



RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

II - 2019

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO
HELBIG LICHTENHAHN

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

II- 2019

Simone Albisetti/Gianni Cattaneo/Andrea Porrini

**Fattispecie qualificate di costituzione
e aumento del capitale nella società anonima:
prassi, criticità ed evoluzioni**

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: – Servizi giuridici del Consiglio di Stato,
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 978-3-7190-4286-8 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-052-5 (Repubblica e Cantone Ticino)

Fattispecie qualificate di costituzione e aumento del capitale nella società anonima: prassi, criticità ed evoluzioni

Simone Albisetti/Gianni Cattaneo**/Andrea Porrini****

1. Introduzione
2. Fattispecie qualificate di costituzione e aumento del capitale
 - 2.1. Ratio delle fattispecie qualificate
 - 2.2. Conferimento in natura
 - 2.3. Assunzione di beni fissa o prevista
 - 2.4. Ulteriori fattispecie
 - 2.5. Excursus: liberazione del capitale in valuta estera
3. Criteri per il conferimento del bene
 - 3.1. Introduzione
 - 3.2. Attivabilità a bilancio del bene (Aktivierbarkeit)
 - 3.3. Trasferibilità e disponibilità del bene (Übertragbarkeit e freie Verfügbarkeit)
 - 3.4. Realizzabilità del bene (Verwertbarkeit)
 - 3.5. Ponderazione modulata
4. Relazione scritta sulla costituzione e sull'aumento del capitale
 - 4.1. In generale
 - 4.2. Aspetti formali
 - 4.3. Contenuto della relazione
 - 4.4. Adeguatezza della stima
 - 4.5. Struttura della relazione
5. Conferimento e assunzione di una ditta individuale
 - 5.1. In generale
 - 5.2. Successione a titolo singolare
 - 5.3. Successione a titolo universale

* Avvocato, notaio, LL.M., Capo sezione dei registri del Canton Ticino. L'autore si esprime a titolo personale; quanto affermato nel presente articolo non impegna in alcun modo l'Amministrazione cantonale.

** Avvocato, notaio, LL.M., FCIArb, docente SUPSI di diritto informatico e di internet.

*** Avvocato, notaio, Capoufficio del Registro di commercio del Canton Ticino. L'autore si esprime a titolo personale; quanto affermato nel presente articolo non impegna in alcun modo l'Amministrazione cantonale.

- 5.4. Un caso particolare: il decesso del titolare
- 5.5. Tasse di iscrizione
6. Conferimento e assunzione di fondi
 - 6.1. Beni conferibili
 - 6.2. Un affare a due
 - 6.3. Il terzo incomodo
7. Conferimento e assunzione di criptoaluta
 - 7.1. Introduzione
 - 7.2. Nozione e storia
 - 7.3. Qualifica delle criptoalute nel diritto svizzero
 - 7.4. Analisi e spunti statistici sul fenomeno in Svizzera
 - 7.5. Qualifica giuridica della costituzione societaria con criptoaluta
 - 7.6. Aspetti pratici e giuridici
8. Conseguenze in caso di violazione delle disposizioni legali
9. Responsabilità del promotore, del notaio e del revisore
10. Procedura in sanatoria in caso di mancata notificazione di una fattispecie qualificata
 - 10.1. In generale
 - 10.2. Caso della prevista assunzione di beni
11. Evoluzione legislativa
 - 11.1. Alla ricerca della soluzione ideale
 - 11.2. Il conferimento in natura
 - 11.3. La (prevista) assunzione di beni
 - 11.4. La «Dichiarazione Stampa»
12. Conclusione

Annesso

1. Introduzione

Le fattispecie qualificate di costituzione societaria hanno interessato il legislatore federale sin dai primissimi lavori codificatori. Infatti già nel disegno di legge sul diritto commerciale svizzero del 1865, allestito da Walther Munzinger¹, era contenuta una norma (art. 151) che regolava la

¹ Per un approfondimento sull'innovativa figura di Munzinger, si veda URS FASEL, Bahnbrecher Munzinger – Gesetzgeber und Führer der katholischen Reformbewegung (1830-1873), Berna 2003 (in particolare pag. 57 segg. inerenti alle sue attività di codificazione).

costituzione di una società mediante apporto². Il Codice delle obbligazioni del 14 giugno 1881 prevedeva una norma specifica nel caso di costituzione di società anonima mediante l'apporto di beni, nel caso di intenzione di assunzione di beni e, infine, nel caso di vantaggi particolari in favore di un azionista (art. 619)³. Con il passaggio da un sistema di concessioni cantonali a un sistema normativo, il legislatore temeva infatti l'utilizzo delle fattispecie qualificate quale mezzo di elusione dell'obbligo di liberazione del capitale. Da qui l'immediato intervento normativo con le relative misure di protezione^{4/5}. La disposizione di legge è stata successivamente affinata con le revisioni del diritto societario del 1936, 1991 e 2005⁶.

Malgrado l'esperienza maturata sull'arco di tre secoli, le fattispecie qualificate continuano a suscitare discussioni tra i giuristi e insicurezze tra gli operatori economici, poco inclini a prestarvi la necessaria attenzione. Al contempo l'evoluzione economica riconosce nuovi beni monetizzabili, che possono essere utilizzati per queste operazioni: su tutti le criptovalute, vera e propria ultima frontiera della capitalizzazione delle società⁷.

² La norma recepiva l'art. 5 della legge francese sulle società a responsabilità limitata del 23-29 maggio 1863, cfr. THEODOR BÜHLER, *Geschichte des Aktienrechts in der Schweiz 1863-1991*, Zurigo 2019, pag. 43.

³ FF 1881 III 109, pag. 239 seg. in tedesco; FF 1881 III 73, pag. 199 in francese.

⁴ MANUEL MEYER, *Die Sacheinlage im Aktienrecht*, Zurigo/San Gallo 2015, pag. 27 segg., n. 44 segg.; BÜHLER, 2019, pag. 90 seg.

⁵ Questo cambio di paradigma epocale è ben riassunto da GALGANO: «*Alla mediazione dello Stato-apparato è così sostituita la mediazione dello Stato-ordinamento [...] Presero corpo allora le norme, intese a proteggere i creditori sociali, sulla pubblicità degli atti sociali, sulla integrità del capitale, sulla responsabilità degli amministratori [...].*» (FRANCESCO GALGANO, *Lex mercatoria*, 5^a ed., Bologna 2010, pag. 159). Si veda anche BÜHLER, 2019, pag. 77 seg.

⁶ MEYER, 2015, pag. 31 segg., n. 51 segg.; BÜHLER, 2019, pag. 265 seg.

⁷ Per un parere critico sulla natura giuridica delle criptovalute secondo il diritto svizzero SAMUEL ZOGG, *Bitcoin als Rechtsobjekt – eine zivilrechtliche Einordnung*, in *Recht 2/2019*, pag. 95 segg.; si veda anche il Rapporto del Consiglio federale *Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse – État des lieux avec un accent sur le secteur financier* del 14 dicembre 2018, paragrafo 5.1.2.5 pag. 53 segg. e paragrafo 5.1.5 pag. 67 segg. (scaricabile dal sito <https://www.admin.ch/gov/it/pagina-iniziale/documentazione/comunicati-stampa.msg-id-73398.html>, consultato in data 29.8.2019).

Il presente contributo intende approfondire alcuni aspetti pratici, analizzare le criticità legate all'utilizzo di determinati beni ed esporre alcune prassi adottate dall'ufficio del registro di commercio. Al contempo sarà evidenziata la responsabilità in capo agli attori coinvolti in tali operazioni, con uno sguardo sull'evoluzione legislativa *in fieri* e una riflessione conclusiva sugli scenari che si stagliano all'orizzonte.

2. Fattispecie qualificate di costituzione e aumento del capitale

2.1. *Ratio delle fattispecie qualificate*

Le disposizioni relative alle fattispecie qualificate⁸ hanno lo scopo di garantire i principi di pubblicità e trasparenza e rappresentano delle misure di protezione volte a evitare che, mediante operazioni non lecite (*Gründungs- oder Emissionsschwindel*), una società di capitali venga immediatamente svuotata del proprio capitale (*Haftungssubstrat*)⁹, violando così il principio sancito dall'art. 624 CO, secondo cui le azioni non possono essere emesse ad un prezzo sotto alla pari, ovvero inferiore al loro valore nominale (*Deckungsprinzip, Verbot der Unterpariemission*). La sottostima del conferimento in natura, rispettivamente la sovrastima di un'assunzione di beni, comporterebbe infatti una mancata copertura del

⁸ Il termine fattispecie qualificate (*qualifizierte Tatbestände*), che comprende i casi di liberazione mediante conferimento in natura, assunzione di beni (fissa o prevista), liberazione mediante compensazione di credito, liberazione mediante capitale proprio e i vantaggi speciali, non è presente nella legge, ma è ampiamente utilizzato nella dottrina. Spesso è anche possibile trovare i termini costituzione qualificata (*qualifizierte Gründung*) oppure aumento del capitale qualificato (*qualifizierte Kapitalerhöhung*); ADRIAN PLÜSS, *Orell Füssli Kommentar – Aktienrecht Kommentar*, Zurigo 2016, ad art. 628, pag. 71, n. 2; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, pag. 143, nota a piè di pagina 1 ad n. 2.

⁹ Le considerazioni contenute nel presente contributo relative al capitale azionario, alle azioni e agli azionisti sono parimenti applicabili al capitale di partecipazione, ai buoni di partecipazione, ai partecipanti, nonché alle società a garanzia limitata, a meno che non vengano evidenziate delle differenze. Non verranno per contro analizzati gli aspetti delle fattispecie qualificate nell'ambito della società cooperativa e di quella in accomandita, visto il loro irrisorio risvolto pratico.

capitale nominale al momento della costituzione, dell'aumento del capitale o del conferimento ulteriore. Si tratta di norme a carattere imperativo¹⁰, le quali proteggono il capitale sociale (*Kapitalschutzvorschriften*) e di conseguenza anche la società stessa, i suoi attuali e futuri azionisti, i creditori, nonché tutte le altre persone che avranno delle relazioni con l'ente giuridico. In questi casi la società è tenuta a redigere e a presentare all'ufficio del registro di commercio una serie di documenti supplementari rispetto alla liberazione del capitale in denaro, segnatamente un contratto di conferimento di beni in forma scritta, una relazione scritta (paragrafo 4) e un'attestazione di un revisore abilitato. Al fine di garantire i principi della pubblicità e trasparenza, determinate informazioni relative alla fattispecie qualificata devono essere indicate nello statuto (art. 628 CO¹¹), iscritte nel registro di commercio (art. 642 CO e art. 45 cpv. 2 ORC¹²) e pubblicate nel FUSC¹³ (art. 35 cpv. 1 ORC)¹⁴.

