



RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

II - 2018

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO
HELBIG LICHTENHAHN

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

II- 2018

Simone Albisetti/Rocco Rigozzi

**La legge sull'acquisto di fondi da parte di
persone all'estero e le società immobiliari
miste: *hic sunt leones***

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedroli, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedroli@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Ufficio della legislazione e delle pari opportunità,
6501 Bellinzona (e-mail: rtid@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Hägendorf

Coordinamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: borghi.gibi@bluewin.ch

Stampa: Salvioni arti grafiche, 6500 Bellinzona
e-mail: info@salvioni.ch

Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-4175-5 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-050-1 (Repubblica e Cantone Ticino)

La legge sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero e le società immobiliari miste: *hic sunt leones*

Simone Albisetti/Rocco Rigozzi***

1. Introduzione
2. Concetti generali di applicazione della LAFE
 - 2.1. Principi generali e obbligo di autorizzazione
 - 2.2. Persona all'estero (obbligo soggettivo)
 - 2.3. Fondo soggetto alla LAFE (obbligo oggettivo secondo lo scopo d'utilizzazione)
 - 2.4. Diritto corrispondente all'acquisto di un fondo (obbligo oggettivo secondo il genere di diritto)
3. L'acquisto di fondi ex art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE
 - 3.1. Analisi preliminare
 - 3.2. Possibili costellazioni
4. Acquisto di quote di società immobiliari miste
 - 4.1. Inquadramento giuridico
 - 4.2. Criterio di riferimento
 - 4.3. Aspetti pratici
 - 4.4. Conclusioni
5. Lo scabroso nodo gordiano della posizione preponderante estera
 - 5.1. Punto di questione
 - 5.2. Acquisto tabulare di fondi da parte di una società immobiliare
 - 5.3. Acquisto di quote di una società immobiliare
 - 5.4. Una manifesta porta aperta all'elusione
6. La decisione di accertamento e poi?
 - 6.1. La decisione di accertamento di non assoggettamento alla LAFE
 - 6.2. Gli oneri e il loro adempimento
7. Conclusione

* Avvocato, notaio, LL.M., Ufficiale dell'ufficio del registro fondiario e Presidente dell'Autorità di I istanza LAFE del Distretto di Bellinzona. L'autore si esprime a titolo personale; quanto affermato nel presente articolo non impegna in alcun modo l'Amministrazione cantonale.

** Avvocato e notaio, Studio legale Bär & Karrer SA, Lugano; nel presente articolo l'autore si esprime a titolo personale.

1. Introduzione

Nella cartografia antica si indicava con la locuzione latina *hic sunt leones* quelle lande sconosciute al margine dei territori noti e rappresentati. Non si trattava di confini stabiliti con l'odierna precisione della geomatrica quanto piuttosto di aree di transizione incerte, dove l'unica certezza era l'aspetto insidioso incarnato dalle fiere. Tuttavia il fascino dell'ignoto o del poco noto ed esplorato stimola da sempre la curiosità, anche intellettuale, dell'uomo. Proprio l'esplorazione di quest'area sarà l'oggetto del presente contributo. In un ambito di conclamato interesse e importanza, nel quale però non v'è sorprendentemente alcuna giurisprudenza federale conclusiva, gli autori intendono fornire gli elementi atti a individuare i labili limiti che distinguono una società immobiliare da una società immobiliare mista, con il conseguente riverbero nell'ambito della Legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero¹. L'analisi tratterà principalmente l'acquisto di un pacchetto azionario relativo a una società immobiliare mista, ponendo in evidenza lo stato attuale della dottrina e fornendo al contempo una sobria presa di posizione personale sul tema, comprensiva di suggestioni pratiche. Saranno altresì approfondite le fattispecie di trattazione di gruppi di società e la portata della decisione di non assoggettamento alla LAFE.

2. Concetti generali di applicazione della LAFE

2.1. Principi generali e obbligo di autorizzazione

Prima di entrare nel merito dell'analisi delle società immobiliari miste, è opportuno un breve riepilogo dei principi generali della LAFE, così come contenuti nella sua attuale versione (*Lex Koller*, stato al 1° marzo 2013).

La LAFE persegue lo scopo di limitare l'acquisto di fondi da parte di persone all'estero, al fine di evitare l'eccessivo dominio straniero del suolo indigeno (art. 1 LAFE). Per volontà del legislatore federale infatti *«il territorio deve restare avantutto in mano svizzera e [...] la vastità*

¹ LAFE, RS 211.412.41.

della proprietà straniera deve essere stabilizzata in modo durevole e ragionevole»².

Le persone all'estero sono così sottoposte a un regime autorizzativo: per l'acquisto di fondi in Svizzera devono chiedere un'autorizzazione all'autorità cantonale competente (art. 2 cpv. 1 LAFE). L'obbligo dell'autorizzazione scatta quando sono date, cumulativamente, tre condizioni di carattere soggettivo e oggettivo:

1. obbligo soggettivo: l'acquirente è una persona all'estero ai sensi della LAFE (art. 5 LAFE e art. 2 OAFE³);
2. obbligo oggettivo secondo lo scopo di utilizzazione del fondo: l'oggetto del negozio giuridico è un fondo che sottostà all'obbligo di autorizzazione;
3. obbligo oggettivo secondo il genere di diritto: il diritto acquistato corrisponde all'acquisto di un fondo ai sensi della LAFE (art. 4 LAFE e art. 1 OAFE).

V'è poi una pletera di situazioni – elencate in modo esaustivo – per le quali il legislatore ha previsto un'eccezione all'obbligo di autorizzazione, anche nel caso in cui le precedenti tre condizioni fossero adempiute (art. 7 LAFE)⁴.

La legge prevede altresì delle fattispecie ove l'autorizzazione all'acquisto di un fondo deve essere data. Si tratta di casi particolari eterogenei tra loro, giacché frutto di differenti esigenze, e suddivisi in motivi d'autorizzazione federali e cantionali⁵. Tra i primi sono da annoverare le banche e

² Messaggio concernente una legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero e l'iniziativa popolare «contro la svendita del territorio» del 16 settembre 1981, FF 1981 III 521, pag. 558; si veda anche STF 4C.14/2003 del 22 aprile 2003 consid. 2.1.

³ Ordinanza sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero del 1° ottobre 1984, RS 211.412.411.

⁴ STF 2C_1041/2016 del 28 settembre 2017 consid. 3.1; UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA (UFG), Promemoria sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero del 1° luglio 2009, pag. 7, n. 8.

⁵ Per una visione d'insieme si veda: ALBISETTI SIMONE, *Erwerb von Grundeigentum durch Personen im Ausland*, in Koller Alfred, *Der Grundstückkauf*, 3^a ed., Berna 2017, pag. 392 segg.; UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA, Promemoria 2009, pag. 9 segg.

gli istituti d'assicurazione stranieri per la copertura di crediti nell'ambito di una procedura di realizzazione forzata o di concordato (art. 8 cpv. 1 lett. d LAFE), gli istituti d'assicurazione e la previdenza in favore del personale (art. 8 cpv. 1 lett. b-c LAFE), gli eredi istituiti o legatari che non rientrano nell'eccezione dell'art. 7 lett. a LAFE ma che dimostrano dei legami stretti e degni di protezione con il fondo (art. 8 cpv. 2 LAFE) e gli – invero rari – casi di rigore (art. 8 cpv. 3 LAFE). Con particolare riferimento al Canton Ticino, tra i motivi d'autorizzazione cantonali vi è la costruzione di abitazioni sociali (art. 9 cpv. 1 lett. a LAFE, art. 1 lett. a LALAFE⁶), le abitazioni secondarie da parte di persone fisiche con rapporti strettissimi e degni di protezione (art. 9 cpv. 1 lett. c LAFE, art. 1 lett. c LALAFE) e l'acquisto di abitazioni di vacanza e di unità d'abitazione in un aparthotel (art. 9 cpv. 2-3 LAFE, art. 1 lett. d LALAFE). Le fattispecie autorizzative non giocano tuttavia un ruolo di rilievo nella trattazione oggetto del presente contributo.

2.2. Persona all'estero (obbligo soggettivo)

La LAFE enuncia espressamente le persone che considera «estere» e che quindi ricadono soggettivamente sotto il campo di applicazione della legge stessa (art. 5 LAFE e art. 2 OAFE). Per quanto attiene alle persone fisiche, sono considerate persone all'estero i cittadini stranieri domiciliati all'estero e i cittadini stranieri domiciliati in Svizzera, che non sono cittadini di uno stato UE⁷/AELS⁸ e che non sono titolari di un permesso di domicilio valido (permesso C). Non sono dunque soggetti alla LAFE: i) i cittadini svizzeri (anche con doppia nazionalità), indipendentemente dal loro domicilio; ii) i cittadini stranieri di Stati UE/AELS al beneficio di un permesso di dimora (permesso B UE/AELS) valido e con domicilio legale ed effettivo in Svizzera ai sensi degli art. 23 ss. CC⁹; iii) i cittadini stranieri, siano essi di Stati UE/AELS che di Stati terzi, al beneficio di un

⁶ Legge di applicazione della legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero del 21 marzo 1988, RL 215.400 (vRL 4.1.8.1).

⁷ Unione europea.

⁸ Associazione europea di libero scambio.

⁹ Codice civile svizzero, RS 210.

permesso di domicilio (permesso C) valido e con domicilio legale ed effettivo in Svizzera¹⁰. Per quanto concerne invece le persone giuridiche, sono considerate persone all'estero: i) le società che hanno sede all'estero (ciò anche se sono controllate – quali azionisti o beneficiari economici – da cittadini svizzeri e sono considerate svizzere dal punto di vista economico); ii) società con sede in Svizzera ma dominate da persone all'estero (ossia con una posizione preponderante ai sensi dell'art. 6 LAFE); iii) i negozi fiduciari e i trusts mediante i quali viene acquistato un fondo per conto di persone all'estero ai sensi dell'art. 5 LAFE.

2.3. Fondo soggetto alla LAFE (obbligo oggettivo secondo lo scopo d'utilizzazione)

2.3.1. Fondi soggetti

L'acquisto in proprietà da parte di persone all'estero di abitazioni (case mono-/plurifamiliari e appartamenti) e di terreni edificabili destinati a questo uso sottostà all'obbligo di autorizzazione LAFE. Parimenti sottoposto di principio all'obbligo di autorizzazione vi è pure l'acquisto di fondi non edificati in zona abitativa, industriale o commerciale. Anche edifici commerciali vuoti e non (più) utilizzati per svolgere un'attività economica sono considerati come terreno non edificato.

2.3.2. Eccezione: i fondi per stabilimenti d'impresa

L'eccezione principale – e di capitale importanza – all'obbligo di autorizzazione oggettivo secondo lo scopo d'utilizzo del fondo è costituita dai fondi che servono quale stabilimento permanente di un commercio, un'industria, un'altra impresa commerciale, artigianale o di libera professione (art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE), ossia i cosiddetti fondi per stabilimenti d'impresa¹¹. Il concetto di utilizzo a scopo commerciale è strettamente connesso con quello di attività economica (art. 18a cpv. 1 lett. a

¹⁰ Per approfondimenti, in particolare relativi al concetto di domicilio e all'impatto sulla LAFE, si veda ALBISETTI, 2017, pag. 384 segg. e DE BIASIO GIORGIO/ALBISETTI SIMONE, LAFE – Giurisprudenza scelta cantonale e federale (1997-2016), Lugano 2017, pag. 139 segg.

¹¹ DE BIASIO/ALBISETTI, 2017, pag. 130 segg.

OAFE) e va inteso in senso ampio, non solo per i settori classici del commercio e dell'industria ma anche per il terziario. Anche terreni fuori dalla zona edificabile possono essere acquistati come stabilimento d'impresa (se servono ad esempio a un'impresa agricola oppure a un'azienda legata all'economia del legno)¹². È importante tuttavia ricordare che i fondi per stabilimenti d'impresa devono essere effettivamente utilizzati come tali. Ciò significa che nel caso di acquisto di un fondo non ancora edificato, benché sito secondo il piano regolatore in una zona commerciale/artigianale, esso dovrà essere edificato a breve (all'uopo verranno, se del caso, imposti degli oneri specifici). Il legislatore infatti vuole evitare qualsiasi tesaurizzazione di fondi, anche di quelli non siti in zona abitativa (art. 12 lett. a-b LAFE). La legge prevede nondimeno la possibilità di acquistare una superficie di riserva atta a permettere un eventuale futuro ampliamento dell'impresa. Proprio per non incorrere in un motivo imperativo di diniego dell'acquisto, tale superficie ineditata di riserva non potrà però superare un terzo della superficie totale del fondo (art. 18a cpv. 1 lett. c OAFE)¹³.

Su fondi acquistati a titolo di stabilimento d'impresa possono eccezionalmente esserci anche degli appartamenti, purché essi siano, da un punto di vista funzionale, strettamente necessari per l'espletamento dell'attività commerciale (ad esempio l'appartamento di un custode nel caso in cui sia indispensabile la sua costante presenza presso l'impresa)¹⁴.

Parimenti tollerato è l'acquisto di abitazioni contestualmente all'acquisto di stabilimenti d'impresa, nel caso in cui le quote abitative siano imposte dalle norme pianificatorie, atteso tuttavia come il fondo debba essere principalmente a uso commerciale (art. 2 cpv. 3 LAFE). Secondo la prassi attuale, per considerare il fondo come utilizzato primariamente al fine di uno stabilimento d'impresa occorre che la parte utilizzata per l'eser-

¹² ALBISETTI, 2017, pag. 381, n. 15; DE BIASIO/ALBISETTI, 2017, pag. 132, N. 1.2 commento; UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA (UFG), Istruzioni per gli ufficiali del registro fondiario del 1° luglio 2009, pag. 10, n. 41.3 in fine.

¹³ ALBISETTI, 2017, pag. 380 seg., n. 12; UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA (UFG), Commento relativo alla modifica dell'ordinanza del 10 settembre 1997, pag. 2 seg., art. 10.

¹⁴ DE BIASIO/ALBISETTI, 2017, pag. 136 n. 1.5.

cizio di un'attività economica prevalga su quella adibita a scopo abitativo. I parametri di applicazione di tale norma non sono però ancora stati compiutamente chiariti dalla giurisprudenza e la dottrina non è monodroma¹⁵. Proprio per chiarire questa situazione di notevole incertezza giuridica, nell'Avamprogetto di revisione della LAFE del marzo 2017 il Consiglio federale aveva proposto di introdurre un tetto massimo di un terzo della superficie lorda per piano¹⁶. Fintanto che il legislatore o la giurisprudenza non avranno compiutamente chiarito la questione è quindi di regola preferibile in siffatti casi – laddove possibile – l'intavolazione dell'immobile sotto il regime della proprietà per piani e l'acquisto esclusivo delle unità commerciali.

