norma, tuttavia, non sussiste la colpa necessaria per la responsabilità se il membro del consiglio di amministrazione dimissionario non esercita più alcuna influenza sull'andamento degli affari. Tuttavia, poiché anche il membro dimissionario è autorizzato a presentare la richiesta di cancellazione al Registro di commercio, si verificano situazioni in cui la colpa può comunque essere riconosciuta. In particolare, se il membro del Consiglio di amministrazione dimissionario è a conoscenza del fatto che l'iscrizione persiste e omette ciononostante di presentare personalmente la richiesta di cancellazione. Si consiglia quindi ai membri dimissionari di provvedere personalmente alla richiesta.

IV. RAPPORTO GIURIDICO TRA CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE E SOCIETÀ PER AZIONI

A. Nascita

33 Il rapporto giuridico tra il membro del Consiglio di amministrazione e la società per azioni sorge con l'accettazione della nomina da parte della persona eletta, la quale non è tuttavia obbligata ad accettarla. Inoltre, dopo l'accettazione, deve essere effettuata l'iscrizione nel Registro di commercio. Sebbene questa abbia natura meramente dichiarativa, produce tuttavia effetti ai fini della buona fede dei terzi.

34 L'iscrizione nel registro di commercio ha solo valore dichiarativo ai fini della nascita del mandato di membro del Consiglio di amministrazione, ma è rilevante nei rapporti con terzi. Essa tutela la buona fede dei terzi riguardo alla carica di organo e al potere di rappresentanza iscritte nel registro. Viceversa, anche i membri del Consiglio di amministrazione non iscritti, ma validamente

eletti, sono soggetti agli stessi diritti e doveri; chi, senza elezione né iscrizione, esercita in modo permanente e autonomo funzioni direttive tipiche di un organo sociale, può essere ritenuto responsabile in qualità di organo di fatto.

Prima di accettare il mandato, nella pratica è opportuno effettuare una verifica preliminare della società. Occorre verificare in particolare la composizione del Consiglio di amministrazione e della Direzione, la strategia, la situazione finanziaria, la revisione, la struttura organizzativa e di governance, i rischi, la gestione dei rischi e la compliance. Nei mandati fiduciari o nelle lettere di conferma del mandato dovrebbero essere disciplinati la remunerazione, il rimborso spese, i diritti di informazione, l'inizio e la fine del mandato, nonché le questioni relative alla responsabilità e all'indennizzo; l'obbligo di fedeltà nei confronti della società previsto dal diritto delle società per azioni rimane comunque prioritario. 35

B. Natura giuridica

Il contenuto del mandato del Consiglio di Amministrazione è determinato in alcuni punti dal diritto societario vigente. Tuttavia, quest'ultimo non copre tutti gli aspetti, il che offre possibilità di configurazione contrattuale. Per le questioni lasciate aperte dal diritto delle società per azioni, il contratto può essere integrato con elementi sia del diritto dei contratti d'appalto che del diritto del lavoro. 36

Se il membro del consiglio di amministrazione svolge attività operative e mancano disposizioni specifiche del diritto delle società per azioni, si applicano in via primaria le norme del diritto del lavoro e, in via sussidiaria, quelle del diritto dei mandati. Se invece il membro del consiglio di amministrazione non svolge attività operative, in assenza di disposizioni del diritto delle società per azioni è determinante in primo luogo il diritto dei mandati. 37

C. Remunerazione

La remunerazione per le società per azioni quotate in borsa è prevista dalla legge all'art. 626 cpv. 2 n. 2, all'art. 698 cpv. 3 n. 4, nonché agli art. 732 segg. CO. La legge non contiene una disciplina esplicita in materia di remunerazione dei mandati nel consiglio di amministrazione per le società per azioni non quotate in borsa, ma è comunque lecito supporla. 38

39 In mancanza di accordi, l'ammontare della remunerazione dipende dalla situazione finanziaria della società e dall'attività svolta dai membri del consiglio di amministrazione. La remunerazione può essere erogata sotto forma di partecipazioni agli utili, di emolumento fisso o di indennità di presenza.

40 Nelle società non quotate in borsa, in assenza di disposizioni contrarie, la competenza decisionale in materia di remunerazione del Consiglio di amministrazione spetta in linea di principio al Consiglio stesso; lo statuto o un regolamento sulla remunerazione possono prevedere una soluzione diversa. Nel determinare l'importo, occorre tenere conto in particolare delle dimensioni e della situazione economica della società, della funzione e dell'impegno del singolo membro, dell'appartenenza a comitati, nonché del rischio assunto.

