

La restituzione di prestazioni secondo il nuovo art. 678 CO e il suo ruolo nel sistema delle operazioni con parti correlate

La restituzione di prestazioni secondo l'art. 678 CO mira a ovviare a deflussi indebiti dal patrimonio societario di società anonime. Questo importante tassello della *corporate governance* svizzera è stato modificato nel contesto della riforma del diritto delle società anonime con l'obiettivo di rendere l'azione di restituzione più incisiva. Il presente articolo analizza la nuova norma e la pone nel contesto più ampio delle operazioni con parti correlate. Queste operazioni sono soggette a norme sempre più stringenti a livello internazionale, ma sono regolamentate solo selettivamente in Svizzera.

I. Introduzione	6
II. La restituzione di prestazioni secondo l'art. 678 nCO	6
1. L'art. 678 nCO nel contesto della modifica del diritto della società anonima	6
2. Campo d'applicazione personale	6
3. Prestazioni soggette all'art. 678 nCO	7
4. Rinuncia al criterio della mala fede del beneficiario	8
5. Aspetti procedurali della restituzione di prestazioni	8
6. L'azione di restituzione secondo l'art. 678 nCO e altre azioni di diritto societario	8
III. Il ruolo dell'art. 678 nCO nel sistema delle RPT	10
1. Operazioni con parti correlate	10
2. Contestualizzazione del nuovo art. 678 nCO	12
IV. Prospettive de lege ferenda	14

Citazione:

HUMBEL CLAUDE, La restituzione di prestazioni secondo il nuovo art. 678 CO e il suo ruolo nel sistema delle operazioni con parti correlate, sui generis 2022, p. 5

Dr. iur. Claude Humbel, LL.M. (Berkeley), avvocato, ricercatore post-dottorato e incaricato di corso alla facoltà giuridica dell'Università di Zurigo.

URL: sui-generis.ch/199

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.199>

Quest'opera è rilasciata sotto una licenza Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International.

I. Introduzione

- 1 La restituzione di prestazioni secondo l'art. 678 CO¹ mira a ovviare – mediante un'azione *ex post* – a deflussi non giustificati di mezzi dal patrimonio societario.² Vuole prevenire abusi da parte di persone strettamente legate alla società e proteggere così i diritti di proprietà degli azionisti e, indirettamente, dei creditori della società. Si tratta, dunque, di un tassello elementare della *corporate governance*. Nel contesto della riforma del diritto delle società anonime sono anche state apportate modifiche puntuali all'attuale art. 678 CO, dato che il quadro legale attuale si era rilevato poco incisivo.³ Il nuovo art. 678 CO (nCO) comporta un miglioramento per molti versi. Ciononostante, il legislatore svizzero ha rinunciato ad inquadrare il problema delle restituzioni di prestazioni nell'ambito – peraltro più ampio e complesso – delle operazioni con parti correlate («*Related Party Transactions*», RPT). Queste permettono a parti correlate ad una società ed in grado di controllare quest'ultima (come ad es. azionisti di controllo) di appropriarsi – in modo sproporzionato rispetto alla propria quota societaria – di valori spettanti alla società o agli azionisti globalmente. La tematica delle RPT è stata ignorata anche nella nuova normativa sui conflitti d'interesse del consiglio d'amministrazione (art. 717a nCO)⁴ e rimane quindi coperta solo in modo frammentario dal diritto societario elvetico – nonostante il fatto che la Banca mondiale collochi la Svizzera al 105° posto a livello globale per quanto riguarda la protezione degli investitori minoritari.⁵
- 2 L'obiettivo del presente contributo è di esaminare se e in che misura l'art. 678 nCO sarà in grado di coprire anche le RPT oppure se questo sia possibile solo con un approccio più globale. A tale fine, il presente articolo analizza l'art. 678 nCO, sottolineando le modifiche apportate per migliorare la protezione della società e dei suoi azionisti contro prestazioni indebite (II.) e ponendolo nel contesto delle RPT (III.). Il contributo si conclude con alcune considerazioni su possibili approcci normativi (IV).

1 Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) del 30 marzo 1911 (CO; RS 220).

2 Messaggio del 23 novembre 2016 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima; FF 2017 325), p. 453.

3 Messaggio società anonima (nota 2), p. 453; cf. inoltre HANS-UELI VOGT, in: Honsell/Vogt/Watter (ed.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5ª ed., Basilea 2016, Art. 678 N 2. (cit. BSK OR II-COMMENTATORE).

4 Cf. le annotazioni critiche di ROLF SETHE, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, p. 391.

5 Banca mondiale, Doing Business 2017, 14° ed., pp. 68 seg.; si veda l'indice aggiornato. La Svizzera condivide questa posizione con l'Azerbaigian e la Giordania, dopo il Gibuti e Saint Kitts e Nevis, che si collocano al 103° posto.

II. La restituzione di prestazioni secondo l'art. 678 nCO

1. L'art. 678 nCO nel contesto della modifica del diritto della società anonima

Il rafforzamento dei principi della *corporate governance* 3 è uno dei punti chiave della modifica del diritto della società anonima del 19 giugno 2020, che entrerà in vigore prevedibilmente nel 2023.⁶ In questo contesto, anche l'azione di restituzione di prestazioni indebite è stata puntualmente modificata, mantenendone tuttavia la struttura di base.⁷

Le modifiche materiali della norma seguono tre linee: 4 (i) il campo d'applicazione della norma viene ampliato sia a livello personale che a livello delle prestazioni rilevanti, ora includendo una clausola generale nell'art. 678 cpv. 1 nCO; (ii) non è più necessaria la mala fede del recipiente della prestazione nell'art. 678 cpv. 1 e – secondo la dottrina⁸ – cpv. 2 CO; e (iii) nell'art. 678 cpv. 2 nCO viene abbandonato il criterio – incoerente secondo la dottrina maggioritaria⁹ – secondo il quale la prestazione della società dev'essere manifestamente sproporzionata rispetto alla situazione economica della società. Oltre a queste modifiche materiali, sono state apportate modifiche minori volte a facilitare azioni di restituzione e a superare il problema di azione collettiva come anche quello della c.d. apatia razionale («*rational apathy*»)¹⁰.

2. Campo d'applicazione personale

Il campo d'applicazione personale è determinato in 5 cpv. 1 per l'intero art. 678 nCO, secondo il quale « [g]li azionisti, [11] i membri del consiglio d'amministrazione,

6 Il Consiglio federale ha decretato l'entrata in vigore delle norme sulla rappresentanza dei sessi e riguardanti la trasparenza per il settore delle materie prime per inizio 2021, le rimanenti modifiche entreranno in vigore più tardi, cf. il comunicato stampa dell'11 settembre 2020 (I valori di riferimento per la rappresentanza dei sessi e le regole di trasparenza per il settore delle materie prime entrano in vigore a inizio 2021).

7 HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2ª ed., Berna 2020, n. 531; HANS CASPAR VON DER CRONE / CORINA MOSCHEN, Die Rückstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs, in: Portmann/Heiss/Isler/Thouvenin (ed.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zurigo 2020, pp. 479 segg.