Da notare infine che la versione attuale dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE, entrata in vigore il 1° ottobre 1997, insieme all'art. 18a OAFE, permette alla persona all'estero di compiere l'acquisto anche solo quale mero investimento di capitali, non essendoci più l'imposizione dell'obbligo di utilizzazione personale. L'immobile commerciale può quindi essere affittato o locato a terzi per l'esercizio dell'attività economica (permettendo quindi anche operazioni immobiliari nella forma del *sale and lease-back*)¹⁷.

2.3.3. Altre eccezioni

Sono infine da segnalare per completezza, ancorché non rilevanti per il presente contributo, le eccezioni all'obbligo di autorizzazione previste a favore delle persone fisiche di stati terzi domiciliate in Svizzera limitatamente all'acquisto della loro abitazione principale (art. 2 cpv. 2 lett. b

¹⁵ GEISSMANN HANSPETER/HUBER FELIX/WETZEL THOMAS, Grundstückerwerb in der Schweiz durch Personen im Ausland – Von der Lex Friedrich zur Lex Koller, Zurigo 1998, pag. 51, n. 144; ALBISETTI, 2017, pag. 382 seg.

¹⁶ Purtroppo con un comunicato ai media del 20 giugno 2018, il Consiglio federale ha annunciato la rinuncia alla prospettata revisione della Lex Koller, a fronte del risultato della procedura di consultazione. Le proposte di introduzione (talora di re-introduzione) di restrizioni hanno innescato una levata di scudi contro tutto il progetto, facendo così naufragare anche le interessanti proposte di chiarimento di taluni concetti LAFE e di snellimento procedurale.

¹⁷ Si tratta di un allentamento voluto nel 1997 dal legislatore nell'ambito di misure atte a facilitare gli investimenti esteri; si veda il Messaggio n. 97.027 del 26 marzo 1997 in FF II 1022, pag. 1066; STF 2A.428/1999 del 28 gennaio 2000 consid. 3 e DE BIASIO/ALBISETTI, 2017, pag. 130 segg., in particolare N.1.1 commento.

LAFE; art. 5 e 18a cpv. 2 OAFE) e a favore dei frontalieri UE/AELS per l'acquisto di un'abitazione secondaria nella regione del loro luogo di lavoro (art. 7 lett. j LAFE e art. 18a cpv. 3 OAFE).

2.4. Diritto corrispondente all'acquisto di un fondo (obbligo oggettivo secondo il genere di diritto)

La LAFE non considera quale acquisto di un fondo unicamente il trasferimento tabulare di proprietà mediante iscrizione a mastro ma estende il campo di applicazione del concetto anche a tutti quei negozi giuridici che – da un punto di vista economico o giuridico – conferiscono alla persona all'estero l'effettivo controllo – al pari o in modo analogo a un proprietario – su un fondo soggetto all'obbligo di autorizzazione. Come enumerato all'art. 4 LAFE è quindi considerato acquisto di fondo: i) l'acquisto della proprietà (semplice, comproprietà, proprietà comune o proprietà per piani) o di un diritto di superficie/abitazione/usufrutto; ii) la costituzione nonché l'esercizio di un diritto di compera/prelazione/recupera su un fondo; iii) la partecipazione a società senza personalità giuridica (società in nome collettivo e in accomandita) con scopo immobiliare; iv) l'acquisto di una partecipazione a un fondo d'investimento immobiliare o di un'azione di una SICAV non quotati in borsa; v) l'acquisto della proprietà o dell'usufrutto di quote di una persona giuridica (società anonima, società in accomandita per azioni, società a garanzia limitata e cooperativa) con scopo effettivo immobiliare, se non quotata in una borsa svizzera; vi) l'acquisto di altri diritti che procurano una posizione analoga a quella del proprietario del fondo (ad esempio un contratto di locazione a lunga scadenza e con clausole inusuali; cfr. anche art. 1 cpv. 2 OAFE); vii) il trasferimento all'estero della sede di una società svizzera proprietaria di fondi (anche se l'azionariato rimane interamente in mani svizzere). Vi sono poi ulteriori fattispecie assimilabili all'acquisto di un fondo elencate all'art. 1 cpv. 1 OAFE (in particolar modo nell'ambito della costituzione di società, di aumenti di capitale o di operazioni legate alla Legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio¹⁸).

¹⁸ Legge sulla fusione (LFus, RS 221.301).

Rilevante ai fini del presente contributo è tuttavia solo quanto previsto dall'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, e meglio l'acquisto della proprietà o dell'usufrutto su una quota di una persona giuridica il cui scopo effettivo è l'acquisto di fondi, nella misura in cui le quote di questa persona giuridica non sono quotate in una borsa in Svizzera.

3. L'acquisto di fondi ex art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE

3.1. Analisi preliminare

L'acquisto di un pacchetto azionario¹⁹ di una società con scopo immobiliare e non quotata in una borsa in Svizzera è considerato ai sensi della LAFE come un acquisto di un fondo. Di seguito sarà analizzata la problematica relativa a questa tipologia di acquisto da parte di un investitore straniero. Quali sono le questioni preliminari che devono essere valutate? Assodati i principi generali della LAFE, ricordati al precedente paragrafo 2, il giurista chiamato ad analizzare preventivamente (ad esempio nell'ambito di una *due diligence*) una possibile acquisizione di un pacchetto azionario di una società *target* da parte di un investitore dovrà porsi i seguenti quesiti preliminari²⁰:

- i) Il prospettato acquirente è una persona all'estero ai sensi LAFE²¹? In caso di risposta negativa al quesito in esame, la prospettata operazione potrebbe essere eseguita e portata a termine senza particolari problematiche dal profilo LAFE, non soggiacendo ad alcun obbligo di autorizzazione. Nel caso, invece, di risposta affermativa, occorre proseguire nelle verifiche preliminari, analizzando il secondo quesito di

¹⁹ In seguito saranno designati per praticità con il medesimo significato, i termini di «pacchetto azionario», «quote» o «azioni», senza distinzione se trattasi di una società anonima o di una società a garanzia limitata.

²⁰ Cfr. anche WATTER ROLF/SCHNELLER YVES, Umgang mit Vollzugs- und Übertragungshindernissen in M&A-Verträgen, in Tschäni Rudolf, Mergers & Acquisitions IX, Zurigo 2007, pag. 245 seg.; TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB, Vollzug von Aktienkäufen, in Tschäni Rudolf, Mergers & Acquisitions XV, Zurigo 2013, pag. 10; MALACRIDA RALPH, Unternehmensübernahmen im Lichte der Lex Koller, Aktuelle Juristische Praxis 1998, pag. 1191 seg.

²¹ MALACRIDA, 1998, *ibidem*.

cui al punto ii). A titolo di completezza, giova senz'altro sottolineare che – giusta l'art. 5 cpv. 1 lett. c LAFE in combinato con l'art. 6 LAFE – il quesito in esame troverebbe altresì una risposta affermativa laddove un investitore estero (ovvero uno straniero qualificabile quale persona all'estero ai sensi dell'art. 5 LAFE) dovesse valutare l'acquisto del pacchetto azionario della società *target* per il tramite – quale veicolo – di una persona giuridica con sede statutaria ed effettiva in Svizzera da lui interamente (o in modo preponderante, cfr. art. 6 LAFE) controllata.

- ii) Un acquisto delle quote della società *target* da parte dell'investitore – una persona all'estero ai sensi dell'art. 5 LAFE – necessita o meno di un'autorizzazione ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 LAFE²²? Si deve quindi determinare se la società *target* sia qualificabile o meno quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, ovvero quale società il cui scopo effettivo consiste nell'acquisto di fondi²³. In caso di risposta negativa, la prospettata operazione non sarebbe problematica da un profilo LAFE, non essendo data la seconda condizione (cumulativa) di applicazione della LAFE, ovvero la presenza di una fattispecie qualificabile quale acquisto di fondo. Nel caso, invece, di risposta affermativa, ogni (ulteriore) acquisto di azioni della società *target* soggiacerebbe all'obbligo di autorizzazione ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 LAFE in combinato con l'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. L'obbligo di autorizzazione risulterebbe dato già solo con l'acquisto di una singola azione o di un solo buono di partecipazione della società *target*, e ciò indipendentemente dall'ammontare della partecipazione finora detenuta o acquistata²⁴. Ovviamente, in questi casi dove è dato l'obbligo di autorizzazione, l'investitore potrà provare a far valere una delle – esaustive – eccezioni previste dalla LAFE (cfr. art. 2 cpv. 2/3 e art. 7 LAFE). Per l'acquisto di quote di società nell'ambito di transazioni commerciali occorre tuttavia rilevare che le eccezioni di cui

²² MALACRIDA, 1998, *ibidem*.

²³ TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 101; MALACRIDA, 1998, pag. 1187.

²⁴ GEISSMANN/HUBER/WETZEL, 1998, pag. 64, n. 179; CALEFF JOSEF, Kaufverträge betreffend Immobiliengesellschaften, in Tschäni Rudolf, Mergers & Acquisitions XVIII, Zurigo 2016, pag. 148; MALACRIDA, 1998, pag. 1189.

all'art. 7 LAFE ben difficilmente trovano applicazione. Solo l'eccezione di cui all'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE per i fondi utilizzati quale stabilimento d'impresa, che verrà trattata al successivo paragrafo 3.2, ha un'incidenza rilevante nelle fattispecie qui in esame²⁵. In caso di obbligo d'autorizzazione LAFE, qualora nessuna delle eccezioni fosse applicabile, l'esecuzione dell'acquisto del pacchetto azionario (*closing*) sarebbe possibile unicamente in virtù di un'autorizzazione concessa dalla competente autorità LAFE²⁶. Come visto al paragrafo 2.1, la LAFE prevede dei motivi d'autorizzazione generali, che hanno una portata precisa e limitata a ben definite e ristrette fattispecie (perlopiù di carattere tecnico o per acquisti diretti di fondi di carattere abitativo/residenziale da parte di persone fisiche)²⁷. Pertanto, nel caso di acquisti di pacchetti azionari di società immobiliari, non sarà possibile ottenere un'autorizzazione LAFE²⁸. La prospettata transazione non potrebbe quindi essere perfezionata oppure andrebbe strutturata in modo diverso²⁹.

3.2. *Possibili costellazioni*

Come esposto al paragrafo 2.3.2, la LAFE prevede un'eccezione per i fondi per stabilimenti d'impresa. Questa eccezione è di capitale importanza anche nell'ambito di acquisizioni di pacchetti azionari di società, giacché i fondi per stabilimenti d'impresa sono esclusi dal campo di applicazione della LAFE. Allo stesso modo, nemmeno l'acquisto di adeguate superfici di riserva destinate all'ampliamento dell'impresa, nella misura di un terzo (in casi particolari fino alla metà) della superficie totale, necessita di autorizzazione LAFE (cfr. art. 18a cpv. 1 lett. c OAFE).

²⁵ TSCHÄNI RUDOLF/DIEM HANS-JAKOB/WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zurigo 2013, pag. 574, n. 102.

²⁶ SCHENKER URS, Unternehmenskauf – Rechtliche und steuerliche Aspekte, Berna 2016, pag. 547 seg.

²⁷ SCHENKER, 2016, *ibidem*; TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 103; CALEFF, 2016, pag. 149 seg.

²⁸ SCHENKER, 2016, *ibidem*; TSCHÄNI/DIEM, 2013, *ibidem*.

²⁹ SCHENKER, 2016, pag. 548.

La dottrina ha rilevato in modo unanime come l'eccezione del campo di applicazione della legge legata ai fondi per stabilimenti d'impresa debba applicarsi anche nei casi di acquisti di quote ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE³⁰. Tale è peraltro la chiara volontà del legislatore³¹. In altre parole, una società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, il cui acquisto di quote soggiace ad autorizzazione LAFE, sussiste unicamente qualora lo scopo effettivo di detta società consista nell'acquisto di fondi non qualificabili quali fondi per stabilimenti d'impresa *ex art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE*³².

Alla luce di queste considerazioni preliminari, si prefigurano quindi tre possibili costellazioni in relazione al possibile acquisto di un pacchetto azionario di una società:

- i) La società *target* rappresenta una società, il cui scopo esclusivo è l'acquisto di fondi per stabilimenti d'impresa ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE. In virtù dell'eccezione prevista dall'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE, la quale – come visto – trova applicazione anche nei casi di acquisti di quote ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, l'acquisto di un pacchetto azionario di simili società *target* non soggiace di princi-

³⁰ GEISSMANN/HUBER/WETZEL, 1998, pag. 59 seg., n. 166; BAUMGARTNER Urs L./HAUSER MATTHIAS, *Erwerb von Beteiligungen an Gesellschaften mit Immobilienbesitz durch Ausländer – Bemerkungen zur Revision der Lex Friedrich vom 30. April 1997*, in *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 1999, pag. 88; MALACRIDA, 1998, pag. 1189.

³¹ Messaggio concernente una modifica della legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero del 28 maggio 2003, n. 03.039, FF 2003 3753, pag. 3761: «L'acquisto di fondi necessari all'esercizio di un'attività economica da parte di un'impresa è stato infatti esentato dall'obbligo di autorizzazione (art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE). Di conseguenza, anche l'acquisto di quote di società che acquistano o possiedono tali fondi non è più soggetto ad autorizzazione (abrogazione dell'art. 4 cpv. 1 lett. d LAFE). Secondo la lettera e, l'autorizzazione permane necessaria soltanto per l'acquisto di quote di società il cui scopo è l'acquisto o il commercio di abitazioni, vale a dire le società immobiliari operanti nel settore abitativo o società immobiliari in senso stretto»; si veda anche UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA (UFG), *Commento relativo alla modifica dell'ordinanza del 10 settembre 1997*, pag. 1, art. 1.

³² GEISSMANN/HUBER/WETZEL, 1998, pag. 60 seg., n. 167 seg.; SCHENKER, 2016, pag. 544.; BAUMGARTNER/HAUSER, 1999, *ibidem*.

pio ad alcun obbligo di autorizzazione LAFE³³. Ne consegue che, in simili fattispecie, la transazione potrebbe essere eseguita senza alcuna problematica di carattere LAFE³⁴.

- ii) La società *target* rappresenta una società, il cui scopo esclusivo è l'acquisto di fondi non qualificabili quali stabilimenti d'impresa ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE, ovvero di fondi di tipo residenziale/abitativo soggetti al regime di autorizzazione LAFE. In queste particolari costellazioni, la società *target* rappresenta una società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, ovvero una società il cui scopo effettivo consiste nell'acquisto di fondi soggetti ad autorizzazione LAFE³⁵. Di conseguenza, ogni (ulteriore) acquisto di anche una sola azione (o buono di partecipazione) soggiacerebbe all'obbligo di autorizzazione ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 LAFE in combinato con l'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE.
- iii) La società *target* qualifica quale cosiddetta società immobiliare mista, ovvero quale società avente (o con l'intenzione di acquistare) un portfolio immobiliare misto, composto sia da fondi di tipo residenziale che di tipo commerciale/industriale. Questa fattispecie è oggetto di esame al paragrafo 4.