Come detto, i principi della pubblicità e trasparenza sono in particolare garantiti dall'obbligo per la società di inserire una specifica disposizione

¹⁰ NIKLAUS DIETSCHI, *Beabsichtigte Sachübernahmen*, Zurigo/San Gallo, 2012, pag. 35, n. 85.

¹¹ Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) del 30 marzo 1911; RS 220.

¹² Ordinanza sul registro di commercio del 17 ottobre 2007; RS 221.411.

¹³ Foglio ufficiale svizzero di commercio.

¹⁴ DTF 109 Ib 95 consid. 4; LUKAS HANDSCHIN, *Zürcher Kommentar – Allgemeine Bestimmungen*, Art. 620-659b OR – Die Aktiengesellschaft, 2^a ed., Zurigo 2016, ad art. 628, pag. 707, n. 1; FRANZ SCHENKER, *Basler Kommentar – Obligationenrecht II*, 5^a ed., Basilea 2016, ad art. 628, pag. 335, n. 1 e ad art. 635, pag. 353, n. 1; CARL BAUDENBACHER, *Basler Kommentar – Obligationenrecht II*, 5^a ed., Basilea 2016, ad art. 624, pag. 318, n. 3; CARLO LOMBARDINI/CAROLINE CLEMETSON, *Commentaire Romand – Code des obligations II*, 2^a ed., Basilea 2017, ad art. 628, pag. 352, n. 1; CONRADIN CRAMER, *Zürcher Kommentar – Allgemeine Bestimmungen*, Art. 620-659b OR – Die Aktiengesellschaft, 2^a ed., Zurigo 2016, ad art. 628, pag. 707, n. 1; MARTIN WALDBURGER, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung – Art. 530-771 OR – VegüV*, Zurigo 2016, ad art. 628, pag. 283 seg., n. 4; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2009, pag. 127, n. 372 e pag. 134, n. 395; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 143, n. 2 seg. e pag. 149, n. 37; PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Aktienrecht*, Zurigo 1981, pag. 294 seg., n. 6 e pag. 317, n. 111 seg.; DIETSCHI, 2012, pag. 1, n. 1; MEYER, 2015, pag. 50, n. 91; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 71 seg., n. 4.

relativa alla fattispecie qualificata nello statuto¹⁵ e dalla sua iscrizione nel registro di commercio. A questo proposito va tuttavia precisato che, secondo l'art. 628 cpv. 4 prima frase CO, queste disposizioni statutarie possono essere abrogate dopo 10 anni oppure, senza limiti di tempo, in caso di rinuncia definitiva alla prevista assunzione di beni (art. 628 cpv. 4 seconda frase CO)¹⁶. La competenza per la modifica dello statuto spetta in tutti i casi all'assemblea generale (art. 698 cpv. 2 cifra 1 e 647 CO) e non può essere delegata al consiglio d'amministrazione¹⁷. Nella pratica il fatto che in futuro la disposizione statutaria verrà abrogata è tenuto in considerazione ad esempio con l'introduzione di un «articolo 3a» o inserendo la stessa alla fine dello statuto. Questa soluzione evita di dover rinumerare tutto lo statuto al momento della radiazione della clausola relativa alla fattispecie qualificata¹⁸. Il termine di 10 anni inizia a decorrere dalla data dello statuto, vale a dire dal giorno dell'atto di costituzione o da quello dell'atto di constatazione del consiglio d'amministrazione in caso di aumento del capitale (art. 22 cpv. 1 ORC)¹⁹. Malgrado non sia espressamente previsto dall'art. 628 cpv. 4 CO, anche le disposizioni concernenti i vantaggi speciali possono essere radiate, qualora gli stessi non siano più dovuti. In questo caso il termine decennale inizia a decor-

¹⁵ Si vedano a questo proposito le argomentazioni di alcuni autori che ritengono al giorno d'oggi superfluo l'obbligo della clausola statutaria, ritenuto come i principi della pubblicità e trasparenza siano già sufficientemente garantiti dall'iscrizione nel registro di commercio, accessibile gratuitamente e in ogni tempo da tutti (CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 736, n. 74; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 141, n. 421). Ritenuto come in futuro vi sarà l'obbligo per gli uffici del registro di commercio di mettere a disposizione gratuitamente in internet gli statuti degli enti giuridici (vedi art. 936 cpv. 2 nCO) e che la clausola statutaria contiene informazioni ulteriori o diverse rispetto all'iscrizione nel registro di commercio, questo argomento è poco condivisibile.

¹⁶ UFFICIO FEDERALE DEL REGISTRO DI COMMERCIO (UFRC), Comunicazione 1/10 del 27.10.2010 (Comunicazione 1/10), pag. 3, n. 6.

¹⁷ WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 286, n. 14; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 77, n. 18. In caso di rinuncia definitiva all'acquisto di un bene (prevista assunzione di beni), è tuttavia il consiglio d'amministrazione che deve accertare questo fatto e comunicarlo all'assemblea, la quale delibererà successivamente lo stralcio della relativa clausola dallo statuto (CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 739, n. 80).

¹⁸ WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 287, n. 14.

¹⁹ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 738, n. 79.

rere dal definitivo adempimento dell'obbligo da parte della società. Questo fatto deve essere comprovato al momento della notificazione all'ufficio del registro di commercio, qualora lo statuto non contenga nulla a tal proposito²⁰. Secondo la prassi del registro di commercio, contestualmente all'abrogazione della disposizione statutaria, è cancellata anche l'iscrizione della fattispecie qualificata nel registro di commercio²¹.

Vi è infine da precisare che le disposizioni sul conferimento in natura non trovano applicazione in caso di costituzioni o aumenti del capitale nell'ambito di operazioni di ristrutturazione ai sensi della LFus²², segnatamente in caso di fusione (art. 9 cpv. 2 LFus), di scissione (art. 33 cpv. 2 LFus), nonché di trasformazione (art. 57 seconda frase LFus)²³. La dottrina ritiene che, malgrado ciò non sia espressamente previsto dalla legge, tale esenzione si estende anche alla fattispecie dell'assunzione di beni²⁴. Secondo la dottrina maggioritaria²⁵ e la prassi degli uffici del registro di commercio²⁶, queste agevolazioni non si applicano tuttavia per le piccole e medie imprese, i cui azionisti rinunciano alla stesura del rap-

²⁰ LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 356, n. 22; SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 340, n. 20; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 739, n. 81; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 142, n. 425; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 152, n. 65. Opinione diversa di VON DER CRONE, il quale sostiene che queste clausole devono sempre rimanere nello statuto (VON DER CRONE, Aktienrecht, Berna 2014, pag. 89, n. 164).

²¹ RINO SIFFERT/ADRIAN TAGMANN, Stämpflis Handkommentar ORC, Berna 2013, ad art. 43, pag. 280, n. 34; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 739, n. 79.

²² Legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio del 3 ottobre 2003; RS 221.301.

²³ PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 72, n. 7. Non vi è invece alcuna agevolazione in caso di trasferimento di patrimonio ai sensi dell'art. 69 segg. LFus (vedi anche art. 129 cpv. 3 ORC; DIETSCHI, 2012, pag. 53, n. 133).

²⁴ DIETSCHI, 2012, pag. 52, n. 130.

²⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 421, n. 243; ANDREAS C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2^a ed., Zurigo 2012, ad art. 9, pag. 160, n. 31.

²⁶ UFFICIO FEDERALE DEL REGISTRO DI COMMERCIO (UFRC), Comunicazione 2/12 del 16.3.2012 (Comunicazione 2/12), pag. 3, n. 6; Handelsregisteramt Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, 2012, pag. 4 (scaricabile dal sito https://hra.zh.ch/internet/justiz_inneres/hra/de/einragen/haeufige_fragen.html, consultato in data 29.8.2019).

porto e dell'attestazione di fusione²⁷. In questi casi le società sono tenute a redigere una relazione scritta analoga a quella di cui all'art. 635 CO, la quale dovrà essere verificata da un revisore abilitato (art. 635a CO). Un'altra corrente della dottrina critica invece, con ampie argomentazioni, questa opinione²⁸.

L'Ufficio federale del registro di commercio ha stabilito che se la società, nonostante non fosse tenuta a farlo, abbia introdotto una disposizione statutaria relativa al conferimento in natura o all'assunzione di beni in occasione di un'operazione di ristrutturazione, può abrogarla in qualsiasi momento, senza dover rispettare il termine di 10 anni. Tuttavia, la soppressione di un'eventuale clausola statutaria, non comporta anche la cancellazione dell'iscrizione nel registro di commercio, la quale deve restare iscritta in maniera permanente. Va inoltre precisato che le disposizioni statutarie concernenti il conferimento in natura e l'assunzione di beni non possono essere soppresse in occasione della trasformazione della forma giuridica della società ai sensi degli artt. 53 segg. LFus, qualora non siano adempiute le condizioni di cui all'art. 628 cpv. 4 CO. Lo stesso discorso vale per quanto concerne l'iscrizione della fattispecie qualificata nel registro di commercio²⁹.

2.2. Conferimento in natura

2.2.1. Definizione

Si parla di conferimento in natura nel caso in cui il debito relativo alla liberazione del capitale non venga estinto in denaro, bensì mediante il trasferimento alla società di beni o altri valori patrimoniali (come beni mobili, immobili, oppure beni immateriali come brevetti o marchi)³⁰. Per

²⁷ Lo stesso discorso vale in caso di scissione e di trasformazione.

²⁸ HANS-JAKOB DIEM, *Basler Kommentar – Fusionsgesetz*, 2^a ed., Basilea 2015, ad art. 9, pag. 130 segg., n. 32 segg.; MARTIN WEBER, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG*, 3^a ed., Zurigo 2016, ad art. 9, pag. 62, n. 17.

²⁹ UFRC, *Comunicazione 2/12*, pag. 2, n. 5.

³⁰ WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 283, n. 1; SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 335, n. 3; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 708, n. 3; LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017,

poter essere conferito quale liberazione del capitale, il bene deve adempiere determinati requisiti di conferibilità (paragrafo 3). Secondo l'art. 634 CO i conferimenti valgono come copertura unicamente se sono effettuati sulla base di un contratto scritto (paragrafo 6.2).