8 Cf. BSK OR II-VOGT Art. 678 N 18, con ulteriori riferimenti.

9 BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 16.

10 *Ex multis*, in particolare MANCUR OLSON, The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups, Cambridge 1965, *passim*; FRANK EASTERBROOK / DANIEL FISCHER, Voting in Corporate Law, Journal of Law & Economics 26/1983, pp. 402 seg.; cf. KASPAR PROJER, Die Übermittlung des Aktionärswillens durch die unabhängige Stimmrechtsvertretung, Zurigo 2017 (= ZStP 279), n. 45 seg.; MARKUS RUFFNER, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikums-gesellschaft, Zurigo 2000, pp. 174 segg.

11 Tra gli azionisti si annoverano anche i partecipanti secondo l'art. 656a segg. CO.

le persone che si occupano della gestione e i membri del consiglio consultivo, come pure le persone loro vicine» sono destinatari di prestazioni soggetti alla norma. Mentre le «persone vicine»¹² sono state incluse nella norma dalla riforma del 1991 per impedire elusioni dell'obbligo di restituzione,¹³ il campo d'applicazione viene ora ulteriormente allargato e va a includere le persone che si occupano della gestione e il «consiglio consultivo». In altre parole, si chiarisce che anche gli organi materiali e di fatto sono coperti dalla disposizione.

3. Prestazioni soggette all'art. 678 nCO

a) Distribuzioni secondo l'art. 678 cpv. 1 nCO

- 6 Secondo l'art. 678 cpv. 1 nCO, le seguenti prestazioni sono soggette all'obbligo di restituzione: «dividendi, tantièmes, altre quote di utili, retribuzioni, interessi per il periodo d'avviamento, riserve legali da capitale o altre prestazioni». Secondo la dottrina dominante le distribuzioni soggette a una decisione formale dell'assemblea generale degli azionisti sottostanno al cpv. 1.¹⁴ Oltre ad andare a includere esplicitamente anche retribuzioni distribuite in violazione delle disposizioni degli art. 732 segg. nCO¹⁵, l'obbligo di restituzione secondo l'art. 678 cpv. 1 nCO riguarda ora anche l'indebito rimborso di riserve legali.¹⁶ Infine è stata aggiunta una clausola generale, tale per cui sottostanno all'art. 678 cpv. 1 nCO tutte le «altre prestazioni» che sono state riscosse indebitamente. Una prestazione è indebita ai sensi dell'art. 678 cpv. 1 nCO se (i) i requisiti procedurali non sono stati rispettati o (ii) se si basa su un bilancio annuale che non mostra un utile o riserve libere corrispondenti all'importo della prestazione.¹⁷

b) Distribuzioni dissimulate secondo l'art. 678 cpv. 2 nCO

- 7 Un'azione di restituzione può essere inoltre data ove la società ha assunto beni dalle persone sopraccitate o ha concluso altri negozi giuridici¹⁸ che non sono *at arm's*

length con esse.¹⁹ La restituzione è prevista solo in istanze dove vi è una «sproporzione manifesta» tra il valore della prestazione e quello della controprestazione ricevuta. Mentre nella DTF 140 III 602 consid. 8.2., concernente ancora la vecchia norma, il Tribunale federale ha precisato che questo presuppone che la sproporzione «sia immediatamente evidente», nel Messaggio il Consiglio federale esplicitamente rinuncia a questo presupposto.²⁰ La legge vuole proteggere una certa discrezione imprenditoriale del consiglio d'amministrazione.²¹ Rimangono dunque possibili casi in cui un organo della società agisca sotto l'influsso indebito di un conflitto d'interessi ai sensi dell'art. 717 CO, rendendosi potenzialmente responsabile secondo l'art. 754 CO, senza che il negozio cada sotto l'azione di restituzione secondo l'art. 678 cpv. 2 nCO.²²

La restituzione secondo l'art. 678 cpv. 2 nCO è dovuta solo «nella misura in cui» vi è una sproporzione. Questo significa che solo la parte della prestazione che è manifestamente sproporzionata rispetto alla prestazione fornita dalla società dev'essere restituita. Per il resto il contratto resta valido: salvo istanze in cui viene a mancare il potere di rappresentanza in seguito a conflitti d'interesse o in casi di lesione (art. 21 CO), un'azione secondo l'art. 62 segg. CO non è quindi possibile.²³

Infine, nell'art. 678 cpv. 2 nCO non si ritrova il criterio secondo il quale la prestazione debba essere inoltre manifestamente sproporzionata alla situazione economica della società. Come è stato rilevato nella dottrina, questo criterio è incoerente in quanto gli obblighi di diligenza e di fedeltà nonché il principio di pari trattamento (art. 660 cpv. 1; art. 717 CO) valgono a prescindere dalla situazione economica della società.²⁴ Per questo motivo questo criterio era già stato teleologicamente eliminato o ridotto a un criterio ausiliario.²⁵ Eliminando del tutto questo

¹² *Infra* n. 34 segg.

¹³ ROGER DÜRR, Rükckerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Zurigo 2005 (=SSHW 245), § 6 N 4; VON DER CRONE (nota 7), n. 532.

¹⁴ DÜRR (nota 13), § 1 N 3 segg.; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 9; VON DER CRONE (nota 7), n. 535. *Contra* URS KÄGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Zurigo 2012 (=SSHW 309), § 9 N 39 segg.

¹⁵ Questo indipendentemente da una quotazione in borsa, dato che secondo l'art. 732 cpv. 2 nCO anche le società non quotate possono prevedere nel loro statuto l'applicazione delle normative sulla retribuzione. *Cf.* VON DER CRONE (nota 7), n. 536.

¹⁶ Indipendentemente dal loro trattamento nel bilancio sono incluse sia le riserve legali da capitale secondo l'art. 671 nCO che le riserve legali da utili secondo l'art. 672 nCO, Messaggio società anonima (nota 2), p. 453.

¹⁷ VON DER CRONE (nota 7), n. 535.

¹⁸ Il legislatore sottolinea che anche remunerazioni eccessive per contratti di leasing, locazione, lavoro, *etc.* sottostanno alla norma, *cf.* Messaggio società anonima (nota 2), p. 454.

¹⁹ Questo criterio significa, in genere, che il negozio giuridico dev'essere concluso alle condizioni che sarebbero state garantite anche ad una parte terza indipendente, *cf.*, *ex multis*, BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 14.

²⁰ Messaggio società anonima (nota 2), p. 454.

²¹ VON DER CRONE (nota 7), n. 537.

²² Come qui VON DER CRONE (nota 7), n. 537. In caso di conflitti qualificati (ad es. negozi con sé stessi) il negozio è nullo e sono applicabili gli art. 62 segg. CO, si veda HANS CASPAR VON DER CRONE / YVES MAUCHLE, Rükckerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 2015, pp. 201, 203 seg.

²³ *Cf.* VON DER CRONE (nota 7), n. 538.

²⁴ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^a ed., Zurigo 2009, § 12 N 556; LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL, Voraussetzungen und Umfang der Rükckerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR, in: Grolimund/Koller/Loacker/Portmann (ed.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, p. 1039.