4. Acquisto di quote di società immobiliari miste

4.1. Inquadramento giuridico

Si tratta ora di determinare la qualifica giuridica ai sensi LAFE, nonché il relativo trattamento, di quelle società aventi un portfolio immobiliare misto, ossia di quelle società che possiedono sia fondi adibiti quali stabilimenti d'impresa ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE, che di tipo abi-

³³ CALEFF, 2016, pag. 150 seg.; WATTER/SCHNELLER, 2007, pag. 245 seg.; SCHENKER, 2016, pag. 545; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 2013, pag. 574, n. 102; BAUMGARTNER/HAUSER, 1999, pag. 87.

³⁴ Ciò beninteso sempre che non vi siano superfici di riserva esorbitanti i limiti di legge oppure oneri imposti al momento dell'acquisto tabulare dei fondi e con un'incidenza nella transazione.

³⁵ CALEFF, 2016, pag. 150 seg.; SCHENKER, 2016, pag. 545 seg.

tativo/residenziale. Tali società verranno in seguito definite quali società immobiliari miste.

In virtù dei principi generali della LAFE, occorre tuttavia rilevare che sono altresì da qualificare quali società immobiliari miste quelle società i cui fondi, pur essendo destinati ad attività di tipo commerciale/industriale, dispongono – oltre agli stabili e agli impianti già edificati e destinati all’azienda (stabilimenti d’impresa ai sensi dell’art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE) – di ulteriori potenzialità edificatorie non sfruttate (eccedenti le quote tollerate di riserve *ex art.* 18a cpv. 1 lett. c OAFE). Ad esempio, sarebbe il caso di complessi industriali o strutture alberghiere già edificate, aventi tuttavia fondi (o parti di fondi) inseriti in zone di tipo residenziale e con ulteriori potenzialità edificatorie «libere».

Alla luce di questa precisazione, occorre completare la predetta definizione di società immobiliare mista: esse sono società che possiedono sia fondi di tipo commerciale/industriale (stabilimenti d’impresa ai sensi dell’art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE), che di tipo abitativo/residenziale o semplicemente «non aziendale» (nella forma di possibilità edificatorie non sfruttate).

La legislazione LAFE non delinea espressamente i criteri atti a determinare se e quando siffatte società immobiliari miste debbano venir qualificate quali società immobiliari ai sensi dell’art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE³⁶. Si devono quindi definire dei criteri che possano permettere una corretta qualifica dal profilo LAFE, tenendo al contempo in considerazione le circostanze del singolo caso.

Per la dottrina è determinante l’attività o lo scopo effettivo perseguito dalla società, da un punto di vista economico, analizzato alla luce delle circostanze del singolo caso³⁷. Ai fini dell’analisi, lo scopo statutario, così come iscritto a Registro di commercio, costituisce solo un mero indizio³⁸. Occorre tenere in considerazione l’attività sin qui svolta dalla so-

³⁶ Cfr. anche CALEFF, 2016, pag. 151.

³⁷ TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 2013, pag. 578, n. 111; MALACRIDA, 1998, pag. 1189; TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 101 seg.; BAUMGARTNER/HAUSER, 1999, pag. 88.

³⁸ BAUMGARTNER/HAUSER, 1999, pag. 89.

cietà in esame, come pure la ripartizione delle poste che compongono l'utile o il fatturato della società³⁹: qualora la società svolga un'effettiva attività produttiva (ad esempio la produzione o il commercio di beni mobili), potrebbe – a determinate condizioni – non essere qualificabile quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE anche se dovesse detenere dei fondi di tipo residenziale per finanziare o diversificare la propria attività. Per società aventi un'attività produttiva sarebbe quindi ipotizzabile tollerare la detenzione di una quota di fondi abitativi/residenziali, senza per questo dover essere sottomesse alle rigide conseguenze previste dalla LAFE per le società immobiliari.

4.2. Criterio di riferimento

4.2.1. Principio

A valere quale criterio pratico di riferimento per determinare se una società immobiliare mista si qualifica quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. La dottrina maggioritaria propone di analizzare la proporzione/rapporto fra i fondi soggetti ad autorizzazione LAFE della società *target* per rispetto ai suoi attivi totali⁴⁰. Tale criterio viene di principio riconosciuto e applicato anche dalle Autorità LAFE.

Qualora questo rapporto, espresso in percentuale (%), risulti maggiore a una determinata soglia, la società *target* in esame verrebbe qualificata a tutti gli effetti quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE e l'acquisto di quote soggiacerebbe così al regime d'autorizzazione LAFE.

Il calcolo in esame può essere riassunto nel modo seguente:

$\frac{\text{Fondi soggetti ad autorizzazione}}{\text{Attivi totali della società}} > X\% \rightarrow \text{Obbligo di autorizzazione}$

³⁹ TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 102; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 2013, *ibidem*; BAUMGARTNER/HAUSER, 1999, pag. 89 seg.

⁴⁰ Malacrida, 1998, pag. 1190; Schenker, 2016, pag. 544 seg.; Watter/Schneller, 2007, pag. 247 seg.; Geissmann/Huber/Wetzel, 1998, pag. 62 seg., n. 171 seg.; Tschäni/Diem, 2013, pag. 101 seg.; Baumgartner/Hauser, 1999, pag. 89 seg.

4.2.2. Determinazione dei valori

Secondo la dottrina invalsa, determinanti sono i valori di mercato (*Verkehrswerte*) degli attivi (incluso degli attivi non-immobiliari)⁴¹. I valori di bilancio degli attivi vanno pertanto eventualmente (ri-)valutati secondo i citati principi⁴², con conseguente scioglimento delle eventuali riserve occulte. Per determinare il valore di mercato degli attivi, in particolar modo dei beni immobiliari, occorrerà all'occorrenza far capo a perizie o a valutazioni immobiliari. Nell'ambito della *due diligence* con oggetto la società *target*, si dovrà chiedere alla controparte – mediante un'apposita *request list* – la visione di tali perizie, se già presenti. In mancanza della necessaria documentazione, il potenziale acquirente dovrà commissionare delle valutazioni immobiliari, e ciò prima dell'eventuale sottoscrizione del contratto di acquisto delle azioni. È importante sottolineare che gli attivi della società dovranno essere costituiti da mezzi effettivamente necessari alla società (*betriebsnotwendige Mittel*), non da valori inseriti artificialmente nel bilancio societario al solo scopo di permettere l'acquisto fondiario⁴³.

Alla voce «denominatore» del rapporto/calcolo in esame, va indicato il valore degli attivi totali della società *target*⁴⁴. Per effetto dell'esclusione degli stabilimenti d'impresa dal campo di applicazione della LAFE, alla voce «numeratore» vanno invece contemplati unicamente i fondi soggetti ad autorizzazione LAFE⁴⁵, ovvero fondi con edifici a scopo abitativo e superfici di terreno edificabili inutilizzate (riserve) superiori alla soglia di un terzo della superficie totale. Quest'ultime e il relativo trattamento delle riserve nel calcolo in esame, saranno oggetto del successivo paragrafo 4.2.4.

⁴¹ SCHENKER, 2016, pag. 545 (con altri riferimenti); CALEFF, 2016, pag. 152; TSCHÄNI/DIEM, 2013, *ibidem*.

⁴² SCHENKER, 2016, *ibidem*.

⁴³ MÜHLEBACH URS/GEISSMANN HANSPETER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, ad art. 4, pag. 43, n. 27 *in fine*.

⁴⁴ Ai fini della valutazione in esame i passivi della società *target* non sono rilevanti.

⁴⁵ MALACRIDA, 1998, pag. 1190.

Di norma, possono quindi essere esclusi dal calcolo (e meglio dal valore del numeratore)⁴⁶: i) i fondi siti all'estero⁴⁷; ii) i fondi per stabilimenti d'impresa ex art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE effettivamente utilizzati; iii) le abitazioni necessarie all'esercizio dell'impresa (ad esempio per accogliere il custode o i tecnici); iv) adeguate superfici di riserva nella misura (massima) di un terzo della superficie totale (cfr. art. 18a cpv. 1 lett. c OAFE); v) i fondi occupati nonché utilizzati in qualche modo funzionale per un'impresa o nell'ambito di un'industria (per esempio come deposito di materiali, posteggio, strada o via d'accesso)⁴⁸. Quest'ultima tipologia di fondi esclusi dal calcolo riveste una particolare importanza pratica, in quanto permette un ampio margine di apprezzamento e di argomentazione a disposizione del giurista: sarà infatti possibile provare ad argomentare e dimostrare all'Autorità LAFE competente che determinati terreni, benché apparentemente liberi (e, quindi, con ulteriori potenzialità edificatorie sfruttabili), siano in realtà strettamente utilizzati ai fini dell'attività economica/commerciale in essere. A titolo esemplificativo, nel caso di hotels sarebbe ipotizzabile argomentare che determinati terreni adibiti per attività di svago (aree da passeggio, giardini) oppure sportive (campi da tennis, piscine), pur essendo potenzialmente edificabili quali aree residenziali, debbano venir qualificati quali stabilimenti commerciali, in quanto intrinsecamente funzionali alla struttura e allo scopo commerciale dell'esercizio alberghiero.

4.2.3. *Percentuale della soglia determinante*

Come indicato sopra, a valere quale criterio comunemente accettato dalla dottrina e dalla prassi, occorre analizzare la proporzione di fondi soggetti ad autorizzazione LAFE rispetto agli attivi totali della società *target*. Qualora questo rapporto, espresso in percentuale (%), dovesse risultare maggiore di una determinata percentuale di soglia, la società *target* verrebbe qualificata a tutti gli effetti quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. Ciò avrebbe come conseguenza che un qual-

⁴⁶ Cfr. anche: CALEFF, 2016, pag. 152.

⁴⁷ TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 102 seg.; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 2013, pag. 576, n. 105.

⁴⁸ CALEFF, 2016, *ibidem*.

siasi minimo acquisto (anche soltanto una) di quote della società *target* soggiacerebbe all'obbligo di autorizzazione LAFE. Si tratta ora di determinare la percentuale di soglia, superata la quale la società verrebbe qualificata quale società immobiliare ai sensi LAFE.

Secondo una buona parte della dottrina, trattasi di una società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE quando il rapporto fra i fondi soggetti ad autorizzazione LAFE della società e gli attivi totali supera una percentuale del 33%⁴⁹. Un'altra parte della dottrina, più liberale, ritiene invece applicabile una percentuale di soglia del 50%. In altre parole, secondo quest'ultimi, la qualifica di società immobiliare si giustificherebbe soltanto nella misura in cui la società in esame dovesse detenere fondi soggetti ad autorizzazione LAFE in una proporzione superiore al 50% degli attivi totali⁵⁰.

Per quanto noto agli scriventi autori, non risulta esservi una giurisprudenza consolidata in merito alla questione in esame⁵¹. L'assenza di giurisprudenza è verosimilmente imputabile al fatto che l'acquisto di quote di società immobiliari non comporta la mutazione tabulare del rapporto di proprietà dei fondi detenuti dalla società. Infatti, la società *target* rimane proprietaria diretta dei fondi, venendo unicamente a mutare i rapporti di partecipazione dei suoi azionisti. Pertanto, la compravendita di azioni si svolge, di principio, senza il concorso di nessuna Autorità (riservati determinati casi particolari, qui comunque non rilevanti, come ad esempio in materia di diritto della concorrenza); in particolar modo, si segnala come non sia necessaria alcuna iscrizione a registro fondiario (né, per le società anonime, a registro di commercio). Di norma, le acquisizioni societarie vengono così compiute all'insaputa dell'Autorità LAFE.

⁴⁹ GEISSMANN/HUBER/WETZEL, 1998, pag. 62, n. 172; SCHENKER, 2016, pag. 544 seg.; CALEFF, 2016, pag. 151 seg.; BANDLI CHRISTOPH, Die Revision der Lex Friedrich vom 30. April 1997 – Impulse für die Bauwirtschaft?, in Baurecht 1998, pag. 33 seg.

⁵⁰ WATTER/SCHNELLER, 2007, pag. 247 seg.; MALACRIDA, 1998, pag. 1190; BAUMGARTNER/HAUSER, 1999, pag. 89 seg.

⁵¹ Cfr. anche: TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 102; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 2013, pag. 578, n. 111; CALEFF, 2016, pag. 152 seg.

In una recente decisione, il Tribunale federale si è tuttavia espresso nel seguente modo: «*Als Erwerb eines Grundstückes gilt die Übernahme des Eigentums oder der Nutzniessung an einem Anteil an einer juristischen Person, deren tatsächlicher Zweck der Erwerb von Grundstücken bildet (Immobilien Gesellschaften im engeren Sinn), sofern ihre Anteile nicht an einer Börse in der Schweiz kotiert sind (Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG; GEISSMANN/HUBER/WETZEL, a.a.O., N. 166 und 168) sowie – als Aufangtatbestand zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen – der Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie jene des Eigentümers eines Grundstücks verschaffen (Art. 4 Abs. 1 lit. g BewG). Als tatsächlicher Zweck hat das Geschäft mit Grundstücken zu gelten, wenn dieses wirtschaftlich gesehen den Hauptteil der Gesellschaftsaktivitäten ausmacht (MALACRIDA, a.a.O., S. 1189 ff. Ziff. 3)*»⁵². Secondo quanto indicato dal Tribunale federale nella decisione citata, una società ha lo scopo effettivo di acquistare fondi allorquando quest'ultimo costituisca – da un punto di vista economico – la parte principale delle attività della società («*Hauptteil der Gesellschaftsaktivitäten*»). Nel coniare questa definizione, la massima Istanza ha citato il contributo dottrinale di MALACRIDA, il quale – come visto sopra – ha un approccio estremamente liberale e sostiene l'applicazione di una soglia percentuale determinante superiore al 50%. La prudenza impone tuttavia di considerare questa affermazione del Tribunale federale quale mero e incidentale *obiter dictum*, giacché tale aspetto non era di rilevanza per la decisione in parola. Il semplice rinvio al contributo di MALACRIDA, sebbene importante, non può così essere considerato come concludente per la giurisprudenza del Tribunale federale.

L'attuale prassi delle Autorità di I istanza LAFE riconosce di principio e prudenzialmente una percentuale di soglia del 20-25%, superata la quale la società viene qualificata alla stregua di una società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE⁵³. Le Autorità si riservano tuttavia sempre di valutare le particolari circostanze della singola fattispecie. Un si-

⁵² STF 2C_1041/2016 del 28 settembre 2017, consid. 3.3.

