



Sicuri su ogni terreno

Questioni attuali in Diritto commerciale e societario Aprile 2010

«e rimettiamo loro i peccati» – Quale, altrimenti, il vero valore del discarico?

Siamo nuovamente nel periodo dell'anno in cui intere pagine di inserti sui giornali contengono convocazioni alle assemblee generali che si tengono annualmente. Dove il punto «discarico dell'operato del consiglio di amministrazione» è costantemente indicato negli ordini del giorno, frequentemente, ma non necessariamente, completato con «discarico dei direttori». In molti casi il discarico è vissuto quale pura formalità. Ma come il discarico possa condurre anche a discussioni aspre è reso evidente nel caso dell'UBS AG. Come già messo in risalto dai media, è oggetto di discussione, che l'odierna direzione della UBS voglia, in occasione della prossima assemblea generale, dare l'assoluzione alla precedente conduzione UBS, che ruota intorno a Marcel Ospel, di quanto fatto e deciso in relazione alla crisi finanziaria e alla questione fiscale. Quale significato effettivo ha allora il discarico e quali sono gli effetti? Si vuole rispondere nel prosieguo proprio a tale domanda con lo scopo, di riavvicinare il discarico ad un quadro più realistico possibile.

1. Competenza sul discarico e natura dello stesso

Rientra fra le competenze della sola assemblea generale quella di deliberare il discarico, e come ogni altra delibera, essa deve essere assunta in maniera valida. Il consiglio di amministrazione ha d'altra parte, ma nondimeno, unicamente il diritto di porre la questione all'ordine del giorno. I direttori, infine, non hanno né un diritto a deliberare né un diritto ad iscriverne nell'ordine del giorno.

Il discarico non è innanzitutto niente di più della rinuncia della società a far valere azione di risarcimento danni nei confronti degli organi responsabili. Detto in termini tecnici, si tratta dell'eccezione che il membro del consiglio di amministrazione, ed eventualmente il direttore, in favore del quale è stato dato il discarico, ha contro la società o l'azionista che, nei suoi confronti, fa valere una pretesa risarcitoria. Il discarico non può essere inteso invece come approvazione a contenuto positivo dell'attività del consiglio di amministrazione o dei direttori. Il termine «assoluzione» può perciò essere fuorviante. Per l'approvazione di decisioni di gestione amministrativa l'assemblea generale non sarebbe comunque competente.

2. Oggetto del discarico

La legge stabilisce, che la delibera di discarico opera solo per fatti che sono stati resi noti. Va precisato che, quando il discarico riguarda anche fatti dei quali tutti gli azionisti avevano conoscenza effettiva, a prescindere dalla fonte di informazione, sono trattati come fatti noti al tempo della delibera. È invece controverso se si possa considerare come valido il discarico per quei fatti che erano solo potenzialmente conoscibili da parte degli azionisti. A tal proposito possono essere difficili da individuare i criteri di conoscibilità. D'ogni modo è possibile affermare che possano essere ricompresi nel discarico fatti delle cui circostanze l'assemblea generale aveva una conoscenza almeno nei suoi tratti essenziali.

Dal punto di vista temporale possono essere oggetto di discarico unicamente quei fatti realizzati nell'anno di esercizio per il quale è richiesto il discarico.

Inoltre il discarico è dato nel momento in cui è decorso l'anno d'esercizio. Certamente in situazioni di crisi non è insensato attendere per l'inserimento all'ordine del giorno che la situazione si stabilizzi o che i processi gestionali siano almeno in gran parte avviati. Il segnale che viene dato negando un discarico, infatti, non è affatto da sottovalutare.