²⁵ *Cf.*, con proposte differenti, BÖCKLI (nota 24), § 12 N 556 seg.; DÜRR (nota 13), § 7 N 8; CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zurigo 1994, p. 275; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 16. *Contra* VON DER CRONE / MAUCHLE (nota 22), p. 202. Anche il Tribunale federale si è espresso in favore di considerare la situazione

criterio, il legislatore ha sottolineato che l'art. 678 cpv. 2 nCO mira a proteggere l'integrità delle relazioni tra la società, i suoi azionisti, i suoi organi e le persone a questi vicine nella loro totalità.²⁶ La nuova disposizione si allontana così dalla sua precedente concezione²⁷ e si avvicina al problema delle RPT, che riguardano sia il capitale sociale che l'integrità delle relazioni d'affari in questione.

4. Rinuncia al criterio della mala fede del beneficiario

- 10 L'attuale art. 678 cpv. 1 CO prevede la mala fede del beneficiario della prestazione come requisito per una restituzione. Secondo la dottrina e il Tribunale federale, questa condizione viene estesa anche al cpv. 2.²⁸ Il legislatore ha giustamente deciso di rinunciare a questo criterio, sostituendolo con un rinvio all'art. 64 CO.²⁹ È dunque prevista una possibile riduzione dell'*entità* della restituzione. Il destinatario non è tenuto a restituire quanto ha ricevuto nella misura in cui può provare di non essere più arricchito al momento della ripetizione.³⁰
- 11 Si tratta di un cambiamento paradigmatico che permette di rimediare a una problematica causata dall'attuale requisito della mala fede: se un azionista ha beneficiato di distribuzioni di dividendi basati su un utile distribuibile in realtà inesistente (perché gli attivi erano sopravvalutati o i passivi sottovalutati), attualmente può evitare in molti casi una restituzione per via della mancanza di mala fede.³¹ La giurisprudenza e la dottrina ponevano rimedio a questa problematica ricorrendo a una – troppo – ampia interpretazione del divieto di restituzione dei conferimenti secondo l'art. 680 cpv. 2 CO, il che non sarà più necessario con la nuova normativa in materia di restituzione.³²

economica della società per valutare la discrezione del consiglio d'amministrazione riguardo a negozi giuridici, DTF 140 III 602 consid. 9.3.1.

26 VON DER CRONE (nota 7), n. 539.

27 Si veda VON DER CRONE (nota 7), n. 539. Cf. la critica in HANDSCHIN/KENEL (nota 24), p. 1039, che giustamente fanno notare che l'art. 678 CO dovrebbe proteggere il diritto degli azionisti ad una quota proporzionale degli utili risultanti dal bilancio secondo l'art. 660 cpv. 1 CO e non il capitale azionario.

28 VON DER CRONE/MAUCHLE (nota 22), p. 203; DTF 140 III 602 consid. 10.1.

29 Messaggio società anonima (nota 2), p. 455.

30 Messaggio società anonima (nota 2), p. 455.

31 Cf. VON DER CRONE/MOSCHEN (nota 7), pp. 485 seg.

32 Sentenza del Tribunale federale 4A_248/2012 del 7 gennaio 2013; 4A_496/2010 del 14 febbraio 2011 consid. 2.1; 2C_537/2008 del 7 agosto 2009 consid. 3.2; 4A_188/2007 del 13 settembre 2007 consid. 4.3.2; 1P.573/1999 del 3 gennaio 2000 consid. 4b; DTF 109 II 128 consid. 2; 87 II 169 consid. 9b. Inoltre, VON DER CRONE (nota 7), n. 546 seg.; VON DER CRONE/MAUCHLE (nota 22), p. 205.

5. Aspetti procedurali della restituzione di prestazioni

a) Legittimazione attiva

La legittimazione attiva spetta alla società e all'azionista (art. 678 cpv. 4 nCO). La richiesta di restituzione dell'azionista è volta – come nel diritto della responsabilità – a una prestazione alla società.

La società viene rappresentata in genere dal consiglio d'amministrazione o da un rappresentante delegato (soprattutto in caso di potenziali conflitti d'interesse del consiglio d'amministrazione), ma anche l'assemblea generale può decidere se la società debba proporre l'azione di restituzione (art. 678 cpv. 5 nCO).

b) Costi

Quest'ultima possibilità permette agli azionisti d'avviare un'azione di restituzione a favore della società.³³ Questo riduce sensibilmente il problema dell'apatia razionale degli azionisti. Con la possibilità di decidere la *proposta* d'azione, l'azionista non rischia più di dover sostenere la totalità dei costi di un'azione di cui, nel migliore dei casi, beneficerebbe solo in proporzione alla sua partecipazione al capitale.³⁴

Anche il nuovo art. 107 cpv. 1^{bis} CPC³⁵ mira in una direzione simile: in caso di reiezione dell'azione di restituzione portata dall'azionista volta a una restituzione di prestazioni indebite a favore della società, dal 1° gennaio 2021 i tribunali possono infatti ripartire le spese secondo equità tra la società e l'attore.

c) Prescrizione secondo l'art. 678a nCO

Anche le norme sulla prescrizione vengono modificate: Secondo il nuovo art. 678a cpv. 1 nCO, l'azione si prescrive in tre anni dal momento in cui la società o l'azionista ha preso conoscenza del suo diritto (prescrizione relativa), ma in ogni caso dopo dieci anni dal momento in cui è nato tale diritto (prescrizione assoluta). Il termine di prescrizione corrisponde quindi ora a quello dell'azione di arricchimento.

6. L'azione di restituzione secondo l'art. 678 nCO e altre azioni di diritto societario

a) Divieto di restituzione di conferimenti secondo l'art. 680 cpv. 2 CO

Con l'eliminazione del requisito della mala fede nell'art. 678 nCO, non è più necessario interpretare in

33 Messaggio società anonima (nota 2), p. 455.

34 Messaggio società anonima (nota 2), p. 455.

35 Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (CPC; RS 272).

modo eccessivamente estensivo l'art. 680 cpv. 2 CO.³⁶ Inoltre, la revisione degli art. 671 segg. CO ha creato chiarezza sulla distribuzione delle riserve.³⁷ È dunque ora possibile distinguere in modo chiaro tra la procedura di distribuzione formale e la sanzione delle distribuzioni indebite. Quest'ultime sottostanno, secondo il nuovo regime, sempre all'azione di restituzione secondo l'art. 678 nCO.

b) Contestabilità o nullità di decisioni

- 18 La questione del rapporto dell'azione di restituzione con l'azione di contestabilità ai sensi degli art. 706 seg. CO o con la nullità di decisioni secondo l'art. 706b CO sorge soprattutto nei casi di distribuzioni degli utili ai sensi dell'art. 678 cpv. 1 CO, dato che una restituzione in tal caso si basa sulla contestabilità o sulla nullità della decisione dell'organo in questione. Mentre la nullità della decisione può essere sollevata nel contesto del processo di restituzione,³⁸ la contestabilità dev'essere sollevata entro il periodo di prescrizione di due mesi dall'assemblea generale (art. 706a cpv. 1 CO), altrimenti secondo la dottrina l'arricchimento non è più indebito ai sensi dell'art. 678 cpv. 1 CO.³⁹

c) Azione di responsabilità (art. 754 CO)