41 Il limite giuridico è costituito in particolare dall'art. 678 CO: le prestazioni corrisposte ai membri del Consiglio di amministrazione o a persone a loro vicine devono essere restituite nella misura in cui siano in evidente sproporzione rispetto alla controprestazione e alla situazione economica della società.

42 I dividendi presuppongono inoltre una distribuzione degli utili sufficiente e, nella pratica, sono stati ampiamente sostituiti da onorari fissi o indennità di presenza. Per le società quotate in borsa occorre inoltre osservare le norme specifiche relative alla relazione sulla remunerazione, alla votazione e alle forme di remunerazione non ammesse.

BIBLIOGRAFIA

Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022.

Bühler Christoph B., Kommentar zu Art. 710 OR, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018.

Dubs Dieter/Truffer Roland, Kommentar zu Art. 705 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964l, inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2024.

Facincani Nicolas/Plüss Adrian, Kommentar zu Art. 710 OR, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft Art. 530-771 OR, 4. Aufl., Zürich 2024.

Facincani Nicolas/Sutter Reto, Der Präsident des Verwaltungsrats, TREX 2024 S. 84 ff., (zit. Facincani/Sutter (Präsident)).

Facincani Nicolas/Sutter Reto, Wahl und Amtsdauer des Verwaltungsrats, TREX 2026 S. 140 ff.

Facincani Nicolas/Wissler Seline, BGer 4A_496/2021: Keine stillschweigende Verlängerung des Verwaltungsratsmandates, AJP 2022 S. 279 ff.

Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Held Lukas/Romero Arnold, Die Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern, GesKR 2026 S. 120 ff.

Hochstrasser Michael/Auwärter Dorothee, Einberufung der GV nach abgelaufener Amtsdauer des Verwaltungsrats – ein Urteil, das den Gerichten Arbeit beschert und in der Praxis zu Unsicherheit führt, AJP 2024 S. 1258 ff.

Hohler Dominik/Bähler Marion, Keine stillschweigende Verlängerung von Verwaltungsratsmandaten, SZW 2022 S. 280 ff.

Jakob Marcel, Neuere Bundesgerichtspraxis zum Ablauf der Amtsdauer des Verwaltungsrates, SJZ 2024 S. 1059 ff.

Müller Lukas, Organisationsmängel und Aufforderungsverfahren in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zum Verfahren vor dem kantonalen Handelsregisteramt, REPRAX 2025 S. 85 ff.

Müller Matthias P.A./Berger Cédric/Bötticher Daniel, Der faktische Verwaltungsrat: rechtliche Ordnung, Grenzen und Möglichkeit, GesKR 2024 S. 427 ff.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 2021.

Müller Roland/Zen-Ruffinen Marie-Noëlle/Monnier Jérôme, Guide pratique du conseil d'administration, Outils et modèles pour une gestion efficace, Zürich 2019.

Plüss Adrian, § 13 Der Verwaltungsrat Art. 707–722, 726 OR, in: Nobel Peter/Müller Christoph (Hrsg.), Das Aktienrecht – Kommentar der ersten Stunde, Bern 2023, S. 427 ff.

Reichle Sebastian/Stehle Bernhard, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2023), 11. Aufl., Zürich 2025.

Stach Patrick, Kommentar zu Art. 710 OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Frankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023.

Sutter Reto, Ohne Generalversammlung kein Verwaltungsrat, Jusletter 2022 (zit.: Jusletter).

Sutter Reto, Status des Verwaltungsrats nach Ablauf der statutarischen Amtszeit, RR-VR 2023 S. 10 (zit.: RR-VR).

Tanner Brigitte, Kommentar zu Art. 705 OR, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften, Art. 530-771 OR, 4. Aufl., Zürich 2024.

Von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Vischer Markus/Galli Dario, Die Amtsdauer der Mitglieder des VR als Auslegungsfrage, SZW 2024 S. 754 ff.

Wernli Martin, Kommentar zu Art. 710 OR, in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964l inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 6. Aufl., Basel 2024.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

BGE 148 III 69

BGE 140 III 349

BGE 130 III 213

BGE 121 III 420

BGE 105 II 130

BGE 105 II 114

BGer 4A_508/2023 vom 09.07.2024

BGer 4A_387/2023, 4A_429/2023 vom 02.05.2024

HGer ZH HE250034 vom 11.07.2025

BezGer Horgen CG240021 vom 19.01.2026