2.2.2. *Indicazioni statutarie*

Secondo l'art. 628 cpv. 1 CO lo statuto deve indicare l'oggetto e la stima del conferimento come pure il nome del conferente e le azioni che gli sono attribuite. Nel registro di commercio, sotto la rubrica «fatti particolari», viene invece indicato che il capitale è stato liberato mediante un conferimento in natura, la data del contratto, l'oggetto del contratto e le azioni emesse a tale scopo (art. 642 CO e art. 45 cpv. 2 lett. a ORC). Non sono invece presenti il nome del conferente e la stima del bene. La legge non si esprime tuttavia sul grado di precisione di queste indicazioni.

Per quanto concerne la stima, la dottrina precisa che l'importo deve essere determinato e indicato in franchi svizzeri; un'indicazione approssimativa o generica non è invece sufficiente³¹. Nel caso in cui oggetto del conferimento siano svariati attivi oppure un'azienda, è necessario che la clausola statutaria descriva tutte le sue componenti e – se del caso – rinvii a degli allegati (quale il contratto di conferimento, il bilancio dell'azienda o un inventario). Il grado di precisione relativo alla descrizione dell'oggetto è un aspetto che può dare adito a discussioni, in particolare con l'ufficio del registro di commercio. Quest'ultimo è infatti tenuto a rifiutare l'iscrizione qualora l'oggetto dovesse essere descritto in maniera troppo generica, oppure se la stima non è stata indicata in maniera sufficientemente precisa³². Per questo motivo, in particolare nel caso in cui il bene da conferire sia insolito e difficile da descrivere, è opportuno pren-

ad art. 628, pag. 352, n. 3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 144, n. 9 seg.; FORSTMOSER, 1981, pag. 295, n. 7; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 73, n. 8 segg.

³¹ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 336, n. 4; SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 279, n. 34; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 76, n. 16. MEYER precisa che la stima può anche essere espressa in una valuta estera, a condizione che venga indicato il corso del cambio in franchi svizzeri (MEYER, 2015, pag. 283 seg., n. 577).

³² LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 352, n. 5; SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 279, n. 32 e 34; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 76, n. 16.

dere contatto con l'ufficio del registro di commercio competente per una verifica preliminare della documentazione.

In merito all'indicazione del nominativo del conferente, va precisato che, secondo parte della dottrina, se vi sono più conferenti, essi vanno tutti indicati singolarmente nello statuto³³. Le persone fisiche sono di principio da indicare con il nome, cognome e domicilio. Alcuni autori ipotizzano ulteriori elementi di identificazione, quali la nazionalità e la data di nascita; riteniamo tuttavia che queste informazioni supplementari potrebbero comportare delle implicazioni nell'ambito della legge sulla protezione dei dati. Le persone giuridiche invece si identificano con la ditta completa e la sede³⁴. A nostro avviso appare opportuno indicare anche il numero IDI, in quanto si tratta di un elemento che resta invariato anche in caso di eventuali modifiche della ditta o di trasformazione in un'altra forma giuridica.

2.3. Assunzione di beni fissa o prevista

2.3.1. Definizione

Con il concetto di assunzione di beni si intendono quei casi in cui la società assume alla costituzione o si propone di assumere in un momento successivo dei beni da azionisti o da persone loro vicine. Le disposizioni sull'assunzione di beni hanno un risvolto molto importante nella pratica, in particolare a causa delle severe conseguenze (nullità del negozio giuridico) in caso di mancato rispetto delle stesse (paragrafo 9)³⁵. Il loro scopo è in particolare quello di evitare che i principi di trasparenza e di verifica della stima (*Bewertungsprüfung*) garantiti dalle disposizioni sul conferimento in natura possano essere elusi mediante l'assunzione di un bene dagli azionisti dopo la costituzione³⁶. A differenza del conferimento

³³ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 736, nota a piè di pagina 111 ad n. 76.

³⁴ MEYER, 2015, pag. 296, n. 604 e rinvii.

³⁵ WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 283, n. 2; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 129, n. 379.

³⁶ DTF 83 II 284, consid. 3c; LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 353, n. 11; MANUEL MEYER/CHRISTIAN RIOLUT, Handelsregisterbelege bei Sacheinlagen und Sachübernahmen im Aktienrecht, REPRAX 3/2016, pag. 37; WALDBURGER, 2016, ad

in natura, nel caso dell'assunzione di beni non si tratta di un apporto di capitale in natura alla società, bensì di una modalità di utilizzo del capitale liberato al momento della costituzione o dell'aumento del capitale mediante conferimento in denaro³⁷. La fattispecie relativa all'assunzione di beni si suddivide in «fissa» e «prevista». Nel primo caso, al momento della liberazione del capitale, sussiste già l'impegno da parte della società di utilizzare lo stesso per l'acquisto di un determinato bene da un'azionista o persona a lui vicina. Nel secondo caso vi è invece solo una concreta intenzione (*feste Absicht*) di utilizzare il capitale per un futuro acquisto dopo la costituzione o l'aumento del capitale³⁸. Secondo il Tribunale federale e la dottrina maggioritaria è sufficiente che l'acquisto sia già pianificato in anticipo e che vi siano delle alte probabilità che lo stesso si realizzi³⁹. Momento determinante per stabilire se sussista o meno un'intenzione di assumere dei beni da azionisti o persone vicine, è la sottoscrizione dell'atto pubblico di costituzione, rispettivamente il momento della deliberazione da parte dell'assemblea generale in caso di aumento ordinario del capitale o quella del consiglio d'amministrazione in caso di aumento autorizzato del capitale⁴⁰. In occasione di un conferimento ulteriore, il momento determinante è quello della modifica dello statuto da parte del consiglio d'amministrazione⁴¹. A questo proposito gli uffici del registro di commercio esigono, in tutti i casi, una particolare dichiarazione mediante la quale i promotori alla costituzione (art. 43 cpv. 1 lett. h ORC) o le persone obbligate alla notificazione negli altri casi

art. 628, pag. 283, n. 3; DIETSCHI, 2012, pag. 1, n. 2 e pag. 33, n. 80; FORSTMOSER, 1981, pag. 308, n. 69; MEYER, 2015, pag. 361, n. 762; VON DER CRONE, 2014, pag. 84, n. 156.

³⁷ LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 353, n. 10; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 708, n. 4; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 129 seg., n. 379; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 145, n. 19; VON DER CRONE, 2014, pag. 84, n. 155.

³⁸ SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 280, n. 37; DIETSCHI, 2012, pag. 57, n. 142; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 722, n. 36.

³⁹ DTF 109 Ib 95 consid. 3; DTF 83 II 284 consid. 3a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 145, n. 19; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 131, n. 383; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 722, n. 36; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 74, n. 13.

⁴⁰ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 723, n. 39; DIETSCHI, 2012, pag. 63 seg., n. 159 segg.

⁴¹ DIETSCHI, 2012, pag. 65, n. 162.

(art. 46 cpv. 2 lett. g ORC per l'aumento del capitale e art. 54 cpv. 1 lett. f ORC per il conferimento ulteriore), attestano che non sussistono fattispecie qualificate all'infuori di quelle eventualmente indicate nella notificazione (denominata «Dichiarazione Stampa» o «*Stampa-Erklärung*» in onore del suo inventore)⁴². Una falsa sottoscrizione della Dichiarazione Stampa è sanzionata dall'art. 153 CP^{43/44}.

2.3.2. *Indicazioni statutarie*

L'art. 628 cpv. 2 CO prevede che, in caso di assunzione di beni fissa o prevista, lo statuto deve indicare l'oggetto dell'assunzione, il nome dell'alienante e la controprestazione della società. Nel registro di commercio, sotto la rubrica «fatti particolari», va invece iscritto che vi è un'assunzione di beni fissa o prevista, con l'indicazione della data del contratto nel primo caso, e – in tutti i casi – dell'oggetto del contratto e della controprestazione (art. 642 CO e art. 45 cpv. 2 lett. b ORC). Non vi sono invece indicazioni in merito alla persona dell'alienante.

Per quanto concerne l'indicazione dell'alienante, è di principio necessario che vi sia l'identificazione della persona fisica o giuridica o della società di persone⁴⁵. La dottrina ritiene che, qualora non sia ragionevolmente fattibile delimitare a priori la cerchia dei conferenti, è possibile prescindere dall'indicazione dei nominativi nello statuto⁴⁶. La disposizione non è inoltre da interpretare in maniera restrittiva, nel senso che il nome e cognome o la ditta della persona dell'alienante sono sufficienti, mentre non sono necessarie altre informazioni per un'inequivocabile identificazione⁴⁷.

⁴² BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 131, n. 383.

⁴³ Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937; RS 311.0.

⁴⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 126, n. 366a.

⁴⁵ SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 282, n. 42.

⁴⁶ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 338, n. 11; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 131, n. 384; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 76, n. 16. CRAMER ammetta la possibilità di prevedere una descrizione della cerchia dei potenziali alienanti (CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 737, n. 76).

⁴⁷ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 737, n. 77; DIETSCHI, 2012, pag. 171, n. 399.

Secondo la dottrina, in caso di incertezza sull'effettivo prezzo che verrà corrisposto dalla società, è sufficiente indicare l'importo massimo che la stessa è disposta a versare per il bene in questione (per il caso del superamento dell'importo massimo della controprestazione indicato, si veda il paragrafo 10). L'indicazione di un importo approssimativo non è invece ammessa e l'ufficio del registro di commercio rifiuta l'iscrizione⁴⁸. La soluzione dell'indicazione del prezzo massimo è senz'altro condivisibile, ritenuto come l'interesse dei creditori sia quello di sapere quanto defluirà al massimo dalla società all'azionista o alla persona vicina quale controprestazione per il bene assunto. Va infine rilevato che, qualora sia previsto un adattamento della controprestazione (come in caso di clausole di *earn-out*), è necessario che le modalità di calcolo (*Preis Anpassungsmechanismen*) siano indicate nello statuto e iscritte nel registro di commercio⁴⁹. La controprestazione non deve essere necessariamente indicata in franchi svizzeri, ma può anche essere espressa in una valuta estera⁵⁰.