⁵³ Cfr. SCHENKER, 2016, pag. 545; TSCHÄNI/DIEM, 2013, *ibidem*.

mile approccio conservativo è comprensibile, se si considera l'elevata fluidità di questo tipo di società e dei bilanci societari.

Dal canto nostro riteniamo che l'analisi debba partire dall'interpretazione grammaticale della norma. L'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE parla di «*scopo effettivo*» («*tatsächlich*», «*but réel*»). Con l'aggettivo «effettivo», derivante dal verbo latino *efficēre* (compiere), si intende in primo luogo ciò che produce o è atto a produrre un effetto ma anche ciò che è vero, reale, proprio⁵⁴. Pertanto lo scopo principale, predominante e caratteristico della società intesa secondo questo disposto di legge dovrà essere l'acquisto di fondi. *A contrario*, una società che svolgerà un'altra attività operativa principale (ad esempio di produzione di beni o di costruzioni) e – marginalmente – una a carattere immobiliare, non sarà qualificabile come società immobiliare. Il verbo non propone tuttavia una parametrizzazione concreta e il tracciamento della linea di discriminare risulta così quanto mai delicato: con che forza un'attività commerciale compiuta da una società ne determina la sua natura? È ipotizzabile che una società abbia due o più attività diverse ma equipollenti, che determinano parallelamente una qualifica operativa plurima? E ancora, si deve valutare esclusivamente la proporzione degli attivi societari oppure anche dei redditi/fatturati (se non addirittura degli utili) conseguiti dalle singole attività commerciali svolte dalla società? Si pensi, ad esempio, a società attive nel settore delle costruzioni, le quali – di norma – non dispongono di sostanziali beni attivi da contabilizzare nel bilancio: per quest'ultime potrebbe essere in particolar modo giustificato considerare nell'analisi anche il fatturato rispettivamente l'utile conseguito dalla società, analizzando la rispettiva composizione/proporzione dei proventi societari (in altre parole, analizzando la proporzione fra l'utile/il fatturato di matrice immobiliare e l'utile/il fatturato generato dall'attività operativa non immobiliare).

A nostro avviso il ragionamento deve principiare da una fattispecie basilica, sulla quale poi sviluppare le varie deduzioni del caso concreto. Risulta quindi opportuno riflettere *in primis* su quella tipologia di persone

⁵⁴ www.treccani.it [consultato il 30 luglio 2018].

giuridiche che svolgono un'attività specifica, enunciata nel loro scopo sociale statutario (ad esempio l'attività di una ditta di costruzioni o di commercio di mobilio) e che, solo marginalmente, detengono un immobile abitativo/residenziale dal quale ricavano dei redditi. Classificare a priori, in modo astratto e generico, queste tipologie di società quali società immobiliari ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, non considerando quindi le peculiarità del singolo caso concreto, sarebbe – da un punto di vista giuridico, nonché pratico – oltremodo insoddisfacente. Indubbiamente la metodologia di calcolo percentuale degli attivi societari costituisce il paradigma fondamentale per una prima valutazione. Su questo specifico punto, riteniamo che si possa ragionevolmente sostenere che la presenza di attivi (fondi) soggetti alla LAFE fino a una soglia percentuale del 33% degli attivi complessivi non possa qualificare la società come immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, ma piuttosto di carattere misto: pertanto, l'acquisto delle quote di tali società non dovrebbe, a nostro avviso, sottostare ad alcun obbligo di autorizzazione LAFE. Questa posizione è sostenibile considerando per analogia le dinamiche interpretative di applicazione dell'art. 2 cpv. 3 LAFE, in particolare della preponderanza commerciale sulla parte abitativa, e della chiave interpretativa proposta nell'Avamprogetto di revisione della legge del 2017 da parte del Consiglio federale (paragrafo 2.3.2). Tuttavia, accanto a questo elemento, si dovrà verificare anche l'incidenza reddituale (fatturato e/o utile) delle due attività: quella principale non soggetta alla LAFE e quella secondaria/immobiliare soggetta alla LAFE. Se il reddito annuale consolidato sugli ultimi anni indica come la parte di attivi soggetti alla LAFE permetta alla società di conseguire un utile di matrice immobiliare uguale o superiore a quello dell'attività commerciale principale, ecco che in questo caso (a dispetto dell'elemento degli attivi, considerato in precedenza) la società andrà a nostro avviso qualificata come immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. D'altro canto, per quelle società che, complice l'attività svolta, non dispongono di sostanziali beni attivi da contabilizzare nel bilancio e, pertanto, gli eventuali fondi di tipo residenziale/abitativo (soggetti alla LAFE), da esse detenuti, rappresentano la maggior parte dei valori presenti, potrebbe non esser giustificata una loro qualifica quali società immobiliari ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, qualora la maggior parte (inteso come superiore al

66%) dei loro proventi (fatturato e/o utile) provenga dalla/e attività operativa/e (ad esempio di costruzioni) e non da fonti immobiliari. Ancora una volta decisive saranno le argomentazioni che saranno elaborate e proposte dal giurista nel caso di specie.

4.2.4. *Trattamento delle superfici di riserva non edificate*

Come esposto al paragrafo 4.1, quali società immobiliari miste sono altresì qualificabili quelle società i cui fondi, pur essendo destinati ad un'attività di tipo commerciale, dispongono – oltre agli stabili e agli impianti già edificati e destinati all'azienda (e, quindi, qualificabili quali stabilimenti d'impresa ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE) – di ulteriori potenzialità edificatorie non utilizzate, in parte eccedenti le quote tollerate di riserva *ex art. 18a cpv. 1 lett. c OAFE*. Di seguito sarà analizzato come considerare tali superfici di riserva nell'ambito della qualifica delle società immobiliari miste, e meglio come determinare la corretta trattazione delle superfici di riserva nell'ambito del rapporto/calcolo proposto dalla dottrina⁵⁵.

In applicazione del criterio suggerito dalla dottrina maggioritaria, occorre determinare il modo in cui si calcola il valore dei fondi soggetti ad autorizzazione LAFE (alla voce numeratore) nel caso in cui la società *target* disponga di fondi con superfici edificabili di riserva. Anzitutto, si osserva che la legge e il Promemoria pubblicato dall'Ufficio federale di giustizia (UFG) sono silenti in merito. Considerato come l'acquisto di adeguate superfici di riserva, nella misura di un terzo della superficie totale, non necessita di autorizzazione LAFE (cfr. art. 18a cpv. 1 lett. c OAFE), la dottrina ritiene – a buona ragione – che questa quota tollerata di riserva vada conseguentemente considerata al pari di un fondo per stabilimento d'impresa *ex art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE*, e non quale fondo soggetto ad autorizzazione LAFE⁵⁶. In altre parole, nell'ambito del calcolo/rapporto in esame, la superficie di riserva di un terzo non deve essere contemplata alla voce numeratore quale fondo soggetto ad autorizzazio-

⁵⁵ MALACRIDA, 1998, pag. 1190 seg.

⁵⁶ MALACRIDA, 1998, *ibidem*.

ne LAFE⁵⁷. Così facendo, nella voce numeratore sarà da contemplare unicamente la superficie di riserva che supera la soglia permessa di un terzo. Per determinare il valore delle superfici di riserva, riteniamo che sia corretto riferirsi all'indice di occupazione del relativo piano regolatore comunale, ossia il rapporto espresso in % tra la superficie edificata e la superficie edificabile del fondo (art. 37 cpv. 2 LE⁵⁸). La superficie edificabile di riserva risulta dalla differenza fra la superficie edificabile massima e la superficie effettivamente edificata. Occorrerà poi convertire il valore della superficie occupabile di riserva – determinata in metri quadrati (mq.) – in un valore monetario espresso in franchi (fr.), determinato dal valore di mercato del fondo in esame. Solo così sarà possibile reportare il valore delle riserve agli attivi totali della società (o, in alternativa, come visto sopra al paragrafo 4.2.3 *in fine*, al fatturato/utile totale della società). Il giurista chiamato a effettuare simili calcoli dovrà quindi disporre di una perizia che attesta il valore di mercato del fondo, dei relativi valori edificatori comunali, come pure di adeguate misurazioni/planimetrie eseguite da un architetto e raffiguranti la superficie effettivamente occupata del fondo.

Quanto precede verrà ora illustrato sulla base del seguente esempio di calcolo⁵⁹. La società *target X* è proprietaria di un unico fondo, la cui superficie totale è pari a mq. 120 000. La metà della superficie (ca. mq. 60 000) è adibita quale stabilimento commerciale ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE, mentre la restante metà (ca. mq. 60 000) quale superficie di riserva (terreno incolto). Il patrimonio totale (attivi totali) della società X è composto sostanzialmente dal valore del fondo (valore di mercato indicato nella perizia immobiliare: fr. 18mio.). La quota del valore di mercato relativa alla superficie del fondo adibita quale stabilimento commerciale ammonta a fr. 12mio., mentre la restante parte (superficie

⁵⁷ Cfr. MALACRIDA, 1998, *ibidem*: «Weil Landreserven bis zu einem Drittel der genutzten Fläche nicht bewilligungspflichtig sind, müssen die zulässigen Landreserven bei der Wertberechnung konsequenterweise der Betriebsstätte zugerechnet werden und nicht dem bewilligungspflichtigen Land. Die zulässigen Landreserven sind daher gedanklich auszusondern und der Betriebsstätte zuzuschlagen».

⁵⁸ Legge edilizia cantonale del 13 marzo 1991, RL 705.100 (vRL 7.1.2.1).

⁵⁹ Cfr. anche MALACRIDA, 1998, *ibidem*.

di riserva e fondi soggetti ad autorizzazione LAFE) a fr. 6mio. Senza un'esclusione della quota tollerata di riserve pari a un terzo dal calcolo dei fondi soggetti ad autorizzazione LAFE (numeratore), la proporzione in esame sarebbe la seguente: $(6 / 18) * 100 = 33.33\%$ degli attivi totali. In questo modo, le riserve (e, quindi, i fondi soggetti ad autorizzazione LAFE) supererebbero la quota tollerata dalla prassi attuale delle Autorità LAFE del 20/25%. Di conseguenza, la società *target X* verrebbe qualificata quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. Ogni singolo acquisto di anche solo un'azione (o buono di partecipazione) della società X da parte di una persona all'estero ai sensi LAFE soggiacerebbe pertanto all'obbligo di autorizzazione LAFE.

Qualora, invece, si procedesse – come suggerito dalla dottrina, in applicazione dei principi della LAFE in materia – a contemplare la quota tollerata di riserve al pari di un fondo per stabilimento d'impresa *ex art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE*, si otterrebbero i seguenti risultati:

- Un terzo delle superfici di riserva, pari a mq. 20 000, con un valore di mercato di fr. 2mio., verrebbe contemplato – quale riserva tollerata – nella quota dei fondi per stabilimento d'impresa *ex art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE*, escludendolo così dalla voce numeratore nel calcolo in esame.
- Quali fondi soggetti ad autorizzazione LAFE, alla voce numeratore, verrebbe contemplata unicamente la parte di superfici di riserva occupabili che eccede la soglia permessa di un terzo, ovvero una superficie di mq. 40 000 con un valore di mercato pari a fr. 4mio.
- Il calcolo in esame darebbe quindi il seguente risultato: $(4 / 18) * 100 = 22.22\%$ (degli attivi totali della società X). Una simile percentuale rientrerebbe ancora nei valori di soglia tollerati dalla prassi delle Autorità LAFE. Pertanto, la società *target X* non verrebbe qualificata quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. Di conseguenza, eventuali persone all'estero ai sensi LAFE potrebbero acquistare delle azioni della società X senza alcuna restrizione e quindi senza sottostare ad alcun obbligo di autorizzazione LAFE.

4.2.5. *Trattamento di gruppi societari (approccio consolidato)*

Nella prassi, ci si trova sovente confrontati con articolate strutture societarie e gruppi societari riuniti in un unico complesso industriale. Di

norma, a capo di tali gruppi figura una società madre, che – quale società *holding* – detiene le partecipazioni delle rispettive società controllate. A seconda della struttura del gruppo, possono esserci più livelli di partecipazione, con sottostrutture e *holding* intermedie. Nella maggior parte dei casi, gli attivi della società *holding* a capo del gruppo sono composti unicamente dalle partecipazioni nelle società controllate. Tali società *holding* non sono società operative, né detengono direttamente immobili o fondi. Il portfolio immobiliare viene di regola detenuto direttamente dalle singole società controllate. In questi casi, la società *holding* detiene, a sua volta, negli attivi, le partecipazioni nelle società immobiliari (ovvero nelle società figlie, titolari dei portfoli immobiliari). In caso di acquisizioni societarie, l'investitore, di norma, prospetta l'acquisto delle azioni della società madre *holding*. In questo modo, l'investitore acquista – indirettamente – anche il controllo delle società figlie controllate (e dei loro relativi *assets*, immobiliari e non).

È necessario pertanto analizzare la corretta trattazione LAFE dei casi di acquisto di quote di una società madre *holding*, le cui società controllate sono (almeno in parte) società immobiliari. La dottrina è unanime nel ritenere che, in simili fattispecie, si debba adottare un approccio di tipo consolidato, e meglio una visione consolidata a livello della società *holding* (*Konsolidierungstheorie* o *Theorie der Gesamtbetrachtung*)⁶⁰. Per effetto di questa teoria, si deve valutare la composizione e la struttura dell'intero gruppo societario, analizzando i valori sulla base di un bilancio consolidato del gruppo⁶¹. Soltanto qualora l'intero gruppo societario – considerato in una visione globale come un'unica società – qualifichi, in virtù del calcolo/proporzione, quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, l'acquisto di quote della società madre *holding* soggiacerebbe ad autorizzazione LAFE⁶².

⁶⁰ MÜHLEBACH/GEISSMANN, 1986, ad art. 4, pag. 45 seg., n. 31; GEISSMANN/HUBER/WETZEL, 1998, pag. 64, n. 178; WATTER/SCHNELLER, 2007, pag. 249; SCHENKER, 2016, pag. 545; TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 102; CALEFF, 2016, pag. 152; BAUMGARTNER/HAUSER, 1999, pag. 89.

⁶¹ SCHENKER, 2016, *ibidem*.

⁶² Cfr. WATTER/SCHNELLER, 2007, *ibidem*; GEISSMANN/HUBER/WETZEL, 1998, *ibidem*.

In altre parole, nel calcolo/proporzione esposto al precedente paragrafo 4.2.1, occorre indicare, quale numeratore, il valore di tutti i fondi soggetti ad autorizzazione LAFE detenuti da tutte le società facenti parte del gruppo societario, rapportandoli così alla totalità degli attivi (consolidati) del gruppo medesimo. Quest'ultimo dato potrà essere ripreso dal conto di gruppo (se presente rispettivamente se prescritto dalla legge), da eventuali bilanci aggregati o da particolari ricostruzioni economiche.