3. Effetti del discarico

Che il discarico vale come eccezione relativa contro eventuali azioni della società o di singoli azionisti è già stato detto. In particolare nei singoli casi ciò ha un effetto specifico:

a) Danno diretto dei creditori e degli azionisti

L'eccezione di discarico vale innanzitutto solo per danni subiti dalla società. Danni che i creditori o gli azionisti hanno patito direttamente al proprio patrimonio (e non solo perché la solvibilità o il valore delle partecipazioni è diminuita) rimangono perciò estranei al discarico. Ciò vale anche se l'azionista che ha subito il danno aveva approvato il discarico, perché con il discarico egli rinunciava solo a far valere il danno subito dalla società.

b) Danno indiretto della società

La società e gli azionisti che hanno approvato il discarico sono, sulla base di questo, esclusi dall'azione di danno della società. Quegli azionisti che non hanno approvato la delibera di discarico (voto contrario

o astenuto), possono comunque in seguito proporre azione per il danno della società, esercitando tale azione però entro il termine di sei mesi dalla data in cui si è tenuta l'assemblea generale dove è stata presa la decisione di discarico. In caso di fallimento della società la situazione si presenta in maniera diversa. Il Tribunale Federale ha affermato che in caso di fallimento non viene più fatta valere una pretesa della società stessa ma dell'organo unitario ed a sé stante del curatore fallimentare istituito con decreto fallimentare. Rispettivamente viene a cadere il diritto all'eccezione di discarico (il che, però, secondo la dottrina è controverso).

Da quanto detto emerge che il discarico è finalizzato principalmente a garantire la certezza del diritto nell'ambito di una società ancora operativa. Inoltre il consiglio di amministrazione ed i direttori hanno in tal modo consapevolezza del fatto che l'assemblea generale ne approva l'operato e che non si trova ad agire, nella sua gestione amministrativa, sotto la minaccia latente di una possibile azione di risarcimento danni. Al contrario la non concessione del discarico da parte di azionisti di minoranza costituisce un mezzo di pressione.

4. Esclusione dall'esercizio di voto

Le persone che hanno in qualche modo preso parte alla gestione amministrativa sono escluse dal voto per la delibera di discarico. Tale principio vale pure per ogni eventuale rappresentante di organi sociali.

Riguardo alla questione di come qualificare «chiunque abbia preso parte in qualche modo alla gestione amministrativa» ci si può richiamare al concetto di organo come definito nell'ambito del diritto della responsabilità, quindi per organo si intende chi può esercitare un'influenza rilevante nella determinazione della volontà della società.

Anche nell'ambito di società unipersonali o di gruppi di società dove la società madre è da qualificare come organo di fatto dell'affiliata va rispettato comunque l'obbligo di esclusione dall'esercizio di voto. Ed è problematico definire la portata del discarico in simili rapporti giuridici. Certamente rimane da considerare che per quanto concerne l'esclusione dal voto una delibera viziata conduce all'esposizione alla possibilità di azioni ma non alla nullità. Rispettivamente una tale delibera può effettivamente essere valida.

5. Conclusione

In generale non va sopravvalutata la portata del discarico come eccezione di non responsabilità in sede di processo. Gli effetti del discarico sono poi, secondo una precisa considerazione, meno ampi di quello che si potrebbe supporre. Il discarico esplica la sua efficacia come eccezione principalmente solo dove venga azionato un danno al di fuori del fallimento (caso raro essendo il processo per responsabilità introdotto solitamente proprio nell'ambito di un fallimento). Inoltre rimane da dire che il discarico ha efficacia entro limiti materiali (solo fatti conosciuti) e di tempo (solo l'anno di esercizio) determinati.

La funzione principale del discarico è, quindi, da individuare nella società ancora operativa e nel garantire la certezza del diritto per gli organi di gestione amministrativa (al contrario del fallimento dove primariamente sono riviste interamente le attività di gestione amministrativa). Negare la concessione del discarico ha invece un effetto psicologico apprezzabile ed equivale ad un voto di sfiducia. In questo senso rappresenta uno strumento di pressione degli azionisti di minoranza che non va sottovalutato. In futuro si vedrà in che termini verrà utilizzato.

Contatti



Massimo Calderan
Partner, Zurigo
calderan@altenburger.ch
Seestrasse 39
CH-8700 Küsnacht-Zürich