2.3.3. Criteri di valutazione

Nella pratica risulta spesso complicato stabilire se un determinato negozio giuridico sia o meno soggetto alle disposizioni sull'assunzione di beni, in particolare nel caso della prevista assunzione⁵¹. Per questo motivo, nel corso degli anni, giurisprudenza e dottrina hanno sviluppato, o perlomeno tentato di sviluppare, dei criteri quantitativi e qualitativi di valutazione⁵².

⁴⁸ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 338, n. 11; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 131, n. 384; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 737, n. 76; DIETSCHI, 2012, pag. 172, n. 401; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 76, n. 16.

⁴⁹ CRAMER, 2016, *ibidem*; DIETSCHI, 2012, *ibidem*. Esempi in questo senso sono rappresentati dal caso della società Saab Bofors Dynamics Switzerland Ltd, Thun: «[...] sowie Immaterialgüterrechte gemäss noch zu erstellender Inventarliste zum Preis von höchstens CHF 7 000 000.00, zuzüglich einer zukünftigen gewinnabhängigen Kaufpreiskomponenten», oppure da quello della società Specogna Holding AG, Kloten: «[...] gemäss im Vertrag festgesetzter Preisfestsetzungsklausel zum Preis von höchstens CHF 2 830 000.00.».

⁵⁰ DIETSCHI, 2012, pag. 171, n. 400; FORSTMOSER, 1981, pag. 323, nota a piè di pagina 249 ad n. 141.

⁵¹ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 129, n. 379 e pag. 132, n. 387.

⁵² VON DER CRONE, 2014, pag. 85, n. 158; PETER FORSTMOSER, Une nouvelle ère dans le régime de la reprise de biens? – Remarques critiques à propos de l'ATF 128 III 178 s., REPRAX 4/2003, pag. 8.

Il Tribunale federale ha stabilito che non si è in presenza di un'assunzione di beni qualora la società assuma o si proponga di assumere dei beni di irrisoria importanza rispetto all'ammontare del capitale liberato. Deve infatti trattarsi di negozi giuridici con una «rilevante importanza economica» («*Geschäfte von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung*»), suscettibili di indebolire il capitale della società e di influenzare la scelta di futuri potenziali acquirenti delle azioni della società oppure di contraenti o creditori della stessa⁵³. La dottrina è all'unanimità dello stesso avviso⁵⁴. In particolare Böckli e Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel escludono dalla fattispecie dell'assunzione di beni tutti i negozi giuridici che rientrano nell'attività corrente e ordinaria della società (*gewöhnliche und laufende Geschäftsgang*)⁵⁵. La soluzione del Tribunale federale di escludere le operazioni «bagattella» dal meccanismo dell'assunzione di beni appare convincente. Tuttavia potrebbe crearsi incertezza nel definire da quale momento in poi un negozio giuridico possa essere considerato di «rilevante importanza economica». Per questo motivo non può dunque essere considerato quale criterio unico di determinazione, ma come uno dei possibili elementi atti a valutare se in un caso concreto si è confrontati o meno con un'assunzione di beni.

In un secondo caso l'Alta corte è invece giunta alla conclusione che le disposizioni sull'assunzione di beni non si applicano qualora l'acquisto rappresenti un'operazione che rientra indiscutibilmente nell'attività statutaria della società, indipendentemente dal fatto che il valore del bene apportato sia particolarmente rilevante. Nella fattispecie si trattava dell'acquisto all'asta (quindi da un terzo non azionista) di un importante complesso alberghiero da parte di due società che avevano nel loro scopo l'espletamento di attività e l'acquisto di immobili legati a questo setto-

⁵³ DTF 83 II 284, consid. 3c.

⁵⁴ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 337, n. 9; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 724, n. 41; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 132, n. 390a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 146, n. 23.

⁵⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, *ibidem*; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, *ibidem*. Quest'ultimo precisa tuttavia che questo criterio in sé non è sufficiente per escludere del tutto l'applicazione delle disposizioni sull'assunzione di beni (BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 132, n. 390).

re⁵⁶. La dottrina ha ampiamente criticato questa sentenza⁵⁷. Quella più recente ritiene che, dopo la riforma di legge che ha limitato l'assunzione di beni ai casi di negozi giuridici con azionisti o persone vicine, risulta essere discutibile se questa soluzione possa ancora essere considerata attuale. In questa sentenza l'intenzione del Tribunale federale sembrava infatti essere quella di trovare un modo per delimitare il campo d'applicazione dell'art. 628 cpv. 2 CO il quale, prima della riforma entrata in vigore il 1° gennaio 2008, contemplava tutti i negozi giuridici conclusi anche con terze persone⁵⁸. A nostro avviso il Tribunale federale dovrebbe senz'altro rivedere la sua posizione, in quanto un tale criterio di delimitazione pone dei chiari problemi di valutazione nella pratica. A questo proposito si pensi al caso, anche piuttosto diffuso nella pratica, di una holding che, dopo la sua costituzione con liberazione in denaro, intende acquistare delle partecipazioni con una rilevante importanza economica dai suoi azionisti o persone a loro vicine; una tale operazione rientra chiaramente nello scopo sociale (primario) della società e dunque, seguendo l'opinione dell'Alta corte, la stessa dovrebbe essere esclusa dalle disposizioni sull'assunzione di beni. Il rischio che le azioni vengano cedute alla società con un valore superiore rispetto a quello di mercato, indebolendo quindi di fatto il suo capitale, resta tuttavia alto.

Alcuni autori criticano i due criteri di delimitazione sviluppati dal Tribunale federale, segnatamente ritengono che non sia possibile effettuare una valutazione unicamente sulla base di un unico criterio, ma è necessario esaminare ogni caso concreto e prendere in considerazione i diversi aspetti dell'operazione⁵⁹. In particolare Böckli ha sviluppato degli ulteriori criteri. Egli sostiene ad esempio che, se si tratta di un negozio giuri-

⁵⁶ DTF 128 III 178 consid. 4.

⁵⁷ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 337, n. 9; WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 285, n. 7; DIETSCHI, 2012, pag. 93 e 94, n. 230; VON DER CRONE, 2014, pag. 85 e 86, n. 158; FORSTMOSER, 2003, pag. 1 segg.; LUKAS GLANZMANN, Wann liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor?, in Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 3/2003, pag. 166 segg.

⁵⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 130, n. 380 e 132, n. 390; WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 285, n. 7; DIETSCHI, 2012, pag. 136, n. 322.

⁵⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 132, n. 388 e 390; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 715, n. 18; DIETSCHI, 2012, pag. 92, n. 227.

dico senza il quale la società non avrebbe potuto essere costituita, è possibile affermare che si è confrontati con un caso di assunzione di beni⁶⁰. Malgrado non sia possibile stabilire un termine fisso, anche il fattore temporale può giocare un ruolo nello stabilire se l'operazione sia o meno da considerare come un'assunzione di beni. Maggiore sarà la distanza temporale tra la costituzione o l'aumento del capitale e quello dell'acquisto, minore sarà la probabilità che si tratti di un'operazione sottoposta alle disposizioni sull'assunzione di beni⁶¹. Cramer ritiene che in caso di beni, il cui valore di mercato è notorio e può essere accertato da chiunque ai sensi dell'art. 960*b* CO (carte valori quotate in borsa, materie prime, metalli preziosi allo stato grezzo, ecc.), non si applicano le disposizioni sull'assunzione di beni. Lo stesso discorso vale per l'intenzione di acquistare dei beni in occasione di un'asta pubblica⁶². Anche Böckli sembra condividere questa posizione⁶³.

Secondo la dottrina e la prassi degli uffici del registro di commercio, le disposizioni sull'assunzione di beni non si applicano qualora non vi sia alcuna controprestazione da parte della società per il bene acquistato⁶⁴. Tuttavia, per motivi prudenziali e viste le conseguenze giuridiche in caso di violazione delle disposizioni sull'assunzione di beni (paragrafo 8), nella pratica vengono spesso notificate anche queste fattispecie⁶⁵. Di recente si nota una controtendenza e viene consigliato alle società di rinunciare alla notificazione dell'assunzione di beni in caso di assenza di controprestazione, per evitare la pubblicità e la redazione di tutti i documenti

⁶⁰ BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 132, n. 388

⁶¹ BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 132, n. 387 e 389. In questo senso si esprime anche DIETSCHI, il quale precisa che non è possibile stabilire un termine fisso, ma è sempre necessaria una valutazione in ogni caso concreto (DIETSCHI, 2012, pag. 137 e 138, n. 327).

⁶² CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 715, n. 17; DIETSCHI, 2012, pag. 135, n. 322.

⁶³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 133, n. 390a.

⁶⁴ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 715 seg., n. 19; WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 285, n. 7a. Di avviso opposto invece FORSTMOSER (FORSTMOSER, 1981, pag. 309, n. 75). Ne consegue quindi che i contratti di donazione non rientrano nella fattispecie dell'assunzione di beni (DIETSCHI, 2012, pag. 99, n. 241).

⁶⁵ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 716, nota a piè di pagina 39 ad n. 19; DIETSCHI, 2012, pag. 125, n. 299; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 75, n. 13.

giustificativi supplementari previsti per le fattispecie qualificate⁶⁶. Irrilevante per la valutazione se sussista o meno un'assunzione di beni è invece il genere di finanziamento della controprestazione da parte della società. Essa può essere finanziata mediante capitale proprio oppure mediante l'assunzione di un debito per l'acquisto⁶⁷.

Ritenuto come l'assunzione di beni implichi sempre per definizione la presenza di un patrimonio positivo, secondo l'Ufficio federale del registro di commercio, la ripresa di un patrimonio con eccedenza di passivi non può essere considerata come assunzione di beni, e ciò anche se il patrimonio da assumere contiene delle riserve latenti. Queste riserve non possono semplicemente essere attivate a bilancio aumentando l'importo del bene ad un valore superiore rispetto a quello d'acquisto (valore reale), senza che nel caso concreto sussistano tutte le condizioni per una rivalutazione ai sensi dell'art. 670 CO. Un tale processo rappresenterebbe una violazione del principio contabile di realizzabilità (*Realisationsprinzip*)⁶⁸.

Una corrente della dottrina sostiene che unicamente negozi giuridici, i quali hanno come oggetto lo scambio di beni (*Gütertauschgeschäft*), adempiono le condizioni della fattispecie relativa all'assunzione di beni. Contratti di locazione o di leasing a lunga durata, contratti di mutuo, contratti di lavoro o altri contratti di prestazione, malgrado possano condurre ad un indebolimento del capitale della società, non rappresentano invece un caso di assunzione di beni⁶⁹. Altri autori criticano questa tesi e ritengono che, in questa fattispecie, non rientrano unicamente i contratti di compravendita di un bene, bensì anche tutti gli altri negozi giuridici che sono atti a minacciare il capitale della società. Una limitazione della fattispecie ai contratti di compravendita non sarebbe infatti conforme alla *ratio* dell'art. 628 cpv. 2 CO⁷⁰.