Il calcolo può essere così riassunto:

$\frac{\text{Fondi soggetti ad autorizzazione}}{\text{Attivi totali (consolidati) del gruppo}} > 20-25\% \rightarrow \text{Obbligo di autorizzazione}$
--

Questa fattispecie potrebbe indurre nella tentazione di eludere la legge. Nel caso infatti di successive ristrutturazioni del gruppo, un eventuale azionista estero di minoranza tollerato in precedenza potrebbe trovarsi (a seguito ad esempio dello scorporo di una società «operativa» non immobiliare controllata o della cessione di attivi non immobiliari rilevanti) azionista di una società immobiliare. Di principio un acquisto oggetto della decisione positiva di accertamento di non assoggettamento non potrà più essere messo in discussione neppure nel caso in cui la situazione sia mutata e non più conforme alla LAFE, ciò in forza della garanzia dei diritti individuali del proprietario (*Bestandesgarantie*). Tuttavia se questo risultato era già stato pianificato in precedenza, ossia al momento dell'acquisto del pacchetto azionario da parte della persona estera, è evidente che si tratta di una fattispecie elusiva alla LAFE. Come tale, non solo la prevista ristrutturazione non verrebbe autorizzata ma pure l'acquisto azionario iniziale sarebbe nullo⁶³.

4.3. *Aspetti pratici*

4.3.1. *Raccolta della documentazione ai fini di una due diligence*

Nella fase preliminare all'acquisto di quote di una società proprietaria di fondi, in particolar modo nell'ambito di una *due diligence*, occorrerà re-

⁶³ Sul tema della frode alla LAFE si veda ALBISETTI SIMONE, *Facta lex inventa fraus*: la raffinatezza dell'elusione della legge, in RtiD 2018 I, pag. 369 segg.

perire tutte le informazioni necessarie per determinare la possibile qualifica della società *target* quale società immobiliare. Con particolare riferimento alle verifiche in merito alla qualifica giuridica delle società immobiliari miste, è indispensabile chiedere al venditore o far allestire *ex novo* una perizia in merito alla valutazione immobiliare dei singoli fondi della società *target*. Allo stesso tempo, occorre determinare il valore di mercato di tutti gli attivi della società, ritenuto come il dato che si riferisce al valore complessivo degli attivi totali sia decisivo per quantificare la voce denominatore nel calcolo in esame. Sarà opportuno produrre i bilanci e i conti economici almeno degli ultimi tre anni, così da permettere all'Autorità LAFE di accertare la presenza consolidata degli attivi, escludendo così qualsiasi tentativo artificioso di aumento degli attivi finalizzato elusivamente all'operazione fondiaria⁶⁴. Parimenti opportuna l'indicazione da parte del management della società circa le intenzioni strategiche societarie, passate e soprattutto future, che possano avere un'incidenza sui bilanci societari e quindi di riflesso anche sugli equilibri in ottica LAFE.

Mediante l'ausilio degli estratti del registro fondiario, delle mappe e piani catastrali⁶⁵, di attestazioni dell'ufficio tecnico, di fotografie (*google earth* e *google street view*) ed eventuali sopralluoghi, sarà possibile determinare lo stato e la natura dei fondi di proprietà della società *target* nonché l'estensione di eventuali superfici di riserva. Sulla base della rilevante documentazione, il giurista sarà chiamato ad argomentare e a dimostrare all'Autorità di I istanza LAFE che determinati terreni, benché apparentemente liberi (e quindi con ulteriori potenzialità edificatorie sfruttabili), in realtà vengano utilizzati effettivamente a fini industriali/commerciali (ad esempio quale deposito, posteggio o via d'accesso). Oltre ai documenti concernenti la descrizione dei fondi, occorrerà ovviamente analizzare i documenti personali dell'acquirente/investitore, in particolar modo passaporti, permessi per stranieri nonché, se del caso,

⁶⁴ MÜHLEBACH/GEISSMANN, 1986, ad art. 4, pag. 43, n. 27 *in fine*.

⁶⁵ La misurazione ufficiale, approvata dal Cantone e riconosciuta dalla Confederazione, che serve quale base per l'impianto e la tenuta del registro fondiario definitivo, è visionabile e scaricabile on-line al sito www.ti.ch/mu [consultato il 30 luglio 2018].

tutta la documentazione usualmente richiesta in relazione a permessi B UE/AELS secondo la Direttiva della Divisione della giustizia del 16 aprile 2013⁶⁶.

4.3.2. In dubio: *istanza di non assoggettamento alla LAFE*

L'analisi di questa fattispecie da parte del giurista deve essere improntata alla prudenza. Il rischio che non siano stati valutati tutti gli elementi rilevanti, ad esempio nei complessi casi di gruppi societari con detenzioni azionarie a più livelli, potrebbe condurre il giurista a sottovalutare tale aspetto e ad assumersi la responsabilità di aver indotto in errore l'acquirente e il management della società. Per questo motivo, in caso di dubbio, anche per fattispecie all'apparenza poco problematiche, è preferibile inoltrare all'Autorità LAFE competente un'istanza di accertamento di non assoggettamento alla legge⁶⁷.

Giusta l'art. 17 LAFE, al più tardi dopo la conclusione del negozio giuridico (ad esempio la stipula del contratto di compravendita d'azioni), l'acquirente il cui obbligo d'autorizzazione non può essere escluso a priori deve chiedere l'autorizzazione LAFE o far accertare che egli non sottostà a tale obbligo (istanza di accertamento di non assoggettamento alla LAFE)⁶⁸. Nel caso di compravendite di azioni, la richiesta di autorizzazione o di non assoggettamento LAFE va richiesta al più tardi dopo la conclusione del contratto d'acquisto (*signing*), e – in ogni caso – prima del perfezionamento dell'operazione (*closing*)⁶⁹. Se l'operazione in esame dovesse soggiacere all'obbligo dell'autorizzazione LAFE, non sarà possibile perfezionare l'acquisto (*in casu* extra-tabulare, ovvero il trasferimento delle azioni compravendute) senza un'autorizzazione cresciuta in giudicato, che – come visto sopra – ben difficilmente potrà essere ot-

⁶⁶ Scaricabile dal sito www4.ti.ch/fileadmin/DI/Formulari/RF/DIR20130416-Prassi_UR_2013.pdf [consultato il 30 luglio 2018].

⁶⁷ GEISSMANN/HUBER/WETZEL, 1998, pag. 61, n. 170; WATTER/SCHNELLER, 2007, pag. 252 seg.; SCHENKER, 2016, pag. 548; TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 103; CALEFF, 2016, pag. 153.

⁶⁸ CALEFF, 2016, pag. 153 seg.

⁶⁹ TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 2013, pag. 581, n. 119; CALEFF, 2016, pag. 154.

tenuta alla luce dei limitati motivi d'autorizzazione previsti dalla legislazione LAFE⁷⁰.

4.3.3. Exit strategies in caso di obbligo di autorizzazione LAFE

Come esposto in precedenza, in caso di obbligo d'autorizzazione LAFE, qualora nessuna delle eccezioni previste dalla legge dovesse essere applicabile, l'esecuzione dell'acquisto del pacchetto azionario (*closing*) sarebbe possibile unicamente in virtù di un'autorizzazione concessa dalla competente Autorità LAFE, che, tuttavia, considerata la portata limitata dei motivi di autorizzazione previsti, non potrà essere ottenuta⁷¹. Pertanto, la prospettata transazione non potrebbe essere eseguita e il relativo progetto d'acquisto dovrebbe di principio venir abbandonato, obbligando così il venditore a trovare nuovi investitori.

Quale via alternativa, la prospettata operazione potrebbe tuttavia essere strutturata diversamente, in modo tale da escludere l'obbligo di autorizzazione LAFE. Una valida soluzione potrebbe essere quella di vendere a un terzo acquirente, che non sia una persona all'estero ai sensi LAFE, una parte dei fondi soggetti ad autorizzazione LAFE della società *target*. In questo modo, la quota di fondi soggetti ad autorizzazione LAFE della società *target*, e quindi la voce numeratore nel calcolo/rapporto suesposto, verrebbero diminuiti, così da ridurre la relativa percentuale sotto al valore di soglia tollerato dall'Autorità. Tale vendita andrebbe ovviamente eseguita prima della perfezione della transazione (*closing*)⁷².

4.3.4. Clausole del contratto di compravendita di azioni

In caso di possibile obbligo di autorizzazione LAFE, occorrerà inserire nel contratto di compravendita d'azioni (*Share and purchase agreement* o *SPA*) delle apposite clausole relative alle condizioni di perfezionamento (*Conditions precedent to closing* o *Vollzugsbedingungen*). In particolar modo, dovrà essere assicurato nel contratto l'obbligo a carico dell'acquirente di ottenere in suo favore, prima della perfezione del con-

⁷⁰ SCHENKER, 2016, pag. 545 seg.

⁷¹ SCHENKER, 2016, *ibidem*; TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 103.

⁷² SCHENKER, 2016, pag. 545 seg. e pag. 548; CALEFF, 2016, pag. 153.

tratto, una decisione di non assoggettamento LAFE cresciuta in giudicato⁷³. Allo stesso tempo, si dovrà se del caso inserire nel contratto un obbligo in capo al venditore di procedere preliminarmente con la cessione di alcuni fondi (soggetti ad autorizzazione LAFE) a un terzo acquirente, che non sia qualificabile come persona all'estero ai sensi LAFE⁷⁴.

Nell'elaborazione di tali clausole, occorrerà considerare che le tempistiche necessarie per espletare una procedura di non assoggettamento LAFE possono durare alcuni mesi, prima di ottenere una decisione cresciuta in giudicato. Allo stesso modo, bisognerà regolare e chiarire alcuni aspetti pratici legati all'inoltro di tali istanze di non assoggettamento LAFE. Nel dettaglio, occorrerà, in particolar modo, stabilire chi agirà quale istante (di regola l'acquirente), regolare determinati obblighi di collaborazione, di cooperazione e di informazione (solitamente a carico del venditore, che dovrà mettere a disposizione dell'acquirente i dati necessari per effettuare le verifiche del caso) nonché prevedere specifici obblighi di confidenzialità⁷⁵. Infine, nell'elaborazione del contratto di compravendita d'azioni, si dovrà tenere debitamente in considerazione sia eventuali oneri e condizioni LAFE precedentemente imposti a carico del venditore, che – d'altro canto – eventuali nuovi oneri e condizioni che verranno ordinati, a carico dell'acquirente, nella (futura) decisione di autorizzazione LAFE rispettivamente di non assoggettamento LAFE (paragrafo 6)⁷⁶.

4.4. Conclusioni

La legislazione LAFE non traccia esplicitamente i criteri da adottare per determinare se una società immobiliare mista sia da considerare come una società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. Queste società (immobiliari miste) sono caratterizzate dalla presenza di un portfolio immobiliare misto, avendo le stesse sia fondi utilizzati come stabi-

⁷³ SCHENKER, 2016, *ibidem*; TSCHÄNI/DIEM, 2013, pag. 103; TSCHÄNI/DIEM/WOLF, 2013, pag. 581, n. 119; CALEFF, 2016, *ibidem*.

⁷⁴ CALEFF, 2016, *ibidem*.

⁷⁵ TSCHÄNI/DIEM, 2013, *ibidem*; CALEFF, 2016, pag. 153 e 155.

⁷⁶ CALEFF, 2016, pag. 155.

limenti d'impresa non soggetti alla LAFE che fondi di tipo abitativo/residenziale. La dottrina è concorde sul fatto che, ai fini della corretta qualifica LAFE, non sia determinante il mero scopo (formale) statutario, bensì l'attività effettiva perseguita dalla società. Pertanto, lo scopo statutario, così come iscritto a registro di commercio, funge semmai quale mero indizio sull'attività svolta dalla società. Quale criterio pratico di riferimento, nella dottrina maggioritaria si propone di analizzare la proporzione/rapporto fra i fondi soggetti ad autorizzazione LAFE della società *target* (rispettivamente dell'intero gruppo societario) per rispetto agli attivi totali della società stessa (rispettivamente dell'intero gruppo societario). Tale criterio è abitualmente riconosciuto e utilizzato anche nella prassi. Qualora questo rapporto, espresso in percentuale (%), risulti essere maggiore a un determinato valore soglia, la società *target* in esame verrebbe qualificata a tutti gli effetti quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. Di conseguenza, l'acquisto di anche solo un'azione (o buono di partecipazione) di tale società comporterebbe un obbligo d'autorizzazione LAFE ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 LAFE. Secondo la maggior parte degli autori, determinanti ai fini dell'analisi rispettivamente del calcolo sono i valori di mercato degli attivi (ivi compresi quindi degli attivi immobiliari). La dottrina è invece largamente divisa in merito al valore di percentuale/soglia da adottarsi. Personalmente riteniamo che una soglia massima del 33% possa essere ritenuta conforme agli scopi perseguiti dalla LAFE, con i distinguo esposti al paragrafo 4.2.3. Dal canto suo, l'attuale prassi delle Autorità LAFE, adottando una posizione prudente, accetta – di principio – una soglia percentuale pari a circa il 20/25%. Stante questo regime di incertezza *quo* i limiti percentuali da adottarsi per una corretta qualifica delle società immobiliari (miste), si reputa opportuno un approccio accorto da parte del consulente giuridico che gestisce l'operazione, prediligendo se del caso l'inoltro di un'istanza di accertamento del non assoggettamento alla LAFE.

In conclusione, il metodo/criterio proposto dalla dottrina per determinare la qualifica LAFE delle società immobiliari miste consente un'analisi globale della fattispecie. In questo modo, viene esaminato se la società *target* (o l'intero gruppo societario al quale la società *target* appartiene) qualifichi – nel suo insieme – quale società immobiliare ai sensi dell'art.

4 cpv. 1 lett. e LAFE. La verifica non viene limitata esclusivamente alle caratteristiche del singolo fondo, bensì occorre analizzare l'intero portafoglio immobiliare rilevante ai fini LAFE detenuto dalla società *target*, rapportandolo alla quota di attivi della società. Da un profilo LAFE, il metodo in esame semplifica di gran lunga il trasferimento di portfoli immobiliari nell'ambito di acquisizioni di pacchetti azionari (*share deals*). Infatti, in questo modo, e nei limiti espressi dalla soglia percentuale tollerata, sarà quindi possibile trasferire – indirettamente – fondi soggetti ad autorizzazione LAFE che, altrimenti, se presi singolarmente, non avrebbero potuto essere acquistati per effetto delle limitazioni della LAFE. Ogni singolo trasferimento tabulare di fondi, ad esempio nell'ambito di un *asset deal*, soggiace infatti di principio ad una verifica individuale da parte dell'Autorità di I istanza LAFE; in mancanza di un'eccezione ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE, si necessita quindi, per ogni fondo, un'apposita decisione LAFE⁷⁷.