- 19 La relazione tra l'azione di restituzione e l'azione di responsabilità è controversa.⁴⁰ Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale e la dottrina prevalente, si tratta di un caso di rivendicazioni concorrenti.⁴¹

d) Azione «Huguenin» e possibile azione basata sull'art. 717a nCO

aa) Azione «Huguenin»

- 20 Nella sua tesi d'abilitazione, CLAIRE HUGUENIN propose un nuovo tipo d'azione basata sul seguente ragionamento: Da una distribuzione indebita secondo l'art. 678 cpv. 2 CO consegue sia un'azione di restituzione ai sensi di questa disposizione, sia l'impugnabilità del rispettivo negozio giuridico sulla base dell'art. 717 cpv. 2 CO a causa della disparità di trattamento degli azionisti che vi è regolarmente associata. Con l'azione «Huguenin», la prestazione da parte della società andrebbe ridotta dal tribunale a un livello giustificato economicamente o il negozio giuridico

addirittura dichiarato invalido nel suo insieme.⁴² La dottrina ha espresso riserve nei confronti di questa nuova azione soprattutto per quanto riguarda la certezza del diritto⁴³ e per la sua durata.⁴⁴ A condizione che sia riconosciuta nella pratica, quest'azione sarebbe utilizzata solo nell'ambito d'applicazione dell'art. 678 cpv. 2 CO dove, secondo la dottrina, comporterebbe un'azione di rescissione del negozio giuridico tra la società e il beneficiario da proporre cumulativamente con l'azione di restituzione.⁴⁵

bb) Azione basata sull'art. 717a nCO?

Mentre sotto l'attuale CO la dottrina prevalente presuppone che l'art. 678 CO sia una *lex specialis* rispetto agli art. 62 segg. CO,⁴⁶ dopo la riforma – e l'abolizione delle restrizioni all'applicazione dell'art. 678 CO che rendevano necessaria tale distinzione⁴⁷ – si dovrà ritenere che si tratti di rivendicazioni concorrenti.⁴⁸ Questo è da ricondurre soprattutto agli obiettivi divergenti delle due norme. L'art. 678 nCO mira alla restituzione delle prestazioni vietate dal diritto societario, mentre gli art. 62 segg. CO mirano alla restituzione di prestazioni indebite secondo il diritto delle obbligazioni a senso stretto.⁴⁹

Ora, con l'art. 717a nCO viene introdotta una specifica normativa riguardo ai conflitti d'interessi del consiglio d'amministrazione. Secondo la nuova norma, i membri del consiglio d'amministrazione che si trovano in una situazione di conflitto d'interessi devono avvisare «compiutamente e senza indugio» il consiglio d'amministrazione del conflitto (cpv. 1), il quale «prende i procedimenti necessari per la salvaguardia degli interessi della società» (cpv. 2).

Dato che il Tribunale federale nega il potere di rappresentanza agli organi di una persona giuridica che agiscono in presenza di un conflitto d'interessi (come ad es. in casi di contratti con sé stessi in senso proprio),⁵⁰ si pone la questione di quali conseguenze derivino dalla mancata ottemperanza alle disposizioni dell'art. 717a nCO. Il Messaggio menziona solamente una possibile azione di

36 *Supra* n.10 segg.

37 Per le nuove norme, cf. VON DER CRONE (nota 7), n. 512 segg.

38 BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 34; VON DER CRONE / MAUCHLE (nota 22), p. 205.

39 RAMON MABILLARD, in: Handschin/Jung (ed.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, 2° ed., Zürich 2021 (cit. ZK OR-COMMENTATORE), Art. 678 N 111; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 34a.

40 Cf. *ex multis* BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 34b.

41 DTF 140 III 533 consid. 3, in cui si nega la sussidiarietà dell'azione di responsabilità rispetto all'azione di restituzione; cf. BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 34b; VON DER CRONE (nota 7), n. 549, con ulteriori consid. sistematiche.

42 HUGUENIN JACOBS (nota 25), pp. 255 segg., 267 segg., 288 seg.; critica in BÖCKLI (nota 24), § 12 N 560 segg.; § 13 N 503 seg.

43 BÖCKLI (nota 24), § 13 N 503 seg.

44 PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zurigo 1997, p. 146, che propone di ridurre la durata da cinque anni (secondo l'attuale art. 678 cpv. 4 CO) a soli due mesi.

45 ZK OR-MABILLARD, Art. 678 N 113 f.

46 VON DER CRONE (nota 7), n. 548.

47 Si tratta soprattutto del requisito della mala fede e del periodo di prescrizione, cf. *supra* n. 10 seg., 12 segg. e VON DER CRONE (nota 7), n. 548.

48 Prima della riforma per una concorrenza anche GUY MUSTAKI / LUCA URBEN, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs, SJ 2014, p. 162.

49 Come qui VON DER CRONE (nota 7), n. 548 *in fine*.

50 DTF 126 III 361 consid. 3 e 5.

responsabilità secondo l'art. 754 CO,⁵¹ ma non si esprime sulla validità di negozi conclusi in presenza di un conflitto d'interessi. Vi sono in questo contesto due grandi linee che si possono seguire: da un lato si potrebbe presupporre – in linea con la giurisprudenza del Tribunale federale – l'automatica invalidità dei negozi giuridici corrispondenti, accompagnata dalla possibilità di « sanare » tramite l'approvazione dell'assemblea generale oppure con la prova del rispetto delle condizioni *at arm's length*.⁵² Ne conseguirebbe l'applicazione delle norme sull'azione di restituzione secondo gli art. 62 segg. CO. Se dall'altro lato non si dovesse supporre l'automatica invalidità dei negozi giuridici corrispondenti, si porrebbe la questione successiva di un'« azione Huguenin » *ulteriormente sviluppata*. In altre parole, il corrispondente negozio giuridico potrebbe essere contestato o dichiarato nullo da un tribunale a causa della inerente disparità di trattamento degli azionisti? Inoltre: quale sarebbe la relazione tra questo rimedio giuridico, l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 754 CO e l'azione di restituzione secondo l'art. 678 cpv. 2 nCO? Anche se una risposta esaustiva a queste domande travalicerebbe il quadro del presente articolo, cercheremo almeno di collocare l'azione di restituzione secondo l'art. 678 nCO nel contesto delle RPT, le quali sono solitamente trattate come una sottocategoria di conflitti d'interessi.⁵³

III. Il ruolo dell'art. 678 nCO nel sistema delle RPT

1. Operazioni con parti correlate

a) Contesto dogmatico della norma e quadro internazionale

24 In generale, il diritto societario adempie due funzioni: Da un lato provvede alla struttura della società, dall'altro lato vuole canalizzare i potenziali conflitti d'interesse tra i diversi gruppi « interni » (*management* e azionisti maggioritari) ed « esterni » (azionisti minoritari e creditori) della società.⁵⁴ Questo tipo di conflitto viene definito dalla dottrina economica come *principal-agent-conflict* oppure come *agency conflict*. Sempre in modo generico,

51 Messaggio società anonima (nota 2), p. 495; Cf. inoltre DIETER GERI-CKE / DANIEL BÖTTICHER, Interessenkonflikte unter dem neuen Aktienrecht, SZW 2021, p. 346.