⁶⁶ WALDBURGER, 2016, *ibidem*.

⁶⁷ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 716, n. 21.

⁶⁸ UFFICIO FEDERALE DEL REGISTRO DI COMMERCIO (UFRC), Comunicazione 1/11 del 25.10.2011 (Comunicazione 1/11), pag. 2, n. 3; DIETSCHI, 2012, pag. 75, n. 185.

⁶⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 129 e 130, n. 379; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 74, n. 13.

⁷⁰ DIETSCHI, 2012, pag. 96, n. 234; FORSTMOSER, 1981, pag. 312 seg., n. 90.

Dall'entrata in vigore della revisione del CO in data 1° gennaio 2008, l'art. 628 cpv. 2 CO non contempla più tutti i negozi giuridici conclusi dalla società con terze persone, ma unicamente quelli con azionisti o persone loro vicine⁷¹. Al fine di poter determinare se si sia meno confrontati con un caso di assunzione di beni, è divenuta quindi fondamentale l'interpretazione del concetto di «azionista», rispettivamente di «persona vicina». Il concetto di «azionista» non pone grossi problemi di interpretazione. Oltre ai promotori al momento della costituzione, sono compresi anche gli azionisti già presenti e le persone che sottoscrivono le nuove azioni emesse in caso di aumento del capitale⁷². La legge non precisa invece cosa si intende con il concetto di «persona vicina». Rientrano sicuramente sotto questo concetto le relazioni personali vicine e vincolanti a livello giuridico (*persönlich bindende rechtliche Näheverhältnisse*) tra l'azionista e la terza persona. Tale è il caso ad esempio a dei rapporti contrattuali, come un contratto di lavoro, di mandato, di mutuo, di garanzia o fideiussione, una partecipazione in una società di persone oppure in una società semplice, nonché un rapporto di curatela⁷³. Non è tuttavia necessario che vi sia un rapporto giuridico vincolante, ma è sufficiente anche una relazione stretta con un'azionista, indipendentemente dal fatto che tale relazione sia di natura personale, economica, giuridica o fattuale⁷⁴. Secondo la dottrina e la prassi degli uffici del registro di commercio, si tratta di parenti, coniugi o compagni di vita, amici, ma pure consulenti e altre persone di fiducia di un'azionista. Anche una società di persone o di capitali può essere considerata «persona vicina» qualora un'azionista occupi una posizione preponderante all'interno di essa⁷⁵. Una società di

⁷¹ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 709 seg., n. 6; WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 284, n. 5; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 130, n. 380; DIETSCHI, 2012, pag. 138, n. 328; VON DER CRONE, 2014, pag. 85, n. 157.

⁷² CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 717, n. 22; WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 284, n. 6; DIETSCHI, 2012, pag. 139, n. 330 e 331.

⁷³ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 718, n. 27.

⁷⁴ UFFICIO FEDERALE DEL REGISTRO DI COMMERCIO (UFRC), Comunicazione 1/09 del 12.3.2009 (Comunicazione 1/09), pag. 4, n. 9; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 719, n. 29.

⁷⁵ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 337 seg., n. 10; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 718, n. 26; WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 284, n. 6a; DIETSCHI, 2012, pag.

persone o una società di capitali può essere considerata come una persona vicina, in particolare se l'azionista o il socio esercita su di essa una notevole influenza (ad esempio se egli è membro della direzione o detiene una partecipazione importante)⁷⁶. Le disposizioni sull'assunzione di beni si applicano unicamente in caso di vicinanza con un'azionista e non con la società stessa oppure con dei membri dei suoi organi⁷⁷.

Come regola generale per la pratica vale il principio secondo cui, qualora sia necessaria un'approfondita riflessione circa la vicinanza o meno dell'alienante con un'azionista, sussiste verosimilmente un'assunzione di beni ai sensi dell'art. 628 cpv. 2 CO⁷⁸. Considerate le conseguenze giuridiche in caso di violazione delle disposizioni sull'assunzione di beni (paragrafo 8), in questi casi è quindi opportuno procedere a notificare la fattispecie qualificata.

2.4. *Ulteriori fattispecie*

2.4.1. *Liberazione mediante compensazione di credito*

Un altro caso in cui il capitale non è liberato in denaro è rappresentato dalla compensazione di crediti nei confronti della società; in questo caso non confluisce del nuovo capitale alla società, ma semplicemente il capitale di terzi viene trasformato in capitale proprio, rispettivamente il creditore di una società diviene suo azionista. Questa fattispecie ha un risvolto pratico importante nell'ambito dell'aumento del capitale e del conferimento ulteriore (art. 634a cpv. 2 in fine CO), mentre è un caso estremamente raro in occasione della costituzione⁷⁹. Il caso della libera-

144, n. 341; Messaggio n. 08.011 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima e diritto contabile) del 21 dicembre 2007 (Messaggio n. 08.011) in FF 2008 1321, pag. 1371, nota a piè di pagina 105; UFRC, Comunicazione 1/09, *ibidem*. Secondo PLÜSS consulenti o persone di fiducia di un'azionista non possono essere considerate persone a lui vicine (PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 74, n. 12).

⁷⁶ UFRC, Comunicazione 1/09, *ibidem*.

⁷⁷ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 717, n. 23.

⁷⁸ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 721, n. 33.

⁷⁹ DTF 87 II 169 consid. 5; LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 352, n. 2; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 735, n. 73 e ad art. 652e CO, pag. 1084, n. 5;

zione del capitale mediante compensazione non è considerato un conferimento in natura, malgrado venga trattato in maniera analoga a quest'ultimo per quanto concerne la relazione scritta (paragrafo 4)⁸⁰ e la relativa attestazione di verifica; per contro la legge non prevede che questa fattispecie venga indicata nello statuto⁸¹. Secondo l'art. 45 cpv. 2 lett. c. ORC, nel registro di commercio, sotto la rubrica «fatti particolari», deve essere indicato che il capitale è stato liberato mediante compensazione, l'ammontare del credito e le azioni emesse a tale scopo. È infine importante precisare che la compensazione dell'obbligo di liberazione del capitale con un credito dell'azionista nei confronti della società va distinto dal caso del conferimento di un credito da parte di un'azionista nei confronti di una terza persona; in quest'ultimo caso sono applicabili le disposizioni sul conferimento in natura o sull'assunzione di beni⁸².

Il credito che viene posto in compensazione deve adempiere i requisiti dell'art. 120 cpv. 1 CO, ovvero deve essere esistente e compensabile⁸³. L'art. 120 cpv. 2 e 3 CO non è invece applicabile: per poter essere compensato il credito non deve essere né contestato, né perento⁸⁴. Controver-

GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, *Basler Kommentar – Obligationenrecht II*, 5^a ed., Basilea 2016, ad art. 652c, pag. 423 seg., n. 3; BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 128, n. 374 e pag. 244, n. 125; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 147, n. 28 segg.; FORSTMOSER, 1981, pag. 296, n. 12; VON DER CRONE, 2014, pag. 87, n. 162.

⁸⁰ Si vedano a questo proposito gli artt. 635 cifra 2 e 652e cifra 2 CO.

⁸¹ FORSTMOSER, 1981, *ibidem*; VON DER CRONE, 2014, pag. 88, n. 163; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 72, n. 6. Qualora venga comunque inserita una clausola nello statuto relativa alla compensazione del credito, essa può essere abrogata in ogni tempo. L'iscrizione nel registro di commercio può invece essere cancellata trascorsi 10 anni, in analogia con quanto previsto per il conferimento in natura e l'assunzione di beni (MICHAEL GWELESSIANI, *Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung*, 2^a ed., Zurigo 2012, ad art. 46, pag. 70, n. 206a).

⁸² DIETSCHL, 2012, pag. 96 e 97, n. 236 segg.; FORSTMOSER, 1981, pag. 336, n. 208.

⁸³ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 335, n. 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 148, n. 31; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, *Commentaire Romand – Code des obligations II*, 2^a ed., Basilea 2017, ad art. 652c, pag. 445, n. 16; VON DER CRONE, 2014, pag. 88, n. 163; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 72, n. 6.

⁸⁴ SCHENKER, 2016, *ibidem*; CRAMER, 2016, ad art. 652e, pag. 1085, n. 6; ZINDEL/ISLER, 2016, ad art. 652c, pag. 425, n. 5; VENTURI/ZEN-RUFFINEN, 2017, *ibidem*; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 148, n. 32; BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag.

sa in dottrina è invece la questione a sapere se il credito da porre in compensazione deve anche adempiere il criterio dell'«incassabilità» (*Kriterium der Werthaltigkeit*), vale a dire che il suo valore sia garantito, rispettivamente che la solvibilità del debitore non è in discussione. Böckli ritiene che, qualora non sia adempiuta questa condizione, un credito non può essere compensato⁸⁵. Altri autori sostengono invece che anche dei crediti il cui incasso non è del tutto garantito possono essere compensati per liberare il capitale⁸⁶.

2.4.2. *Liberazione mediante capitale proprio liberamente disponibile*

Secondo l'art. 652d cpv. 1 CO, nell'ambito di un aumento del capitale, la liberazione di quest'ultimo può avvenire anche mediante conversione di capitale proprio liberamente disponibile. L'art. 46 cpv. 3 lett. d ORC prevede che in questo caso, oltre alla documentazione prevista per le altre fattispecie qualificate, è necessario produrre all'ufficio del registro di commercio anche i conti annuali approvati o un bilancio intermedio, nonché la relazione di revisione di un revisore abilitato. Malgrado in passato questo aspetto fosse controverso a livello di dottrina, a oggi appare chiaro che questa fattispecie si applica anche ai casi di conferimento ulteriore^{87/88}.

Come per il caso della compensazione di credito, anche in occasione della liberazione mediante capitale proprio liberamente disponibile la

244, n. 124. THALMANN/BENNINGER sembrano invece essere dell'avviso che l'art. 120 cpv. 3 CO sia applicabile (PAUL THALMANN/NORA BENNINGER, *Bares ist Wahres – Zur Liberierung in Fremdwährungen nach schweizerischem Aktienrecht*, REPRAX 4/2003, pag. 21).