Dal punto di vista della LAFE, l'acquisto di un pacchetto azionario (*share deal*) permette quindi un maggior margine di manovra rispetto a un trasferimento tabulare dei singoli fondi (*asset deal*). Chiaramente, la scelta fra le due varianti – *share deal* o *asset deal* – dipenderà anche da altri fattori (quali, ad esempio, prescrizioni di forma dei rispettivi contratti, esigenze di confidenzialità e di evitare iscrizioni in pubblici registri, tasse di iscrizione a registro fondiario, costi notarili o motivazioni fiscali).

5. Lo scabroso nodo gordiano della posizione preponderante estera

5.1. Punto di questione

Risolta la questione *quo* alla determinazione di società immobiliare *ex* art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE e di società immobiliare (mista) non soggetta alla LAFE, vi è da chiedersi in che modo la verifica della presenza di una posizione preponderante estera secondo l'art. 5 cpv. 1 lett. c LAFE in

⁷⁷ SCHENKER, 2016, pag. 545 seg.

combinato con l'art. 6 LAFE sia da considerare nella conclusione della transazione.

Per una maggiore chiarezza espositiva, occorre distinguere due differenti fattispecie, e meglio l'acquisto tabulare di fondi da parte di una società immobiliare e l'acquisto di quote di una società immobiliare.

5.2. *Acquisto tabulare di fondi da parte di una società immobiliare*

5.2.1. Punto di partenza: due decisioni datate del Tribunale federale

Come già evidenziato nel presente contributo, non sempre il Tribunale federale è stato chiamato a esprimersi su questioni cruciali e critiche legate all'applicazione della LAFE. Per una di queste, ovvero la presenza estera e il grado di preponderanza nelle società immobiliari, si deve fare capo a due decisioni emanate circa trent'anni fa sotto l'egida delle precedenti leggi in materia.

Nella DTF 109 Ib 95 il Tribunale federale ha analizzato la portata dell'art. 2 lett. c del Decreto federale concernente l'autorizzazione per l'acquisto di fondi da parte di persone all'estero del 21 marzo 1973 (*Lex Furgler*). Di interesse, prima di entrare nel merito della decisione, le considerazioni sulla genesi di tale norma (dal seguente testo: «*All'acquisto di fondi è parificato l'acquisto di: [...] c. quote del patrimonio di persone giuridiche o di società di persone senza personalità giuridica il cui patrimonio consiste interamente o prevalentemente in fondi*»), esposta attingendo ai materiali del relativo messaggio⁷⁸. Il Consiglio federale proponeva di indicare nel disegno della citata norma una soglia del 25% sotto la quale l'acquisto di quote non sarebbe stato soggetto alla legge⁷⁹. Tuttavia la Commissione del Consiglio nazionale ha respinto questo allentamento sia per le difficoltà di applicazione che per il potenziale elu-

⁷⁸ Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero del 25 ottobre 1972, n. 11405, FF 1972 II 1029 segg.

⁷⁹ Disegno di legge: «*[...] c. quote del patrimonio di persone giuridiche o di società di persone senza personalità giuridica il cui patrimonio consiste interamente o prevalentemente in fondi, sempreché più del 25 per cento delle quote sia così riunito in mano straniera*», FF 1972 II 1029, pag. 1058.

sivo. Da ciò il Tribunale federale ha ritenuto che la norma fosse non solo da interpretare ma anche da applicare in senso stretto (consid. 4.a) e ha così stabilito che la costituzione *ex novo* di una società immobiliare con una presenza estera minoritaria fosse soggetta all'obbligo di autorizzazione (consid. 4.d)⁸⁰.

Anche nella successiva DTF 115 Ib 102 il Tribunale federale ha esposto brevemente l'evoluzione della volontà del legislatore al momento dell'adozione della LAFE del 1983. In materia di acquisto di quote di persone giuridiche, il Consiglio federale aveva proposto di far dipendere l'assoggettamento alla legge da due fattori cumulativi: gli attivi della persona giuridica dovevano essere costituiti per più di 1/3 da fondi in Svizzera e le persone all'estero dovevano ottenere con tale acquisto una posizione preponderante. Il Consiglio federale, richiamando la giurisprudenza di cui alla DTF 106 Ib 83, riteneva infatti che l'acquisto di una partecipazione in una persona giuridica non originava sempre un influsso sui fondi costituenti il patrimonio della società. Temeva altresì che la subordinazione al regime dell'autorizzazione in caso di acquisto di una partecipazione minima (anche di una sola azione) di una persona giuridica avrebbe potuto provocare la paralisi della borsa, considerato come il patrimonio immobiliare della maggior parte delle grandi aziende rappresentava più di 1/3 dei loro attivi⁸¹. Durante i dibattiti parlamentari, la proposta del Consiglio federale è stata recepita limitatamente alle società immobiliari *lato sensu*. Il Parlamento ha infatti deciso di introdurre una norma più rigida per le società immobiliari *stricto sensu*: per queste ul-

⁸⁰ «Der Erwerb von Grundstücken durch bestehende Gesellschaften mit Minderheitsbeteiligung von Personen im Ausland ist bewilligungsfrei, ebenso die Umwandlung einer Betriebsgesellschaft mit ausländischer Minderheitsbeteiligung in eine Immobiliengesellschaft; Neugründungen von Immobiliengesellschaften mit gleichen Beteiligungsverhältnissen sind dagegen bewilligungspflichtig. Diese Unterschiede wurden vom Parlament bewusst nicht beseitigt. Das gesetzgeberische Motiv braucht nicht nur in der Abwehr von Umgehungsgefahren oder Anwendungsschwierigkeiten zu liegen; es kann der Zweckrichtung des BewB entsprechend ein selbständiger Grund sein, bestehende Gesellschaften in ihrer Tätigkeit nicht zu hemmen, aber neue Ausländerbeteiligungen an Immobiliengesellschaften abzuwehren».

⁸¹ Messaggio concernente una legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero e l'iniziativa popolare «contro la vendita del territorio» del 16 settembre 1981, n. 81.062, FF 1981 III 521, pag. 559 seg.

time, anche l'acquisto di una sola quota doveva essere soggetto ad autorizzazione⁸². Partendo dalla constatazione che anche questa nuova legge era stata concepita allo scopo di rinforzare i mezzi di lotta all'elusione e che il Parlamento aveva introdotto una norma più severa per le società a scopo immobiliare (*stricto sensu*), il Tribunale federale ha confermato il principio secondo cui ogni acquisto da parte di uno straniero di anche una sola quota di queste persone giuridiche è soggetto ad autorizzazione indipendentemente dalla rilevanza della dominanza straniera nella società (consid. 2).

Dal testo della LAFE 1983 a quello attuale, vi sono stati degli sviluppi e delle aperture – *in primis* quelle che interessano le società quotate in una borsa svizzera nonché l'acquisto di fondi per stabilimenti d'impresa – con una rilevante incidenza anche sulla fattispecie delle società immobiliari. Le summenzionate decisioni del Tribunale federale, benché allo stato attuale rappresentino l'unica giurisprudenza di riferimento, non trovano – a nostro avviso – un riscontro diretto nel testo di legge LAFE oggi in vigore. Sarebbe senz'altro auspicabile che il Tribunale federale possa nuovamente esprimersi sulle questioni in esame, fra tutte, in merito alla qualifica di una società immobiliare, all'acquisto di quote di tali società immobiliari nonché all'acquisto tabulare di fondi ad opera delle stesse.

5.2.2. Prassi delle Autorità cantonali di I istanza LAFE

Secondo la prassi delle Autorità cantonali di I istanza LAFE, nell'ambito di un acquisto tabulare di fondi da parte di una società immobiliare, nes-

⁸² Sono così state varate alla fine due disposizioni, l'art. 4 cpv. 1 lett. d) per le società immobiliari *lato sensu* («l'acquisto della proprietà o dell'usufrutto su una quota di una persona giuridica, i cui attivi, secondo il loro valore effettivo, sono costituiti per più di un terzo da fondi in Svizzera, nella misura in cui persone all'estero ottengano o rafforzino, con tale acquisto, una posizione preponderante»), ossia il testo proposto dal Consiglio federale) e l'art. 4 cpv. 1 lett. e) per le società immobiliari *stricto sensu* («l'acquisto della proprietà o dell'usufrutto su una quota di persona giuridica il cui scopo effettivo è l'acquisto di fondi»); in seguito il legislatore ha abrogato l'art. 4 cpv. 1 lett. d), mantenendo tuttavia la disposizione per le società immobiliari *stricto sensu* [v. nota 31]; si veda anche MÜHLEBACH/GEISSMANN, 1986, ad art. 4, pag. 39 segg., n. 24 segg.

suna azione può essere detenuta da persone all'estero LAFE, qualora la stessa società sia neo costituita o attiva da poco e abbia lo scopo preciso di acquistare dei fondi di tipo abitativo/residenziale. In altre parole, secondo questa prassi, per quei casi specifici di società immobiliari neo costituite o attive da poco non troverebbe applicazione l'art. 6 LAFE: ne consegue che una società qualificabile quale società immobiliare non potrebbe acquistare alcun fondo soggetto ad autorizzazione LAFE nel caso in cui una persona all'estero dovesse detenere anche solo un'azione.

Questa prassi si inserisce nel solco tracciato dalle predette decisioni del Tribunale federale. Come visto sopra, le decisioni concernevano tuttavia di principio l'acquisto di quote di società immobiliari rispettivamente la costituzione di tali società, imponendo un obbligo di autorizzazione LAFE per la costituzione *ex novo* di società immobiliari con una presenza estera anche solo minoritaria. In virtù di un'applicazione estensiva e analogica di tali decisioni, le Autorità cantonali di I istanza LAFE sottopongono all'obbligo di autorizzazione l'acquisto tabulare di fondi da parte di società immobiliari (neo) costituite e aventi lo scopo preciso di acquistare dei fondi di tipo abitativo/residenziale.

5.2.3. *Questioni controverse*

La predetta prassi delle Autorità cantonali di I istanza LAFE, adottata sulla scia della linea rigorosa indicata dal Parlamento e dal Tribunale federale in materia di trattazione di società immobiliari, porta a una divergenza di applicazione con i principi generali e le disposizioni dell'attuale testo di legge. Secondo questi ultimi, l'acquisto di un fondo soggiace ad autorizzazione qualora siffatto acquisto venga effettuato ad opera di una persona all'estero ai sensi dell'art. 5 LAFE. Nella fattispecie qui in esame, sono considerate persone all'estero – giusta l'art. 5 cpv. 1 lett. c LAFE – le persone giuridiche che hanno la sede statutaria ed effettiva in Svizzera e nelle quali persone all'estero occupano una posizione preponderante. Secondo l'art. 6 cpv. 1 LAFE, una persona all'estero occupa una posizione preponderante se, in virtù della sua partecipazione finanziaria, del suo diritto di voto o per altri motivi, può (da sola o congiuntamente con altre persone all'estero) esercitare un influsso decisivo su l'amministrazione o la direzione della società in esame. La posizione preponde-

rante di persone all'estero in una persona giuridica è – in particolare – presunta (cfr. art. 6 cpv. 2 LAFE) se esse possiedono più di un terzo del capitale azionario o dispongono di più di un terzo dei voti nell'assemblea generale (o se mettono a disposizione della persona giuridica mezzi finanziari rimborsabili che superano la metà della differenza tra i suoi attivi e i suoi debiti verso persone non sottostanti all'obbligo dell'autorizzazione).

Da una mera analisi del tenore di legge, l'acquisto di un fondo da parte di una società con sede in Svizzera soggiace all'obbligo di autorizzazione LAFE unicamente qualora quest'ultima – in virtù dell'applicazione dei succitati criteri dell'art. 6 LAFE – presenti una posizione preponderante estera, e ciò indipendentemente dal fatto se la società qualifichi o meno quale società immobiliare. Questo concetto si scontra tuttavia con la prassi delle Autorità cantonali di I istanza LAFE, secondo cui per quei casi specifici di società immobiliari neocostituite o attive da poco non trova applicazione l'art. 6 LAFE.

Alla luce di quanto precede, occorre – a nostro avviso – chiarire i seguenti tre quesiti: i) se la prassi delle Autorità cantonali di I istanza LAFE vada applicata ad ogni tipologia di società neocostituita o attiva da poco, oppure vada limitata esclusivamente alle società immobiliari; ii) quando una società debba venir qualificata quale società immobiliare e sottostare così a questa prassi; iii) se questa prassi possa trovare applicazione anche per società esistenti da tempo e attive in settori «operativi» (ad esempio, quali società di costruzioni), che – ad un certo momento – procedono all'acquisto tabulare di un fondo di tipo residenziale/abitativo.

Per quanto attiene alla prima questione, riteniamo opportuno limitare l'applicazione della prassi delle Autorità cantonali di I istanza LAFE alle società immobiliari ai sensi LAFE. Infatti, quest'ultime erano *in primis* oggetto di discussione delle predette decisioni del Tribunale federale. Pertanto, qualora una società non dovesse qualificare quale società immobiliare, tale prassi restrittiva non dovrebbe, a nostro avviso, trovare applicazione.

Ritenuto come la LAFE, e meglio l'art. 5 cpv. 1 lett. c e l'art. 6 LAFE, non preveda alcuna distinzione in materia, la risposta al secondo quesito

va trovata adottando i criteri applicabili all'acquisto di quote di società (immobiliari) miste. Solo un'analisi degli attivi (rispettivamente dei fatturati/utili) della società in esame, alla luce dei valori di soglia/proporzioni esposte al paragrafo 4.2, permette di definire se la società in esame debba esser qualificata quale società immobiliare. Un rapporto/proporzione esiguo, sotto la soglia percentuale, dimostrerebbe in modo chiaro che la società non persegue un'attività primaria di carattere immobiliare, ma bensì che l'operatività della società stessa e i rispettivi proventi si baseranno anche in futuro – ovvero anche in seguito all'acquisto del fondo di tipo residenziale/abitativo in esame – pressoché esclusivamente sulla sua attività «operativa» principale (ad esempio nell'ambito delle costruzioni).