52 Si veda PETER BÖCKLI, Insihgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat, GesKR 2012, pp. 355 segg. Secondo la dottrina prevalente anche dal mancato rispetto dell'art. 718b CO segue la nullità del negozio giuridico in questione.

53 Si veda PETER BÖCKLI, Stimmenmehrheit unter Verdacht: Wege und Irrwege im aktienrechtlichen Minderheitenschutz, SZW 2016, p. 448; SETHE (nota 4), p. 391.

54 *Ex multis*, JOHN ARMOUR / HENRY HANSMANN / REINIER KRAAKMAN, Agency Problems and Legal Strategies, in: Kraakman/Ringe/Rock (ed.), *The Anatomy of Corporate Law*, 3^a ed., pp. 29 segg.

si possono distinguere tre tipi di *agency conflicts*: Il primo riguarda il « classico » conflitto d'interessi tra gli azionisti di una società e il *management*. Il secondo conflitto concerne il rapporto tra gli azionisti maggioritari e quelli che detengono una parte minoritaria. Infine, il terzo tipo di conflitto pertiene al rapporto tra la società e i suoi *stakeholder* nel senso lato, come i dipendenti, i creditori o il pubblico in generale.⁵⁵

Mentre nei paesi angloamericani l'azionariato di società 25 quotate in borsa si distingue per la base azionaria generalmente diversificata, nelle giurisdizioni dell'Europa continentale sono prevalenti grandi azionisti in grado di controllare le « loro » società.⁵⁶ Ne consegue che la dottrina angloamericana è storicamente critica nei confronti di azionisti con blocchi di controllo e che il rapporto tra questi e gli azionisti minoritari – il secondo tipo di *agency conflict* surriferito – sia regolamentato da molto tempo.⁵⁷ In Europa, invece, la dottrina si è tradizionalmente concentrata sul conflitto d'interessi classico (ovvero il primo tipo surriferito) descritto già da JENSEN e MECKLING.⁵⁸ La regolamentazione di conflitti d'interessi « orizzontali » e delle RPT, che va a inserirsi soprattutto in questo ambito, è avvenuta invece piuttosto recentemente: Uno dei pionieri fu il legislatore italiano, che – non da ultimo a causa dello scandalo *Parmalat* – nel 2004 introdusse l'art. 2391-bis del Codice civile italiano.⁵⁹ Nel 2014, anche il legislatore francese introdusse delle normative riguardo alle « *conventions réglementées* », ovvero operazioni con persone vicine alla società.⁶⁰ Anche le società spagnole sono da tempo tenute a rispettare gli art. 230, 511^{bis} e 528 segg. *Ley de Sociedades de Capital* (legge approvata il 2 luglio 2010 con il *Real Decreto Legislativo 1/2010*), che implementano un regime di approvazione delle RPT.

55 ARMOUR/HANSMANN/KRAAKMAN (n. 54), pp. 29 segg.

56 LUCA ENRIQUES / PAOLO VOLPIN, Corporate Governance Reforms in Continental Europe, *Journal of Economic Perspective* 21/2007, p. 117; RAFAEL LA PORTA *et al.*, Corporate Ownership Around the World, *Journal of Finance* 54/1999, pp. 471 segg.

57 Cf. nel Regno Unito il combinato disposto degli art. 11.1 R e 1.5.1 G Sec. 3 *Listing Rules*; negli Stati Uniti, a livello federale, cf. gli obblighi di trasparenza giusta la SEC Regulation S-K (17 CFR 229.404) e secondo US-GAAP (Accounting Standards Codification 850-10-50-1); a livello statale, si veda ad es. la giurisprudenza del Delaware in *Kahn v. Lynch Communication Systems Inc.*, 638 A.2d 110, 1116 seg. (Del. 1994), ulteriormente sviluppata in *Kahn v. M&F Worldwide Group*, 88 A.3d 635, 644 (Del. 2014).

58 MICHAEL JENSEN / WILLIAM MECKLING, *Journal of Financial Economics* 3/1976, pp. 305 segg. Già ADAM SMITH aveva descritto la problematica nel 1776 in *The Wealth of Nations*.

59 Art. 12 del D. Lgs. no. 310 del 28 dicembre 2004, G.U. no. 305 del 30 dicembre 2004, pp. 7 segg. Inoltre, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) ha introdotto il « Regolamento recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate » con la delib. no. 17221 del 12 marzo 2010.

60 Art. L. 225-38 segg. Code de commerce francese; TIM FLORSTEDT, *Related Party Transactions*, Monaco 2021, n. 152, rileva che le origini di questa norma si possono tracciare fino al 1863.

Infine, con l'art. 9 *quater*⁶¹ della «Direttiva sui diritti degli azionisti», l'Unione Europea ha riconosciuto la problematica ed ha delineato un quadro giuridico uniforme e olistico per queste transazioni.⁶²

b) Problematica: Benefici privati di controllo e «tunneling»

- 26 Come anche la regolamentazione dei conflitti d'interesse in genere, anche quella delle RPT mira alla protezione di investitori e azionisti minoritari.⁶³
- 27 Si tratta dapprima di appurare il motivo per cui non è possibile un divieto apodittico di qualsiasi RPT: Le società compiono costantemente operazioni con controparti a esse correlate. Questo vale da *start-up* che sono inizialmente dipendenti da crediti da parte di amici e famigliari (*friends and family*) come anche da gruppi internazionali che operano secondo una rigorosa logica di coordinamento e integrazione delle loro unità operative, dove transazioni infragruppo sono parte della realtà economica.⁶⁴ Queste operazioni diventano critiche, invece, quando collidono l'interesse societario alla creazione di valore e l'interesse alla massimizzazione di profitti personali di singoli azionisti o altri soggetti con potere decisionale all'interno della società. Si parla anche di un problema di *appropriability* del valore del controllo aziendale,⁶⁵ ovvero del rischio derivante da operazioni in cui il soggetto detenente il potere decisionale siede ad ambo i lati del tavolo negoziale e possa così estrarre i c.d. «benefici privati di controllo» (*private benefits of control*).⁶⁶ Questi sono benefici di cui tale soggetto si appropria in misura sproporzionata rispetto alla sua quota di diritti patrimoniali.
- 28 Il c.d. «*tunneling*» indica le svariate tecniche utilizzate dagli azionisti di controllo per trasferire risorse e profitti – ovvero i benefici privati di controllo pecuniari⁶⁷ – dalla società a sé stessi sfruttando la loro posizione premi-

nente. Questo termine fu coniato da JOHNSON *et al.*⁶⁸ e ulteriormente affinato da ATANASOV *et al.*, che raggrupparono il fenomeno in tre tipologie:

- (i) Il «*cash flow tunneling*» è il processo di deviare una piccola parte del flusso di cassa annuale senza influenzare la redditività a lungo termine della società.
- (ii) La distrazione di attivi («*asset tunneling*») può essere suddivisa in due sottocategorie: da un lato, una società acquisisce beni (materiali o immateriali) da parti correlate a prezzi gonfiati. D'altra parte, vende tali beni a parti correlate a un prezzo vile. Qui, la redditività a lungo termine dell'azienda è compromessa.
- (iii) Infine, l'«*equity tunneling*» accresce la quota dell'azionista di controllo a scapito degli altri azionisti.⁶⁹

c) Identificazione delle operazioni rilevanti

Le RPT sono una delle svariate «tecniche» impiegate nel *tunneling*. In queste, il «controllore aziendale» – sia esso un azionista di controllo o un membro del consiglio esecutivo, del consiglio consultivo o del consiglio di amministrazione – entra in una transazione legale con una persona vicina a lui a condizioni che sono svantaggiose per la società che controlla.⁷⁰ Non esiste nessun sistema giuridico che permetta transazioni legali chiaramente sleali. Non sorprende dunque che la Svizzera non sia l'unico paese a riconoscere il reato di amministrazione infedele di un'impresa per coprire tali situazioni.⁷¹ Tuttavia, non è sempre facile valutare la *fairness* di una transazione.⁷² Questo riguarda innanzitutto l'efficacia di una regola per prevenire le transazioni sleali, cioè la sua capacità di catturare e prevenire tali transazioni.⁷³ Anche se ciò riuscisse, il requisito dell'approvazione preventiva o la possibilità di una revisione successiva sarebbe sempre accompagnato dal rischio che le RPT economicamente «efficienti» – cioè quelle che avrebbero oggettivamente beneficiato la società interessata – possano essere ritardate o impedita.⁷⁴

61 Nella versione tedesca ed in quella inglese è l'art. 9c della Direttiva.

62 Direttiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti (Testo rilevante ai fini del SEE); Gazzetta ufficiale dell'UE del 20 maggio 2017, L132/1; si veda LUCA ENRIQUES, *Related Party Transactions*, ECGI Working Paper No. 267/2014; MARKUS ROTH, *Related party transactions*.

63 FLORSTEDT (nota 60), n. 1, 3.

64 Si veda JENS DAMMANN, *Related Party Transactions and Intragroup Transactions*, in: ENRIQUES/TRÖGER (ed.), *The Law and Finance of Related Party Transactions*, Cambridge 2019, pp. 218 segg.

65 LUIGI ZINGALES, *In Search of New Foundations*, *Journal of Finance* 55/2000, pp. 1623 segg., 1639 seg.

66 Nella dottrina, vi sono diverse interpretazioni di questo fenomeno, cf. il sunto in FLORSTEDT (nota 60), n. 186 seg.

67 Per la differenza tra benefici di controllo pecuniari e non pecuniari, si veda RONALD GILSON, *Controlling Shareholders and Corporate Governance*, *Harvard Law Review* 119/2006, pp. 1661 segg.

68 SIMON JOHNSON / RAFAEL LA PORTA / FLORENCIO LOPEZ-DE-SILANES / ANDREI SHLEIFER, *Tunneling*, *The American Economic Review* 90/2000, pp. 22 segg.

69 VLADIMIR ATANASOV / BERNARD BLACK / CONRAD CICCOTELLO, *Law and Tunneling*, *Journal of Corporation Law* 37/2011, pp. 2 segg.

70 *Ex multis*, ENRIQUES (nota 62), pp. 4 segg.; FLORSTEDT (nota 60), n. 173 seg.

71 Cf., in Svizzera, l'art. 158 CP (Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 [RS; 313]); in Germania, il § 266 CP («*Untreue*»); in Francia, l'art. 314-1 CP («*abus de confiance*»).

72 Questo può essere dovuto alla complessità della transazione o alle informazioni insufficienti, cf. ALESSIO PACCES, *Procedural and Substantive Review of Related Party Transactions*, in: ENRIQUES/TRÖGER (ed.), *The Law and Finance of Related Party Transactions*, Cambridge 2019, pp. 196 seg.

73 PACCES (nota 72), pp. 190 segg.

74 Questo può avvenire per le più svariate ragioni, dalla mancante comprensione del valore di una transazione a comportamenti potenzialmente abusivi da parte di azionisti minoritari.

30 Da questo punto di vista, l'approccio del legislatore svizzero di catturare solamente prestazioni «manifestamente sproporzionate» rispetto alla controprestazione con l'art. 678 cpv. 2 nCO sembra *prima facie* rappresentare una buona via di mezzo tra efficacia ed efficienza. Mentre è sicuramente giusto assicurare la discrezionalità del consiglio d'amministrazione e così evitare che ogni sua decisione venga messa in questione, rimane da chiarire quando vi sia una sproporzione «manifesta». La controversia nella dottrina sul contenuto di questo criterio,⁷⁵ come anche la problematica che il criterio *at arm's length* non considera potenziali risparmi di costi di transazione (soprattutto informativi),⁷⁶ rivelano la difficoltà di riempire di contenuto un termine che (solo in apparenza) trova l'aurea via di mezzo⁷⁷ tra discrezionalità e potenziale abuso.

d) Misure attuabili

31 Su questo sfondo si pone la questione di quali meccanismi siano adatti a prevenire efficacemente gli abusi e allo stesso tempo a permettere transazioni efficienti. In questo contesto, è inoltre essenziale che le nuove misure introdotte non portino a problemi conseguenti. Ad es., il tanto decantato obbligo di approvazione preventiva di RPT da parte della «maggioranza della minoranza» (*majority of minority*) comporta il rischio, almeno teoricamente non trascurabile,⁷⁸ di un comportamento strategico da parte della maggioranza della minoranza, che paradossalmente si accentua in relazione al livello di controllo detenuto dalla maggioranza.⁷⁹

32 I meccanismi di controllo possono essere classificati in diversi modi. A questo fine occorre – in genere – porre le seguenti tre domande: (i) Chi detiene il potere decisionale riguardo all'ammissibilità di determinate operazioni? (ii) Mediante quale strumento vengono «filtrate» queste operazioni oppure i negozi giuridici che ne scaturiscono? (iii) In quale momento viene attuato questo processo di controllo? Senza voler essere esaustivi, i meccanismi che si incontrano nelle diverse giurisdizioni si possono solitamente categorizzare secondo la seguente matrice:

Detentore del potere decisionale («chi»)	Strumento («che cosa»)	Timing («quando»)
Legislatore	Divieti; distribuzione dell'onere di prova	<i>Ex-ante</i>
Direttori o amministratori (indipendenti)	Voto d'approvazione	<i>Ex-ante</i> o <i>ex-post</i>
Azionisti (minoritari)	Voto d'approvazione	<i>Ex-ante</i> o <i>ex-post</i>
Terzi (mercato)	Obblighi di divulgazione o trasparenza	<i>Ex-ante</i> o <i>ex-post</i> , a dipendenza del momento della divulgazione
Autorità di supervisione	<i>Enforcement</i>	<i>Ex-ante</i> o <i>ex-post</i>
Tribunali	Sentenze sulla validità del negozio giuridico; sentenze penali	Normalmente <i>ex-post</i> , in via eccezionale <i>ex-ante</i> (provvedimenti cautelari)

Tav. 1: Matrice basata su LUCA ENRIQUES / TOBIAS TRÖGER, *The Law and (Some) Finance of RPTs*, in: Enriques/Tröger (ed.), *The Law and Finance of Related Party Transactions*, Cambridge 2019, p. 8.