⁸⁵ BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 244, n. 127 segg.

⁸⁶ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 335, n. 2; ZINDEL/ISLER, 2016, ad art. 652c, pag. 424, n. 4; VENTURI/ZEN-RUFFINEN, 2017, ad art. 652c, pag. 446, n. 18; VON DER CRONE, 2014, pag. 88, n. 163; WALDBURGER, 2016, ad art. 635, pag. 297, n. 2; PLÜSS, 2016, ad art. 635, pag. 89, n. 2.

⁸⁷ SCHENKER, 2016, ad art. 634a, pag. 351, n. 9; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 144, nota a piè di pagina 3 ad n. 9 e pag. 148, nota a piè di pagina 23a ad n. 36.

⁸⁸ A comprova dell'ammissibilità del conferimento ulteriore mediante l'utilizzo di capitale proprio liberamente disponibile, si veda anche l'art. 54 cpv. 1 lett. d ORC, il quale elenca i documenti giustificativi necessari per questa particolare fattispecie.

legge non prevede l'obbligo di inserire una disposizione nello statuto. È invece prevista un'indicazione di questo fatto nel registro di commercio, sotto la rubrica «osservazioni» (art. 48 cpv. 1 lett. i ORC). Lo stesso vale anche per il caso di conferimento ulteriore (art. 54 cpv. 4 ORC).

2.4.3. *Vantaggi speciali*

L'art. 628 cpv. 3 CO regola il caso – poco diffuso nella pratica – dei vantaggi speciali pattuiti a favore dei promotori o di altre persone al momento della costituzione. Anche in questo caso si è in presenza di una fattispecie qualificata e dunque vanno rispettate le relative disposizioni, in particolare per quanto concerne lo statuto. L'iscrizione nel registro di commercio, sotto la rubrica «fatti particolari», indica il contenuto e il valore dei vantaggi speciali, con un rinvio allo statuto per i dettagli (art. 45 cpv. 2 lett. d ORC).

Oggetto dei vantaggi speciali possono essere dei diritti patrimoniali, come quote speciali sull'utile e sul ricavo della liquidazione oppure il diritto concesso a una determinata persona di utilizzare un impianto aziendale⁸⁹. Altri esempi sono il diritto d'abitazione, diritti d'uso, diritti di acquistare della merce a condizioni predeterminate oppure un divieto di concorrenza imposto alla società e favore di un promotore⁹⁰.

L'attribuzione dei vantaggi speciali ai sensi dell'art. 628 cpv. 3 CO si differenzia dalle azioni privilegiate ai sensi degli art. 654 e segg. CO per il fatto che nel secondo caso i privilegi sono legati all'azione stessa e non a una determinata persona, che non deve peraltro essere per forza un azionista, come nel primo caso. I privilegi legati ad un'azione possono dunque essere trasferiti mediante la sua cessione ad una terza persona, ciò che non è invece possibile nel caso dei vantaggi speciali⁹¹.

⁸⁹ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 339, n. 15; WALDBURGER, 2016, ad art. 628, pag. 286, n. 11.

⁹⁰ LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 355, n. 19; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 133, n. 391.

⁹¹ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 339, n. 17; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 131, n. 386; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 147, n. 25; FORSTMOSER, 1981, pag. 315 seg., n. 105; VON DER CRONE, 2014, pag. 88, n. 164; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 75, n. 14.

2.4.4. *Fattispecie miste*

Vi è infine da rilevare che le fattispecie qualificate possono anche essere combinate tra loro (*gemischter Apport* o *gemischte Sacheinlage*). Una società può ad esempio liberare il proprio capitale mediante il conferimento di un bene e al contempo impegnarsi ad assumerne un altro da un suo azionista. Nella pratica è anche possibile trovare delle situazioni in cui, nell'ambito di un conferimento in natura, oltre all'attribuzione delle azioni della società, al conferente è versata un'ulteriore controprestazione in denaro. In questi casi trovano quindi applicazione sia le disposizioni sul conferimento in natura, sia quelle sull'assunzione di beni⁹².

In particolare si può verificare la combinazione di un conferimento in natura e di un'assunzione di beni, qualora il sottoscrittore delle azioni conferisca un bene il cui valore supera l'importo nominale del capitale. In questo caso la rimanenza viene iscritta a bilancio quale credito dell'azionista nei confronti della società⁹³. Questa fattispecie si realizza in particolare nei casi di conferimento di un'impresa individuale, e più precisamente dei suoi attivi e passivi, in una società di capitali (paragrafo 5)⁹⁴. A questo proposito si veda l'art. 45 cpv. 3 ORC, il quale regola nello specifico l'iscrizione che deve essere effettuata nel registro di commercio. Secondo Dietschi questa disposizione ha tuttavia carattere autonomo (*eigenständige Institut*) e non rappresenta un vero e proprio caso di conferimento in natura combinato con un'assunzione di beni, come vorrebbe invece lasciar intendere il testo normativo. Lo scopo del legislatore era infatti unicamente quello di garantire la trasparenza in merito alla sorte dell'ammontare del conferimento in natura che non viene computato sul capitale nominale, senza tuttavia esigere che questo importo (credito)

⁹² MEYER, 2015, pag. 142 seg., n. 273 e pag. 147 seg., n. 286; FORSTMOSER, 1981, pag. 295, n. 9.

⁹³ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 338, n. 12; ZINDEL/ISLER, 2016, ad art. 652c, pag. 423, n. 2; CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 709, n. 5; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 148, n. 35; SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 282, n. 43 seg.; DIETSCHI, 2012, pag. 122 segg., n. 293 segg.

⁹⁴ CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 709, n. 5; SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 282, n. 44.

adempia le condizioni di cui all'art. 628 cpv. 2 CO⁹⁵. Questa disposizione deve dunque essere applicata a prescindere dal fatto che nel caso concreto siano adempiute tutte le condizioni dell'assunzione di beni, come il criterio della rilevanza economica⁹⁶.

Qualora la stima del bene conferito sia superiore rispetto al valore nominale del capitale, la differenza non deve tuttavia essere necessariamente iscritta a bilancio quale credito verso l'azionista, ma può anche essere attribuita alle riserve legali della società (art. 671 cpv. 2 cifra 1. CO). In questo caso il prezzo di emissione delle azioni (art. 630 cifra 1. e 650 cpv. 2 cifra 3. CO) sarà quindi superiore rispetto al loro valore nominale (emissione sopra alla pari). La differenza tra questi due importi è l'aggio.

Non prevedendo la legge un limite inferiore per la stima del bene, è anche possibile che la società accetti il bene ad un prezzo più basso rispetto a quello che avrebbe sul mercato. In questo caso il prezzo di emissione corrisponderà al loro valore nominale, non verrà iscritto alcun credito nei passivi del bilancio, ma si verranno create invece delle riserve latenti (paragrafo 4.4)⁹⁷.

2.5. *Excursus: liberazione del capitale in valuta estera*

Secondo la prassi usuale degli uffici del registro di commercio, a determinate condizioni, la liberazione del capitale in valuta estera non rappresenta più una fattispecie qualificata⁹⁸, ma è considerato un caso di conferimento in denaro ai sensi dell'art. 633 CO. La valuta estera utilizzata deve tuttavia essere liberamente convertibile in franchi svizzeri e il suo corso facilmente verificabile (ad esempio euro o dollari statunitensi)⁹⁹. In questo caso, l'ufficio del registro di commercio non solo è tenuto ad accertare che i conferimenti in denaro siano stati validamente depositati in

⁹⁵ DIETSCHI, 2012, pag. 123 seg., n. 296.

⁹⁶ DIETSCHI, 2012, pag. 124, nota a piè di pagina 717 ad n. 296.

⁹⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 150, n. 46.

⁹⁸ In precedenza la liberazione del capitale in valuta estera era ammessa unicamente come conferimento in natura oppure come compensazione di credito.

⁹⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 123, n. 360 e pag. 129, n. 378; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 74, n. 11; SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 276, n. 20; THALMANN/BENNINGER, 2003, pag. 19 segg.

conformità con quanto previsto dall'art. 633 cpv. 1 CO, ma deve altresì verificare, sulla base del tasso di cambio attuale, che il capitale nominale sia ancora coperto al momento dell'iscrizione nel registro giornaliero (art. 8 ORC). In caso contrario l'ufficio del registro di commercio è tenuto a rifiutare l'iscrizione¹⁰⁰. La verifica del tasso di cambio avviene mediante la consultazione di sistemi di informazione di divise indipendenti e riconosciuti a livello mondiale¹⁰¹.

Nella deliberazione dell'assemblea (atto costitutivo o di aumento del capitale) è indicato che il conferimento dovrà essere effettuato in denaro, ma con la precisazione che la liberazione dovrà avvenire nella valuta estera scelta. Concretamente il valore nominale delle azioni emesse deve essere espresso in franchi svizzeri (a oggi nello statuto e nel registro di commercio il valore nominale del capitale può solo essere iscritto in franchi svizzeri¹⁰²), mentre il prezzo d'emissione (valore nominale più un eventuale aggio) è indicato nella valuta estera¹⁰³. Per quanto concerne l'attestazione bancaria, valgono i principi di cui all'art. 633 CO. È tuttavia opportuno che la stessa indichi il valore complessivo del conferimento nella valuta estera e il controvalore in franchi svizzeri, con l'indicazione del tasso di cambio al momento del rilascio dell'attestazione¹⁰⁴.

Vi è infine da precisare che, ritenuto come tra l'atto pubblico (costituzione o aumento del capitale) e l'iscrizione dell'operazione nel registro di commercio possa trascorrere un certo lasso di tempo con una conseguente oscillazione dei tassi di cambio, è opportuno che la società adotti un certo margine di sicurezza (*Sicherheitsmarge*) nello stabilire il tasso di cambio. L'eventuale differenza tra il tasso di cambio stabilito dalla società e quello reale confluisce nelle riserve (in questo caso si tratta di una riserva latente)¹⁰⁵.

¹⁰⁰ THALMANN/BENNINGER, 2003, pag. 35; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 124, n. 361.

¹⁰¹ Si vedano ad esempio www.reuters.com e www.bloomberg.com (THALMANN/BENNINGER, 2003, pag. 35, nota a piè di pagina 62).

¹⁰² THALMANN/BENNINGER, 2003, pag. 37.

¹⁰³ THALMANN/BENNINGER, 2003, pag. 33.