Sul terzo quesito, ritenuto il criterio esposto nella DTF 109 Ib 95 consid. 4.d), riteniamo che la prassi in esame vada limitata alle società neocostituite o attive da poco. Quest'ultima categoria contempla quelle società che sono state costituite apparentemente con uno scopo di matrice non immobiliare, ma che – sin da subito – hanno concentrato la loro attività nella compravendita di fondi di tipo residenziale e non. In ogni caso, tale prassi non va applicata a quelle società attive da anni in un determinato settore «operativo» (ad esempio di produzione o delle costruzioni) e non aventi quale scopo societario l'acquisto di fondi di tipo residenziale/abitativo. In questi casi, infatti, devono trovare applicazione i summenzionati criteri previsti dall'art. 5 cpv. 1 lett. c LAFE in combinato con l'art. 6 LAFE: pertanto, la presenza di un azionariato minoritario estero compatibile con i limiti di cui all'art. 6 LAFE non pregiudica l'acquisto tabulare di fondi da parte di queste società. Non applicare l'art. 6 LAFE a simili fattispecie significherebbe infatti qualificare quale persona all'estero LAFE, senza alcuna differenziazione di sorta, ogni società con sede in Svizzera detenuta in minoranza da stranieri, ignorando così dei chiari disposti di legge. Ne consegue che l'acquisto tabulare di fondi soggetti all'obbligo d'autorizzazione LAFE da parte di società con sede in Svizzera attive da anni debba esser di per sé possibile, nella misura in cui l'azionariato di tali società non presenti una posizione preponderante estera ai sensi dell'art. 6 LAFE.

5.2.4. *Ultimo sviluppo giurisprudenziale*

Con una recentissima decisione, il Tribunale cantonale, Corte di diritto amministrativo e pubblico del Canton Vaud, si è espresso sull'acquisto tabulare di fondi abitativi da parte di una società immobiliare con azionariato di minoranza estero⁸³. Adottando la prassi restrittiva secondo cui in una società immobiliare di diritto svizzero non quotata in borsa e che intende acquistare un fondo abitativo non vi può essere neppure una presenza minoritaria di azionariato estero, l'Autorità vodese di I istanza LAFE aveva rigettato un'istanza di non assoggettamento avente per oggetto l'acquisto di quattro appartamenti abitativi in proprietà per piani. L'azionariato della società immobiliare acquirente, costituita nel 1972, era composto per il 94.1% da azionariato svizzero e – indirettamente – per il 5.9% da azionariato estero (si trattava di una società con sede in Svizzera, detenuta a sua volta interamente da una holding olandese). Il Tribunale cantonale ha evidenziato il principio contenuto nella DTF 106 Ib 83 consid. 1 *in fine*⁸⁴, secondo cui l'acquisto (tabulare) di fondi da parte di una società immobiliare il cui azionariato estero non occupa una posizione preponderante non è assoggettato alla LAFE (cfr. art. 5 cpv. 1 lett. c in combinato con l'art. 6 LAFE), mentre che l'acquisto di una partecipazione azionaria minima di una società immobiliare svizzera è soggetta al regime autorizzativo LAFE (cfr. art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE). Ritenuto come nel caso di specie la presenza di azionariato estero non aveva un impatto tale da essere qualificabile come preponderante e venendo quindi meno il criterio soggettivo d'applicazione della LAFE, l'operazione di acquisto dei fondi abitativi non era da considerare soggetta alla LAFE. Il Tribunale cantonale non ha mancato di criticare con durezza la prassi cantonale, ricordando che compete solo al legislatore di

⁸³ Decisione n. FO.2017.0016 CDAP dell'8 maggio 2018, scaricabile dal sito www.jurisprudence.vd.ch [consultato il 30 luglio 2018].

⁸⁴ DTF 106 Ib 83 consid. 1 *in fine*: «Demnach gilt heute nach wie vor die Regelung, dass der Erwerb eines Grundstücks durch eine Immobiliengesellschaft mit geringem ausländischem Kapitalanteil nicht bewilligungspflichtig ist, der Erwerb eines geringen Kapitalanteils an einer schweizerischen Immobiliengesellschaft, welche bereits Grundstücke erworben hat, dagegen der Bewilligungspflicht untersteht. An diese gesetzgeberische Lösung ist das Bundesgericht gebunden».

adottare gli strumenti adeguati per perseguire l'obiettivo della legge: «L'autorité intimée met en avant sa pratique constante en la matière, dont on retire qu'elle refuse aux sociétés l'autorisation d'acquérir du logement dans le canton de Vaud dès qu'il existe une participation étrangère dans son actionnariat. Cette pratique n'est pas conforme à la loi car il appartient au législateur de choisir les instruments adéquats pour atteindre le but poursuivi par la norme; il n'appartient pas à l'autorité d'étendre ou de créer de nouveaux instruments à cet égard (cf. ATF 140 II 233 consid. 5.1 p. 244; 123 III 233 consid. 2d p. 238s.)» (consid. 3.b) *in fine*). In altre parole, il Tribunale cantonale del Canton Vaud ha rilevato che in fattispecie come quella in esame debba applicarsi alla lettera il chiaro tenore del testo di legge (ovvero l'art. 6 LAFE), censurando quindi *de facto* la prassi avversa adottata in materia dall'Autorità LAFE.

La decisione cantonale qui in esame, basata essenzialmente sulla DTF 106 Ib 83, non sembra considerare le successive decisioni del Tribunale federale esposte al paragrafo 5.2.1. Essa si focalizza meramente sulla questione della presenza di una posizione preponderante estera, misconoscendo il criterio esposto nella DTF 109 Ib 95 consid. 4d) e non considerando quindi la matrice immobiliare della società acquirente. In sostanza, questa decisione sembra andare oltre l'apertura assunta dagli scriventi con il terzo quesito di cui al paragrafo 5.2.3 *in fine*. Riteniamo prudente, allo stato attuale dell'arte, di tenere in considerazione quanto esposto sopra ai paragrafi 5.2.2 e 5.2.3.

5.3. Acquisito di quote di una società immobiliare

5.3.1. Principio: nessuna rilevanza dell'insorgere di una posizione preponderante estera ai sensi dell'art. 6 LAFE

Come visto in precedenza, nell'ambito di acquisti di quote di società (*share deals*) sono ipotizzabili due distinte fattispecie: i) l'acquisto di quote di società miste che non qualificano quali società immobiliari ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE; ii) l'acquisto di quote di società immobiliari ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE.

A nostro avviso, l'acquisto di quote di una società da parte di una persona all'estero è possibile e non soggiace a obblighi di autorizzazione nella

misura in cui la società *target* stessa non sia qualificabile – sulla base dei criteri enunciati sopra al paragrafo 4.2 – come società immobiliare ai sensi dell’art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. In questi casi, la società potrà essere acquistata rispettivamente detenuta anche per intero da stranieri, senza che tale circostanza comporti alcun obbligo di autorizzazione ai sensi della LAFE, e ciò indipendentemente dall’insorgere o meno di una posizione preponderante estera ai sensi dell’art. 6 LAFE: infatti, venendo meno la qualifica quale società immobiliare ai sensi dell’art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, viene meno uno dei presupposti dell’obbligo d’autorizzazione LAFE, ovvero la fattispecie di acquisto di un fondo (si veda il paragrafo 2). Difettando di una delle tre condizioni cumulative, la transazione non dovrebbe più rientrare nel campo d’applicazione della legge.

Qualora, invece, la società sia qualificabile come società immobiliare ai sensi dell’art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, essendo data la fattispecie di acquisto di fondi ai sensi della LAFE, l’acquisizione di anche solo un’azione da parte di una persona all’estero LAFE soggiacerebbe comunque all’obbligo di autorizzazione LAFE, indipendentemente dall’insorgere o meno di una posizione preponderante estera ai sensi dell’art. 6 LAFE.

5.3.2. *Conseguenze future in seguito all’insorgere di una posizione preponderante estera ai sensi dell’art. 6 LAFE*

A prima vista, potrebbe quindi sembrare che l’acquisto della totalità o di una maggioranza delle quote di una società *target* non qualificabile quale società immobiliare ai sensi dell’art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE non abbia alcuna rilevanza dal profilo LAFE. Ciò risulta tuttavia corretto soltanto per quanto concerne la compravendita di azioni in esame (*share deal*). In futuro, ovvero in seguito a tale acquisto di quote, la società – complice la nuova struttura azionaria – avrà un azionariato composto (in prevalenza) da persone all’estero LAFE: in questo caso, la società *target*, benché sita in Svizzera, verrebbe qualificata a sua volta quale persona all’estero LAFE (cfr. art. 5 cpv. 1 lett. c in combinato con l’art. 6 LAFE). Pertanto, ogni acquisto futuro di anche un solo fondo abitativo da parte di questa società soggiacerebbe all’obbligo di autorizzazione LAFE; autorizzazione che – visti i limitati motivi d’autorizzazione previsti dalla legislazione LAFE – non potrà esser ottenuta. Ne consegue che simili società, vista la

nuova composizione del loro azionariato, risulterebbero immobilizzate ed impedita nella loro possibilità di acquistare in modo diretto (ovvero mediante un acquisto tabulare) dei fondi soggetti all'obbligo di autorizzazione LAFE.

Quest'ultime riflessioni sono paragonabili alle problematiche che possono presentarsi per le società immobiliari quotate in una borsa in Svizzera. Complice l'eccezione prevista all'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE, l'acquisto di azioni di società (immobiliari) quotate in borsa da parte di persone all'estero ai sensi LAFE non soggiace ad alcun obbligo di autorizzazione LAFE. In seguito all'acquisto di un pacchetto azionario di maggioranza da parte di uno straniero, la società in esame – benché avente sede in Svizzera – verrebbe a qualificare a sua volta quale persona all'estero ai sensi LAFE (cfr. art. 5 cpv. 1 lett. c in combinato con l'art. 6 LAFE). Ne consegue che, in futuro, ogni acquisto diretto (ovvero mediante un acquisto tabulare) di fondi abitativi da parte di tale società soggiacerebbe all'obbligo di autorizzazione LAFE: l'attività propria immobiliare di simili società verrebbe quindi di principio bloccata (fatto salvo per l'acquisto di fondi di tipo commerciale)⁸⁵. Consapevoli di tali problematiche, con l'intento di cercare di limitare l'insorgere di posizioni preponderanti estere ai sensi dell'art. 6 LAFE, queste società quotate in borsa si sono dotate – quale meccanismo di protezione – di clausole statutarie di limitazione della trasferibilità delle azioni nominative (*Vinkulierungsbestimmungen*). Base legale per simili clausole statutarie è l'art. 4 delle disposizioni finali del titolo XXVI del CO («Rifiuto dell'acquirente di azioni nominative»): per effetto di tale disposto di legge (a valere quale complemento all'articolo 685d cpv. 1 CO), una società anonima può, in virtù di una disposizione statutaria, rifiutare l'acquirente di azioni nominative quotate in borsa, in quanto e finché il riconoscimento potrebbe impedire alla società di fornire la prova richiesta dalla legislazione federale in

⁸⁵ LANTOS VIKTORIA/VOGEL ALEXANDER, *Rechtliche Hürden beim Immobilienbesitz für ausländische Investoren* (Lex Friedrich), *Zuger Steuer Praxis* 47/2011, pag. 13; FORSTMOSER PETER/PLÜSS ADRIAN, *Probleme von Publikumsgesellschaften mit der «Lex Friedrich» unter neuem Aktienrecht*, *SJZ* 89/1993, pag. 298 segg.

materia di composizione della cerchia degli azionisti⁸⁶. Nell'ambito di tali clausole statutarie, il consiglio di amministrazione viene quindi autorizzato a rifiutare un acquisto di azioni da parte di uno straniero, qualora il riconoscimento dell'acquisto comporterebbe per la società l'insorgere di una posizione preponderante estera.

5.4. Una manifesta porta aperta all'elusione

Le situazioni sovraesposte, che possono ulteriormente aggrovigliarsi con l'intersecazione di società *holding* a più livelli, costituiscono un'evidente tentazione all'elusione della legge. Un cittadino straniero intenzionato ad acquistare un immobile abitativo mediante un vettore societario misto, potrebbe in un primo tempo restare nell'ombra della società che acquisterebbe tabularmente il fondo e quindi, in un secondo momento, uscire allo scoperto e acquistare – senza bisogno di autorizzazione alcuna – l'intero pacchetto azionario di tale società che – complice una proporzione di fondi soggetti alla LAFE inferiore alla soglia tollerata – non qualifica quale società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. Da qui quindi il comprensibile approccio prudente e conservativo delle Autorità cantonali di I istanza LAFE.

Allo stesso tempo, dovrà esserci altrettanta prudenza sia da parte del giurista chiamato a fornire una consulenza che del consiglio di amministrazione e del *management* (e in una certa misura anche dei revisori), i quali dovranno tenere in considerazione di tali aspetti e degli impatti della legislazione LAFE nell'ambito della pianificazione della strategia societaria (ivi compresa della composizione della cerchia azionaria), come diremo al successivo paragrafo.

⁸⁶ DU PASQUIER SHELBY/WOLF MATTHIAS/OERTLE MATTHIAS, Basler Kommentar – Obligationenrecht II, Basilea 2016, ad art. 4 SchIT AG OR, n. 1 segg.

6. La decisione di accertamento e poi?

6.1. La decisione di accertamento di non assoggettamento alla LAFE

Una persona che dimostra un interesse attuale degno di protezione ha il diritto di chiedere all'Autorità una presa di posizione scritta vincolante sull'esistenza e la portata di un diritto o un obbligo in un caso concreto. Ciò avviene mediante una decisione di accertamento⁸⁷. Questo istituto, codificato espressamente dal diritto federale amministrativo⁸⁸, è assurto a principio generale di diritto, giacché l'interesse a conoscere preventivamente un effetto giuridico è strettamente connesso alla sicurezza del diritto⁸⁹. Tale è il caso di una domanda di accertamento di non assoggettamento alla LAFE avente per oggetto l'analisi di un'operazione immobiliare *in fieri*.

La decisione di accertamento LAFE presuppone che l'operazione immobiliare soggetta alla legge sia in uno stadio avanzato di concretizzazione. All'uopo deve essere prodotto il contratto di compravendita o, quantomeno, la sua bozza definitiva. Domande di accertamento generiche o astratte non possono per contro trovare accoglimento, difettando l'interesse degno di protezione proprio della fattispecie concreta che tocca l'istante. Usualmente alle Autorità di I istanza LAFE è chiesto di accertare il non assoggettamento alla LAFE per operazioni di acquisto di fondi da parte di società immobiliari interamente controllate da persone non estere ai sensi della LAFE e senza una presenza preponderante estera (art. 6 LAFE). La procedura di emanazione di una decisione di non assoggettamento (la cui celerità è influenzata in modo decisivo dalla completezza dell'istanza) ma soprattutto i tempi tecnici della sua crescita in giudicato, determinati dalla possibilità di ricorso sequenziale prima del-

⁸⁷ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^a ed., Zurigo 2010, pag. 201 seg., n. 895; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^a ed., Berna 2014, pag. 258 seg., n. 62 segg.

⁸⁸ Si veda l'art. 25 Legge federale sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021).