2. Contestualizzazione del nuovo art. 678 nCO

In questo contesto, sorge il quesito in che misura l'art. 678 nCO affronti già i problemi legati alle RPT e quale valore aggiunto ci si possa aspettare da una possibile disposizione creata appositamente per affrontare questa tematica.

a) Campo d'applicazione

A livello sostanziale, con la nuova clausola generale nell'art. 678 cpv. 2 nCO,⁸⁰ il campo d'applicazione della norma verrà ampliato e andrà ad annoverare tutte le prestazioni soggette ad una possibile norma sulle RPT.

A livello personale, l'art. 678 nCO include prestazioni ad azionisti, membri del consiglio d'amministrazione e del consiglio consultivo, nonché alle persone che si occupano della gestione societaria e alle «persone a loro vicine». Secondo la dottrina, la definizione delle «persone vicine» varia a seconda della norma in questione.⁸¹ Nell'ambito dell'attuale art. 678 CO, include le persone o società terze che sono legate alle persone sopraccitate da stretti legami personali o economici, legali o di fatto.⁸² Il termine «parte correlata» di una RPT va definito in modo funzionale e include le persone surriferite. In questo senso, non vi è alcuna differenza tra il campo d'applicazione personale dell'azione di restituzione e quello di una possibile norma sulle RPT. Esiste, però, una fine differenza concettuale per quanto riguarda la *ratio legis*. Nell'art. 678 nCO l'inclusione delle «persone vicine» serve a evitare aggiramenti

75 Secondo la dottrina predominante il negozio deve avere una motivazione economica valida, *ex multis*, BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 17; LUKAS GLANZMANN, *Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht*, Berna 1996, p. 177; HUGUENIN JACOBS (nota 25), p. 276, si riferiscono invece ai criteri dell'art. 21 CO.

76 PACCES (nota 72), pp. 196 seg.

77 *L'aurea mediocritas* già lodata da Orazio, *Odi*, Libro II., cap. X., v. 5.

78 FLORSTEDT (nota 60), n. 15; si veda però EDWARD ROCK, *Majority of Minority Approval in a World of Active Shareholders*, in: Enriques/Tröger (ed.), *The Law and Finance of Related Party Transactions*, Cambridge 2019, pp. 129 seg.

79 Si veda BÖCKLI (nota 53), pp. 449 segg.

80 *Supra* n. 7 segg.

81 Si tratta di un c.d. concetto giuridico vago (*unbestimmter Rechtsbegriff*), si veda CONRADIN CRAMER, *Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht*, GesKR 2016, p. 162.

82 BÖCKLI (nota 24), § 12 N 551; BSK OR II-VOGT, Art. 678 N 7 seg.

di una norma che mira alla preservazione del capitale azionario ed è quindi nell'interesse della società.⁸³ La definizione di « parte correlata » nell'ambito delle RPT mira invece a situazioni in cui questa parte detenga un controllo legale o di fatto tale per cui non vi è più una parità di negoziazione tra la parte correlata e la società⁸⁴ e concerne dunque la protezione non solo degli interessi societari, ma anche quella degli azionisti minoritari.⁸⁵ La rilevanza pratica di questa differenza concettuale marginale è però ulteriormente mitigata dall'art. 678 nCO.⁸⁶

b) L'art. 678 nCO e le RPT nel sistema della validità dei negozi giuridici

36 Come è noto, vi è una differenza tra l'autorizzazione di rappresentanza nella relazione interna della società e il potere (o la facoltà) di rappresentanza nella relazione esterna.⁸⁷ Eccezion fatta per limitazioni riconoscibili per terzi secondo l'art. 718a cpv. 2 CO, anche un organo non autorizzato nella relazione interna può obbligare la società nella relazione esterna nei confronti di terzi in buona fede.⁸⁸ Quest'autorizzazione di rappresentanza è di per sé globale, viene però limitata, tramite restrizioni espresse oppure attraverso restrizioni tacite in conformità con la volontà presunta della società. Secondo il Tribunale federale, sia comportamenti contrari agli interessi della società⁸⁹ che comportamenti da parte di organi societari contrari ai propri doveri implicano una tale restrizione.⁹⁰ Ciò può valere innanzitutto nel caso di violazioni dell'obbligo di diligenza ai sensi dell'art. 717 cpv. 1 CO, come ad es., la conclusione di negozi giuridici senza una controprestazione adeguata – il che dev'essere però vagliato sulla base della *Business Judgment Rule* e senza limitarsi a considerare la controprestazione immediata.⁹¹ Una violazione dei propri doveri può anche riguardare il dovere di fedeltà (il che però spesso si sovrappone a situazioni di conflitti d'interesse) oppure l'obbligo di parità di trattamento ai sensi dell'art. 717 cpv. 2 CO che dev'essere rispettato nel caso di negozi giuridici in relazione alla posizione di azionista. Infine anche violazioni ai sensi degli

art. 678 e 680 cpv. 2 CO e dell'ordine giuridico delle competenze (art. 716a CO) sono potenzialmente rilevanti.⁹²

In questi casi, il negozio giuridico in questione non è valido, a meno che (i) non venga giustificato da un voto del consiglio d'amministrazione o dell'assemblea generale⁹³ oppure (ii) non comporti alcun rischio per la società.⁹⁴ La giurisprudenza del Tribunale federale in merito viene raggruppata in diverse categorie, secondo le quali negozi soggetti a un conflitto d'interessi sono giustificati, *inter alia*, se avvengono nel contesto di un gruppo d'impresе, se hanno un valore di mercato oppure se comportano solamente vantaggi per la società in questione.⁹⁵ Nel caso dei gruppi d'impresa, la giurisprudenza assume un tacito consenso a una doppia rappresentazione.⁹⁶ Questa illazione diventa problematica quando nel gruppo di società vi sono società alle quali partecipano azionisti minoritari.⁹⁷ Questi hanno solitamente un interesse a evitare deflussi pecuniari dalla società. I membri del consiglio d'amministrazione indipendenti dovrebbero in questi casi assicurarsi che vi siano solo vantaggi per la società oppure rimettere al voto il negozio giuridico.⁹⁸ La giurisprudenza quindi oscilla tra una generale invalidità di negozi giuridici in casi di doppia rappresentazione e una eccezione (troppo) larga per transazioni interne a gruppi di società. Questa dicotomia diventa ancora più evidente se applicata alle RPT, dove un'invalidità generale non rispecchierebbe la realtà economica (come anche nelle situazioni di gruppi d'impresе). Anche qui, un'eccezione andrebbe sempre affiancata da restrizioni sostanziali o procedurali (come, ad es., un voto sulla transazione).