¹⁰⁴ THALMANN/BENNINGER, 2003, pag. 34.

¹⁰⁵ THALMANN/BENNINGER, 2003, pag. 36.

3. Criteri per il conferimento del bene

3.1. Introduzione

Quando un bene può essere utilizzato nell'ambito di una fattispecie qualificata? Su questo cruciale interrogativo la legge oggi è fondamentalmente silente. Tuttavia la lunga tradizione di questi istituti nel Codice delle obbligazioni ha portato dottrina e prassi degli uffici del registro di commercio a sviluppare un approccio consolidato. Il bene deve essere – cumulativamente – attivabile a bilancio, trasferibile, a libera disposizione della costituenda società e realizzabile¹⁰⁶.

3.2. *Attivabilità a bilancio del bene (Aktivierbarkeit)*¹⁰⁷

Uno dei principi fondamentali del diritto societario è la garanzia del capitale minimo dichiarato, a tutela non solo dei creditori ma anche degli azionisti stessi e della credibilità del sistema economico¹⁰⁸. Il bene mediante il quale viene liberato il capitale azionario funge da surrogato della liberazione in contante ed è perciò imperativo che il suo valore sia equivalente. L'Ufficio federale del registro di commercio ha stabilito che

¹⁰⁶ CRAMER, 2016, pag. 778, n. 4; MEYER, 2015, pag. 150 segg., n. 289 segg.; VON DER CRONE, 2014, pag. 77 segg., n. 138 segg.; DIETSCHI, 2012, pag. 72 segg., n. 176 segg.; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 128 seg., n. 375 segg.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 144 seg., n. 10 segg.; UFFICIO FEDERALE DEL REGISTRO DI COMMERCIO (UFRC), Comunicazione del 15.8.2001 (Comunicazione 2001).

¹⁰⁷ CRAMER, 2016, pag. 778 seg., n. 5 segg.; MEYER, 2015, pag. 152 segg., n. 292 segg.; VON DER CRONE, 2014, pag. 77 seg., n. 139 segg.; DIETSCHI, 2012, pag. 72 segg., n. 177 segg.; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 128, n. 375 e pag. 136 seg., n. 405 segg.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 144, n. 10 segg.; FORSTMOSER, 1981, pag. 296 segg., n. 14 segg.; SIEGWART, 1945, pag. 225 seg., n. 10 segg.; JOSEPH-ALEXANDER BAUMANN, Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, mit besonderer Berücksichtigung der kantonale Steuerrechte von Zürich und Thurgau, Zurigo 1972, pag. 41 segg.; UFRC, Comunicazione 2001, pag. 2, n. 3. Per approfondimento sul concetto di attivabilità: PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Zurigo 2014, pag. 74 segg., n. 321 segg.; LORENZ LIPP, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3^a ed., Zurigo 2016, ad art. 959, pag. 628 segg., n. 8 segg.

¹⁰⁸ DTF 132 III 668 consid. 3.2; BAUDENBACHER, 2016, ad art. 620, pag. 294, n. 14.; VON DER CRONE, 2014, pag. 595 segg., n. 1 segg.; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 75 segg., n. 172 segg.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 7, n. 42 segg.

«Soltanto i valori patrimoniali di cui è possibile determinare il valore sono suscettibili di costituire l'oggetto di un conferimento in natura. Questo valore deve poter essere iscritto tra gli elementi dell'attivo del bilancio»¹⁰⁹. Il bene deve pertanto essere attivabile secondo le regole della contabilità, ossia deve essere possibile iscriverlo quale posta attiva nel bilancio della costituenda società. L'art. 959 cpv. 2 CO prescrive che negli attivi sono iscritti gli elementi patrimoniali di cui l'impresa può disporre in virtù di eventi passati, se è probabile che comportino un afflusso di mezzi e il loro valore può essere stimato in modo attendibile. Nel caso in cui una di queste condizioni non è soddisfatta, il bene non può essere iscritto nel bilancio della società¹¹⁰. Se per i beni materiali la determinazione del valore non pone – di regola – particolari problemi, la determinazione del valore di beni immateriali si presta a un ampio margine di apprezzamento¹¹¹. Particolarmente spinosa è l'attivabilità dell'avviamento d'azienda o *goodwill*¹¹².

3.3. *Trasferibilità e disponibilità del bene (Übertragbarkeit e freie Verfügbarkeit)*¹¹³

I beni conferiti devono essere messi a disposizione della costituenda società in modo che quest'ultima, appena iscritta a registro di commercio,

¹⁰⁹ UFRC, Comunicazione 2001, *ibidem*.

¹¹⁰ Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1433; BÖCKLI, Rechnungslegung, 2014, pag. 74 segg., n. 321 segg.; LIPP, 2016, pag. 629 seg., n. 13.; HENRI TORRIONE/AURÉLIEN BARAKAT, Commentaire romand – Code des obligations II, 2^a ed., Basilea 2017, ad art. 959, pag. 2369, n. 7.

¹¹¹ Per una casistica si veda: MEYER, 2015, pag. 198 segg., n. 386 segg.; CRAMER, 2016, pag. 779 seg., n. 7; DIETSCHI, 2012, pag. 77 seg., n. 188 segg.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 144, n. 11 segg.; FORSTMOSER, 1981, pag. 297 segg., n. 15 segg.

¹¹² Sul tema si veda in particolare: LUKAS MÜLLER, Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung, in Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 1/2008, pag. 50 segg.; MEYER, 2015, pag. 154 seg., n. 295 seg.

¹¹³ CRAMER, 2016, pag. 780 segg., n. 8 segg.; MEYER, 2015, pag. 163 segg., n. 312 segg.; VON DER CRONE, 2014, pag. 78, n. 143; DIETSCHI, 2012, pag. 79 seg., n. 195 segg.; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 128 seg., n. 376; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 145, n. 14; FORSTMOSER, 1981, pag. 303 seg., n. 41 segg.; SIEGWART, 1945, pag. 225 seg., n. 10 segg.; UFRC, Comunicazione 2001, pag. 2, n. 3.

possa disporre immediatamente e liberamente¹¹⁴. Il conferimento non può essere in alcun modo oggetto di condizioni. L'unica condizione implicita per l'acquisto è l'iscrizione a registro di commercio dell'operazione, quindi la ratifica dell'assemblea costitutiva o dell'organo superiore di direzione o di amministrazione¹¹⁵. Le modalità di trasferimento e messa a disposizione del bene variano a dipendenza della sua tipologia. Il trasferimento di proprietà di beni mobili implica il passaggio del possesso secondo le disposizioni del Codice civile (art. 922 segg. CC¹¹⁶). Il disponente consegna il bene ai futuri amministratori della società o a suoi rappresentanti. La dottrina maggioritaria ritiene che il trasferimento non debba necessariamente perfezionarsi prima dell'iscrizione nel registro di commercio (anche se magari preferibile); è sufficiente garantire che il trasferimento del possesso possa avvenire con sicurezza e direttamente subito dopo l'iscrizione¹¹⁷. Il conferimento di fondi è espressamente regolato all'art. 634 cifra 2 CO (paragrafo 6). Per il conferimento di diritti e beni immateriali invece è importante verificare che non vi siano vincoli di terzi (privati o autorità), che possono farne dipendere il trasferimento alla società¹¹⁸. Nel caso di conferimento di azioni nominative si deve ad esempio verificare che sia stato dato il necessario consenso, se così previsto dallo statuto (art. 685a CO). Lo stesso discorso vale anche per le azioni al portatore, se non sono state completamente liberate (art. 683 CO). Si deve infine prestare attenzione ai beni situati all'estero, il cui passaggio di proprietà è retto dal diritto straniero¹¹⁹.

¹¹⁴ DTF 132 III 668 consid. 3.2.1.

¹¹⁵ CHRISTIAN BRÜCKNER/MATHIAS KUSTER, *Die Grundstücksgeschäfte*, Zurigo 2016, pag. 419, n. 2007.

¹¹⁶ Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907; RS 210.

¹¹⁷ Così CRAMER, 2016, pag. 781 seg., n. 12; FORSTMOSER, 1981, pag. 303 seg., n. 46. BÖCKLI ritiene invece che il trasferimento del possesso debba avvenire prima dell'atto costitutivo (BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 129, n. 376).

¹¹⁸ CRAMER, 2016, pag. 782, n. 13 seg.; UFRC, *Comunicazione* 2001, pag. 3, n. 3.

¹¹⁹ CRAMER, 2016, pag. 781, n. 9 *in fine*; MEYER, 2015, pag. 308, n. 631.

3.4. Realizzabilità del bene (Verwertbarkeit)¹²⁰

Il bene oggetto del conferimento deve essere economicamente realizzabile. Scopo di questa condizione è permettere alla costituenda società di disporre di un valore patrimoniale realizzabile a garanzia dei creditori in caso di scioglimento o di fallimento. La realizzabilità presuppone che vi sia un mercato – seppur limitato – interessato a tale bene.

3.5. Ponderazione modulata

Secondo la prassi del registro di commercio¹²¹ e una parte della dottrina¹²², le disposizioni sull'assunzione di beni sono applicabili unicamente per quei valori patrimoniali che possono essere oggetto anche di un conferimento in natura. Lo scopo principale delle disposizioni sull'assunzione di beni è infatti quello di impedire l'elusione delle norme concernenti il conferimento in natura. Alcuni autori sono invece dell'avviso che una tale soluzione non sia attuabile e propendono per un'interpretazione estensiva delle disposizioni sull'assunzione di beni. Se con l'applicazione stretta e conservativa dei presupposti di conferibilità nel caso del conferimento in natura si vuole impedire una liberazione fittizia del capitale azionario e quindi garantire la costituzione di un sostrato di responsabilità a garanzia dei creditori e dei futuri azionisti, l'assunzione successiva di beni si muove in un contesto di operatività della società. Un'applicazione rigorosa e inflessibile dei presupposti andrebbe a incidere troppo pesantemente nell'attività di quest'ultima. In questa fase di vita dell'ente giuridico si innescano infatti altri meccanismi di tutela del

¹²⁰ CRAMER, 2016, pag. 785 seg., n. 19 seg.; MEYER, 2015, pag. 171 segg., n. 328 segg.; VON DER CRONE, 2014, pag. 78, n. 144; DIETSCHI, 2012, pag. 80 segg., n. 201 segg.; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 129, n. 377; BAUMANN, 1972, pag. 43 segg.; UFRC, Comunicazione 2001, pag. 3, n. 3.