⁸⁹ MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif*, vol. II, 3^a ed., Berna 2011, pag. 186 seg.

l'Autorità cantonale legittimata a ricorrere e quindi dell'Ufficio federale di giustizia (art. 17 cpv. 2-3 LAFE), dilatano – spesso in modo gravoso per le parti – il perfezionamento del negozio giuridico. Al fine di limitare questo inconveniente, senza precludere l'efficacia dei controlli, la prassi prevede la possibilità di chiedere l'emanazione – a determinate condizioni – di una decisione diretta del Presidente dell'Autorità di I istanza LAFE di conferma del non assoggettamento. In questi casi, la persona giuridica deve presentare: i) una decisione di accertamento sul suo non assoggettamento all'obbligo dell'autorizzazione rilasciata in occasione dell'acquisto di un altro fondo, debitamente cresciuta in giudicato e che risale a non più di un anno; ii) una dichiarazione degli organi dell'acquirente (ad esempio, per società anonime, del Consiglio d'Amministrazione) che confermano che nel frattempo i rapporti di partecipazione e di finanziamento non sono mutati⁹⁰; iii) l'ultimo bilancio e conto economico (debitamente revisionati, se previsto dalla legge) della persona giuridica; iv) evidenze bancarie sull'origine del finanziamento e v) una copia dell'atto pubblico di acquisto del fondo (ulteriori riscontri documentali possono essere richiesti a dipendenza del caso concreto)⁹¹. Questa decisione viene notificata direttamente all'ufficio del registro fondiario competente, senza essere sottoposta all'Autorità cantonale di sorveglianza e all'Ufficio federale di giustizia. Si deve tuttavia sottolineare come la richiesta di procedere con l'emanazione di una decisione diretta non sia un diritto dell'istante, ma dipenda esclusivamente dal libero arbitrio del Presidente dell'Autorità di I istanza LAFE, che a dipendenza della liquidità del caso in parola può sempre decidere di sottoporre l'incarto alla commissione per una decisione ordinaria.

Nel caso di accertamento di non assoggettamento per l'acquisto di un pacchetto azionario di una società immobiliare mista, la decisione è riferita a un contesto temporale ben specifico e cristallizzato. Essa infatti è frutto della fotografia della situazione di fatto e di diritto della società

⁹⁰ Scaricabile dal sito <https://www4.ti.ch/di/dg/rf/sportello/formulari/> [consultato il 30 luglio 2018].

⁹¹ UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA (UFG), Istruzioni per gli ufficiali del registro fondiario del 1° luglio 2009, pag. 8, n. 32.31.

immobiliare mista nel preciso momento dell'emanazione della decisione. È bene tuttavia ritenere che le società immobiliari miste denotano una marcata liquidità, che può comportare in qualsiasi momento una modifica degli equilibri rilevanti in ottica LAFE. Qualora si verificasse una riduzione degli attivi non soggetti alla LAFE (mediante lo scorporo, ad esempio, di rami d'azienda operativi) oppure la società acquisisse una nuova partecipazione azionaria in una società immobiliare (che detiene numerosi fondi/immobili soggetti alla LAFE di tipo residenziale/abitativo), ecco che la soglia (percentuale) critica distintiva delle società immobiliari miste potrebbe essere varcata, divenendo così una mera società immobiliare ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. Pertanto, questa tipologia di procedure di accertamento di non assoggettamento alla LAFE deve sempre essere oggetto di una specifica analisi a ogni nuova operazione e non può godere della prassi (agevolata) di conferma del non assoggettamento mediante decisione diretta del Presidente.

6.2. *Gli oneri e il loro adempimento*

Il sistema normativo inerente l'acquisto di fondi da parte di persone all'estero, sviluppatosi a partire dal 1961, ha sempre previsto l'imposizione di oneri e condizioni, al fine di garantire che il fondo sia utilizzato conformemente al motivo per cui lo stesso è stato autorizzato ed evitare così – per quanto possibile – una violazione o un abuso della legge⁹². È stato così nella Lex von Moos con l'art. 6 cpv. 4, nella Lex Furgler con l'art. 8, nella Lex Friedrich con l'art. 14 sino al testo di legge attualmente in vigore, che recita: «*l'autorizzazione è subordinata a condizioni e oneri per garantire un'utilizzazione del fondo conforme allo scopo fatto valere dall'acquirente*» (art. 14 cpv. 1 LAFE). Ma mentre la Lex von Moos e la Lex Furgler si limitavano a dare la possibilità di decidere se imporre o meno oneri e condizioni, con la Lex Friedrich essi sono imposti d'obbligo⁹³. Il Consiglio federale, come espressamente previsto dall'art.

⁹² Sul distinguo tra oneri e condizioni si veda DTF 129 II 361, consid. 4.2 segg.; MÜHLEBACH/GEISSMANN, 1986, ad art. 14, pag. 254 seg., n. 3 e EICHENBERGER RENE, Die Behandlung des Aktienerwerbes in der Lex Friedrich, Dietikon 1992, pag. 117 seg.

⁹³ MÜHLEBACH/GEISSMANN, 1986, ad art. 14, pag. 254, n. 2.

14 cpv. 2 LAFE, ha declinato tutta una serie di condizioni e oneri minimi a tale scopo, esposti all'art. 11 OAFE. Sempre in tale disposto di legge viene indicato come l'Autorità di I istanza LAFE possa imporre anche ulteriori oneri atti ad assicurare in modo duraturo l'uso conforme allo scopo fatto valere dall'acquirente (art. 11 cpv. 3 OAFE), giacché l'elenco degli oneri di cui all'art. 11 cpv. 2 OAFE non è esaustivo⁹⁴. È evidente che l'ampio margine di manovra di cui gode in tal senso l'Autorità di I istanza LAFE trova in ogni caso i suoi limiti nei principi fondamentali del diritto amministrativo, *in primis* nella proporzionalità⁹⁵. Il Tribunale federale ha dal canto suo evidenziato come, alla luce della chiara volontà del legislatore, anche nel caso in cui non sia stato espressamente imposto un onere nella decisione emanata dall'Autorità di I istanza LAFE, l'acquirente è comunque obbligato in modo duraturo ad utilizzare il fondo in ossequio al motivo di autorizzazione⁹⁶. Va infine ricordato che la menzione a registro fondiario di un onere LAFE (art. 14 cpv. 3 LAFE in relazione all'art. 963 cpv. 2 CC) ha mero valore dichiarativo; pertanto una sua eventuale omissione non ne inficia la validità⁹⁷.

Da quanto precede risulta *prima facie* che gli oneri siano esclusivi delle decisioni di autorizzazione all'acquisto e che, per converso, le decisioni di accertamento di non assoggettamento alla LAFE ne siano esenti. Così non è. Avantutto l'art. 14 cpv. 5 LAFE prevede che nel caso di accertamento di non assoggettamento all'obbligo di autorizzazione LAFE per assenza di una posizione preponderante estera (art. 6 LAFE), la decisione deve essere vincolata dall'onere secondo cui l'acquirente, prima di ogni modifica delle condizioni che potrebbe giustificare tale obbligo, deve chiedere un nuovo accertamento. D'altro canto, il Tribunale federale ha rilevato come anche le decisioni di accertamento del non assoggettamento al regime autorizzativo della LAFE devono poter essere assortite

⁹⁴ MÜHLEBACH/GEISSMANN, 1986, ad art. 14, pag. 255, n. 5; PERRIG JEAN-CHRISTOPHE, *L'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes à l'étranger*, Lausanne 1990, pag. 311; EICHENBERGER, 1992, pag. 118; DE BIASIO/ALBISETTI, 2017, N. 9.2, pag. 224.

⁹⁵ EICHENBERGER, 1992, *ibidem*.

⁹⁶ DTF 129 II 361, consid. 4.6; DTF 104 Ib 141, consid. 3c.

⁹⁷ MÜHLEBACH/GEISSMANN, 1986, ad art. 14, pag. 266, n. 26.

di oneri atti a garantire durevolmente un uso conforme alla legge, a difetto dei quali si potrebbero verificare situazioni elusive della legge⁹⁸.

Quali oneri occorre dunque imporre per operazioni soggette alla LAFE e inerenti a società immobiliari miste? Nel caso in cui una società dovesse acquistare direttamente un fondo abitativo mediante iscrizione a mastro della proprietà (acquisto tabulare), se dati i presupposti per una decisione di non assoggettamento alla LAFE dell'operazione, è opportuno che l'Autorità di I istanza LAFE imponga l'onere generale previsto all'art. 14 cpv. 5 LAFE («*Ove si accerti che non vi è l'obbligo dell'autorizzazione per mancanza della posizione preponderante di persone all'estero, tale accertamento dev'essere vincolato all'onere secondo cui l'acquirente, prima di ogni modificazione delle condizioni che potrebbe giustificare tale obbligo, deve chiedere un nuovo accertamento*»). Trattandosi di trasferimento tabulare della proprietà e quindi di un acquisto di fondo iscritto a registro fondiario, l'onere sarà oggetto di menzione.

Per la fattispecie di acquisto extratabulare mediante l'acquisizione da parte di una persona all'estero di azioni di una società immobiliare mista, gli oneri imposti non potranno essere oggetto di menzione a registro fondiario, giacché gravano l'acquirente del pacchetto azionario e non la società proprietaria dei fondi. Sebbene l'onere generale previsto all'art. 14 cpv. 5 LAFE parta dal presupposto della presenza preponderante estera, è ipotizzabile un suo adattamento consono alla poliedricità della fattispecie, ad esempio con questo tenore «*obbligo per l'acquirente di chiedere un nuovo accertamento prima di ogni modificazione delle condizioni che potrebbe comportare l'assoggettamento alla LAFE*». Infatti, nel caso di una società immobiliare mista, è preliminarmente rilevante l'accertamento dell'adempimento dei presupposti di tale qualifica giuridica, quindi della proporzione dei fondi soggetti alla LAFE rispetto agli attivi complessivi. Eventuali acquisti fondiari futuri, siano essi tabulari o extratabulari, potranno incidere su questo equilibrio e quindi mutarlo. Ciò anche se l'acquisto avviene da parte di un'altra società del gruppo, come visto al paragrafo 4.2.5 sul trattamento delle *holding*. Conviene pertanto valutare l'opportunità di imporre anche un onere atto a porre l'attenzione

⁹⁸ DTF 129 II 361, consid. 5.3; si veda anche DE BIASIO/ALBISETTI, 2017, pag. 225 segg.

del management della società su questo aspetto, ad esempio: «*Obbligo di sottoporre preliminarmente all'Autorità di I istanza LAFE qualsiasi ulteriore acquisto fondiario, diretto o indiretto, anche da parte di altre società del gruppo*». Va altresì osservato come il disposto dell'art. 17 cpv. 1 LAFE, secondo cui al più tardi dopo la conclusione di un negozio giuridico l'acquirente deve chiedere l'autorizzazione o l'accertamento del non assoggettamento alla LAFE costituisce di per sé una condizione implicita in tal senso. L'inserimento *expressis verbis* di un onere nella decisione avrà a ogni buon conto l'effetto pedagogico di sensibilizzare il *management* della società su tale aspetto, di guisa che possa essere esclusa qualsiasi buona fede nell'ignoranza dei limiti imposti dalla LAFE in caso di una sua futura violazione.

La fluidità di questo tipo di società, già evidenziata in precedenza, impone quindi un'accresciuta attenzione alle implicazioni legate alla LAFE anche nella gestione strategica stessa della società di competenza del consiglio di amministrazione: è sufficiente una riduzione di attivi non soggetti alla LAFE per modificare le percentuali negli attivi dei fondi soggetti alla LAFE, conducendo così la società dallo status di società (mista) non immobiliare a quella di immobiliare *tout court* ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. e LAFE. Il consiglio di amministrazione dovrà preventivamente considerare i limiti imposti dalla LAFE nella pianificazione della strategia operativa futura di una società immobiliare mista. In questo ambito riteniamo che anche all'ufficio di revisione incaricato di una revisione ordinaria incomba un obbligo di verifica delle implicazioni LAFE e di segnalazione al consiglio di amministrazione in caso dell'accertamento di violazione della legge. L'ufficio di revisione deve verificare non solo la correttezza del conto annuale, la conformità a leggi e statuto della proposta di impiego dell'utile e l'esistenza di un controllo interno (art. 728a CO⁹⁹), ma è altresì tenuto a segnalare obbligatoriamente eventuali violazioni della legge, dello statuto o del regolamento d'organizzazione (art. 728c cpv. 1 CO). Per violazioni della legge devono intendersi non solo le prescrizioni di legge inerenti alla tenuta contabile ma in generale tutti i disposti di diritto oggettivo, ad esempio viola-

⁹⁹ Codice delle obbligazioni, RS 220.

zioni del diritto fiscale, del diritto penale, della legge sulla concorrenza o della legge sulla borsa¹⁰⁰. Il Tribunale federale si è espresso chiaramente in tal senso¹⁰¹. Riteniamo quindi che anche eventuali violazioni o criticità in materia LAFE che dovessero emergere nel contesto di una revisione ordinaria di una società (o di un gruppo), dovranno essere oggetto di segnalazione da parte dell'ufficio di revisione.

7. Conclusione

La fluidità dei criteri di trattazione delle società immobiliari miste è palese. Individuato il metodo pratico di esame, è incerta la ponderazione dei vari parametri, *in primis* quello della percentuale soglia rilevante di fondi soggetti alla LAFE vis-à-vis degli attivi societari. Parimenti dibattuto e per certi versi ancora irrisolto è il nodo dell'incidenza della valutazione della presenza preponderante estera nelle varie tipologie di transazioni. A oggi solo alcuni autori si sono addentrati in queste perigliose lande inesplorate, senza tuttavia giungere a una solida conclusione sulla geografia dei territori. Con questo contributo si è voluto proporre un quadro complessivo sullo stato attuale dell'arte; tuttavia solo un intervento risolutivo del Tribunale federale – se non del legislatore – potrà togliere il velo di incognita e tracciare in modo chiaro i confini giuridici della fattispecie e della sua trattazione.

Malgrado la conclamata alea giuridica di cui la questione è intrisa, il giurista dispone di un ausilio di esplorazione decisivo: la fiaccola dell'argomentazione giuridica. In un contesto all'apparenza determinato da cifre, metrature, voci contabili e percentuali, è solo con una fine e ponderata esposizione giuridica degli argomenti che il giurista potrà portare la luce sul suo caso di specie e convincere della bontà della sua tesi l'Autorità chiamata a decidere. Cosicché anche in futuro la disquisizione giuridica sarà prerogativa dell'intelletto dell'uomo di legge, non di un asettico algoritmo.

¹⁰⁰ WATTER ROLF/MAIZAR KARIM, *Basler Kommentar – Revisionsrecht*, Basilea 2011, ad art. 728c, pag. 581, n. 16 seg.

¹⁰¹ DTF 129 III 129 consid. 7.1; STF 4P.2018/2003 del 12 ottobre 2004 consid. 2.4.1.