De lege lata, dunque, i negozi giuridici conclusi da un membro del consiglio d'amministrazione andrebbero vagliati secondo questi principi e, se ritenuti validi, sarebbero soggetti a una possibile azione di restituzione secondo l'attuale art. 678 cpv. 2 CO se si ritiene che vi siano

83 Messaggio del 23 febbraio 1983 sulla revisione del diritto della società anonima (FF 1983 II 713), p. 873.

84 FLORSTEDT (nota 60), n. 219 segg.; inoltre, si veda la definizione in IAS 24.

85 *Supra* n. 26 segg.

86 *Supra* n. 7 segg.

87 *Ex multis*, DTF 95 II 442 consid. 2; BÖCKLI (nota 24), § 13 N 497 segg.

88 BSK OR II-WATTER, Art. 718a N 8.

89 Cf. DTF 144 III 388 consid. 5.1.

90 Cf. il testo in DTF 126 III 361 consid. 3a («*interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln*»); discusso in SEVERIN HARISBERGER / PATRICK SCHMIDT, *Organschaftliche Vertretung der Aktiengesellschaft bei pflichtwidrigem Vertreterhandeln der Organe*, GesKR 2020, pp. 215 segg., 224 segg.

91 Sentenza del Tribunale federale 4A_642/2016 del 27 giugno 2017 consid. 2.5.3.

92 HARISBERGER/SCHMIDT (nota 90), pp. 220 segg.

93 La delegazione del voto giustificativo all'assemblea generale è soggetta a critiche nella dottrina, secondo la quale questo viola il principio di parità tra gli organi societari, cf. RALPH STRAESSLE / HANS CASPAR VON DER CRONE, *Die Doppelvertretung im Aktienrecht*, SZW 2013, p. 349, che giustamente fanno notare che si tratterebbe di un voto *extra legem*, che al massimo può avere un valore consultativo, e quindi sarebbe giustificato escludere gli azionisti partecipi al negozio giuridico in questione; MARKUS VISCHER, «*Volenti non fit iniuria*» bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, AJP 2016, p. 1491.

94 STRAESSLE/VON DER CRONE (nota 93), p. 342.

95 ANSGAR SCHOTT, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Zurigo 2002 (= ZStP 178), pp. 123 segg.; STRAESSLE / VON DER CRONE (nota 93), pp. 342 segg.

96 DTF 127 III 332 consid. 2c.

97 Così giustamente anche STRAESSLE / VON DER CRONE (nota 93), p. 344.

98 THOMAS STEININGER, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrats*, Zurigo 2011 (= ZStP 238), p. 130; STRAESSLE / VON DER CRONE (nota 93), p. 344.

state delle distribuzioni indebite. Come già menzionato, le differenze che giustificavano un tale rapporto tra le due norme sono venute a cadere con l'art. 678 cpv. 2 nCO e la dottrina assume che ora le due azioni siano in un rapporto di concorrenza alternativa.⁹⁹ Nel caso di un RPT si potrebbe perciò seguire sia la via dell'«invalidità condizionata sospensivamente» che quella dell'azione di restituzione. Tuttavia, nel primo caso rimane necessario un conflitto d'interessi od una violazione dei propri obblighi da parte dell'organo in questione. Quindi, in questa situazione la restituzione della prestazione indebita rimane incentrata su un certo comportamento da parte delle parti e non considera – eccezion fatta per una violazione dell'obbligo di diligenza a causa di una controprestazione insufficiente – il risultato della transazione con la parte correlata (cioè la sua *fairness*). Con il nuovo art. 678 cpv. 2 nCO, il legislatore ha giustamente abbandonato il criterio della mala fede del recipiente della prestazione indebita, che anch'esso – oltre a presentare difficoltà probatorie – presentava un elemento repressivo, piuttosto che mirare alla protezione di società ed azionisti minoritari. È da appurare ulteriormente in quale modo le norme sulle RPT debbano davvero considerare anche la situazione soggettiva delle parti, piuttosto che concentrarsi su elementi procedurali e sostantivi.

c) Problematica temporale

39 Infine, bisogna notare che a causa della sua concezione come azione, l'art. 678 nCO può agire solo come strumento *ex-post* e quindi solo come componente parziale nel sistema del trattamento delle RPT.¹⁰⁰ Mentre i problemi

⁹⁹ *Supra* n. 21 segg.

¹⁰⁰ Per i problemi legati ad un esame sostanziale *ex-post*, si veda PACCES (nota 72), p. 183.

dell'azione collettiva sono stati alleviati nella norma riveduta,¹⁰¹ non sono affatto eliminati. Nella discussione attuale, si propone di disinnescarli coinvolgendo di più gli investitori istituzionali, senza però rispondere ai problemi che ne conseguirebbero.¹⁰² Rimane quindi il fatto che questo rimedio giuridico nella sua versione attuale è solo parzialmente adatto a contrastare il problema delle RPT.

IV. Prospettive de lege ferenda

L'art. 678 nCO rivisitato comporta un campo d'applicazione ampliato e una riduzione dei rischi legati a un'azione di restituzione volta da un azionista. Questo senza dubbio è nell'interesse della società, ma anche degli azionisti minoritari.

Tuttavia, anche nella sua forma migliorata, l'art. 678 nCO è solo parzialmente adatto per il trattamento delle RPT. Ciononostante, potrebbe rappresentare un tassello in un potenziale futuro sistema normativo che mira a permettere solamente le transazioni favorevoli per la società e a impedire quelle operazioni che non lo sono. A tal fine, si dovrebbe sviluppare un sistema coerente che, da un lato, crei un quadro normativo preventivo che copra anche possibili situazioni di conflitto d'interessi e, dall'altro, impedisca funzionalmente deflussi ingiustificati di fondi dalla società.

¹⁰¹ *Supra* n. 3 segg. e 12 segg.

¹⁰² Si veda ASSAF HAMDANI / YISHAY YAFEH, Institutional Investors as Minority Shareholders, in: Enriques/Tröger (ed.), *The Law and Finance of Related Party Transactions*, Cambridge 2019, pp. 136 segg.

Abstract

Die Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR soll einen ungerechtfertigten Abfluss von Gesellschaftsvermögen verhindern. Dieses wichtige Element der schweizerischen Corporate Governance wurde im Rahmen der Aktienrechtsrevision mit dem Ziel geändert, die Rückerstattungsklage effektiver zu gestalten. In diesem Artikel wird die neue Regelung analysiert und in den breiteren Kontext der Geschäfte mit nahestehenden Personen gestellt. Diese Geschäfte unterliegen auf internationaler Ebene immer strengeren Vorschriften, sind in der Schweiz aber nur lückenhaft geregelt.

Résumé

La restitution des prestations selon l'art. 678 CO vise à empêcher transferts injustifiés d'actifs sociaux. Cet élément important de la gouvernance d'entreprise suisse a été modifié dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme dans le but de rendre l'action en restitution plus efficace. Le présent article analyse la nouvelle réglementation et la replace dans le contexte plus large opérations entre parties liées. Ces opérations sont soumises à des règles de plus en plus strictes au niveau international, mais ne sont réglementées que de manière lacunaire en Suisse.