¹²¹ UFRC, Comunicazione 2001, pag. 2; SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 282, n. 41.

¹²² CRAMER, 2016, pag. 710, n. 8; SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 337, n. 8; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 132, n. 388; DIETSCHI, 2012, pag. 71, n. 175 e pag. 94, n. 231; SIEGWART, 1945, pag. 239 seg., n. 50; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 146, n. 21, i quali precisano tuttavia che, a differenza del conferimento in natura, non è applicabile il criterio della disponibilità immediata del bene.

capitale (civili, esecutivi e anche penali). La società non avrebbe inoltre la possibilità di notificare l'intenzione di assumere determinati beni che non adempiono integralmente tutti i presupposti del conferimento in natura e ciò andrebbe anche a scapito dell'informazione e della trasparenza per i terzi, scopo principale delle disposizioni sull'assunzione di beni¹²³. Per questo motivo la valutazione dei criteri di conferibilità nei casi di (prevista) assunzione di beni dovrebbe declinarsi in modo maggiormente flessibile, purché essa non celi un disegno elusivo¹²⁴. Da parte nostra riteniamo che la soluzione di interpretare in maniera estensiva le disposizioni sull'assunzione di beni sia condivisibile, poiché lo scopo principale di queste norme è effettivamente quello di informare i terzi, e in particolare i creditori, sui futuri negozi giuridici che la società concluderà e che potrebbero avere un influsso negativo sul suo capitale, e più precisamente sulla sua solvibilità. Una società che intende assumere del *know-how* da un suo azionista o da una persona vicina, molto verosimilmente non rinuncerà a tale operazione unicamente poiché quest'ultima non può essere notificata come assunzione di beni. Questa situazione rappresenterebbe quindi un pericolo, sia per i creditori che non verrebbero preventivamente informati in merito a questa operazione, sia per la società stessa che si esporrebbe al rischio di vedersi annullato il contratto (paragrafo 8).

4. Relazione scritta sulla costituzione e sull'aumento del capitale

4.1. In generale

In caso di costituzione, aumento del capitale o conferimento ulteriore legati ad una fattispecie qualificata, la legge obbliga la società – tra le altre cose – a redigere una relazione scritta nella quale vengono fornite determi-

¹²³ VON DER CRONE, 2014, pag. 86 seg., n. 160, che cita il *know-how* e le spese di ricerca e sviluppo quali esempi di beni che non possono di principio essere oggetto di un conferimento in natura, ma che dovrebbero poter essere acquistati da una società mediante un'assunzione di beni.

¹²⁴ CRAMER, 2016, pag. 711, n. 10; DIETSCHI, 2012, pag. 86 seg., n. 214 segg.; VON DER CRONE, 2014, *ibidem*.

nate informazioni sulla fattispecie¹²⁵. La correttezza del suo contenuto deve poi essere verificata da un revisore abilitato (attestazione di verifica)¹²⁶.

La funzione di questo documento, il quale rappresenta un titolo ai sensi dell'art. 110 cpv. 4 CP¹²⁷, è da un lato quella di garantire il principio di trasparenza, fornendo in maniera chiara delle informazioni al pubblico (precisamente ai creditori e agli azionisti), in merito alla fattispecie qualificata, e dall'altro quella di fungere da base per l'attestazione di verifica¹²⁸. La relazione scritta è anche necessaria al fine di stabilire eventuali responsabilità da parte dei promotori o del consiglio d'amministrazione (art. 753 e 754 CO)¹²⁹.

La verifica della correttezza del contenuto della relazione spetta in prima linea al revisore. Il notaio deve unicamente accertarsi che al momento di rogare l'atto sia presente la relazione e la relativa attestazione, mentre l'ufficio del registro di commercio, riservati casi con evidenti e gravi lacune, deve fare affidamento sulla presenza dell'attestazione di verifica (paragrafo 10)¹³⁰. Si tratta quindi in linea di massima unicamente di verifiche formali, ciò che esclude pertanto qualsiasi verifica da parte del notaio o dell'ufficio del registro di commercio in merito all'adeguatezza della stima indicata¹³¹. L'ufficio del registro di commercio deve invece

¹²⁵ In caso di costituzione si veda l'art. 635 CO e l'art. 43 cpv. 3 lett. c ORC, mentre per l'aumento del capitale l'art. 652e CO e l'art. 46 cpv. 2 lett. d ORC. Gli stessi principi si applicano per analogia anche al conferimento ulteriore ai sensi dell'art. 634a CO (vedi anche art. 54 cpv. 1 lett. e cifra 1 ORC; CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 814, n. 6; SCHENKER, 2016, ad art. 635, pag. 353, n. 2).

¹²⁶ In caso di costituzione si veda l'art. 635a CO e l'art. 43 cpv. 3 lett. d ORC, mentre per l'aumento del capitale l'art. 652f CO e l'art. 46 cpv. 3 lett. c ORC. Per il conferimento ulteriore si veda l'art. 54 cpv. 1 lett. e cifra 2 ORC.

¹²⁷ STF 6P.34/2002 e 6S.73/2002 del 20 settembre 2002, consid. 8.

¹²⁸ CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 813, n. 2; CARLO LOMBARDINI, Commentaire Romand – Code des obligations II, 2^a ed., Basilea 2017, ad art. 635, pag. 374, n. 1; DIETSCHI, 2012, pag. 178, n. 416; MEYER, 2015, pag. 323, n. 680.

¹²⁹ FORSTMOSER, 1981, pag. 327, n. 154; PLÜSS, 2016, ad art. 635, pag. 89, n. 3.

¹³⁰ CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 813, n. 3 e ad art. 652e, pag. 1084, n. 3; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 140 e 141, n. 419; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 151, n. 56; DIETSCHI, 2012, pag. 191, n. 447; FORSTMOSER, 1981, pag. 328, n. 162; MEYER, 2015, pag. 349 seg., n. 743 seg.

¹³¹ FORSTMOSER, 1981, pag. 319, nota a piè pagina 219 ad n. 125.

sempre verificare, mediante consultazione del registro dell’Autorità federale di sorveglianza sui revisori, che il revisore disponga delle necessarie abilitazioni (art. 61 cpv. 2 ORC e art. 16 segg. OSRev¹³²), che sia indipendente, nonché il fatto che l’attestazione contenga la dichiarazione senza riserve (*vorbehaltlos*) che la relazione è completa e corretta¹³³. I casi di rifiuto dell’iscrizione per carenze nel contenuto della relazione scritta sono piuttosto rari. Qualora dovesse tuttavia presentarsi questa situazione, è necessario sanare la lacuna mediante la redazione di una nuova relazione, la quale dovrà essere nuovamente verificata da un revisore e i due documenti inseriti nell’atto pubblico¹³⁴.

4.2. *Aspetti formali*

Competenti per la redazione della relazione sono i promotori al momento della costituzione (art. 635 CO) e il consiglio d’amministrazione in occasione dell’aumento del capitale o del conferimento ulteriore (art. 652e CO)¹³⁵. Alla costituzione essa deve essere firmata da tutti i promotori, a prescindere dal fatto che solo uno o alcuni di essi partecipino al conferimento in natura o all’assunzione di beni (art. 43 cpv. 3 lett. c e art. 71 cpv. 3 ORC)¹³⁶. Nel caso di aumento del capitale e di conferimento ulteriore è invece sufficiente la firma di un solo membro del consiglio d’amministrazione, il quale non deve necessariamente disporre di un diritto di firma (art. 46 cpv. 2 lett. d e art. 74 cpv. 2 lett. d ORC)¹³⁷. Mal-

¹³² Ordinanza sull’abilitazione e la sorveglianza dei revisori del 22 agosto 2007; RS 221.302.3.

¹³³ BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 140 e 141, n. 419 seg.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 151, n. 53; DIETSCHI, 2012, pag. 191 e 192, n. 448; MEYER, 2015, pag. 352, n. 747; VON DER CRONE, 2014, pag. 83, n. 152.

¹³⁴ CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 819, n. 22.

¹³⁵ SCHENKER, 2016, ad art. 635, pag. 353, n. 2; MEYER, 2015, pag. 323, n. 679.

¹³⁶ DIETSCHI, 2012, pag. 178, n. 416; MEYER, 2015, pag. 324, n. 681. In presenza di una procura da parte dei promotori che comprende anche la fattispecie qualificata, il rappresentante è chiaramente autorizzato a sottoscrivere lui stesso la relazione (CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 814, nota a piè di pagina 2 ad n. 2).

¹³⁷ ZINDEL/ISLER, 2016, ad art. 652e, pag. 433, n. 10; SCHENKER, 2016, ad art. 635, pag. 353, n. 2; LOMBARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 374, n. 2; DIETSCHI, 2012, pag. 178, n. 416; MEYER, 2015, pag. 324, n. 681. Malgrado questa esigenza di registro di

grado ciò rappresenti un caso particolarmente raro nella pratica, la relazione scritta può anche essere integrata direttamente nell'atto pubblico¹³⁸.

4.3. *Contenuto della relazione*

Per quanto concerne il conferimento in natura o l'assunzione di beni, la relazione deve contenere innanzitutto una descrizione precisa dei beni che vengono conferiti o assunti, così come una spiegazione delle loro caratteristiche, dello stato, delle modalità di acquisto, del prezzo pagato dalla società, nonché degli elementi pertinenti per poterne valutare il valore e la sua utilità per la società. Le dichiarazioni relative allo stato e alla specie del bene non devono essere astratte. I relatori devono infatti, con il necessario grado di dettaglio, indicare come sono giunti alle loro conclusioni¹³⁹. Qualora il conferimento in natura o l'assunzione di beni consista in un patrimonio oppure in diversi attivi, la relazione deve esprimersi su ognuno di essi. Questo principio va tuttavia relativizzato; in particolare, in caso di beni fungibili, è possibile fornire una stima globale degli stessi (ad esempio conferimento di un lotto di un determinato numero di libri o di bottiglie di vino dello stesso genere)¹⁴⁰. Per lo stato del bene si fa riferimento alle particolari caratteristiche che possono influenzare il valore dell'oggetto conferito, come la sua usura oppure la presenza di vincoli giuridici (ad esempio vincoli di trasferibilità in caso di conferimento di azioni nominative)¹⁴¹. Inoltre deve sempre essere presente, anche in forma puramente dichiarativa, una constatazione secondo la quale i beni conferiti adempiono tutti i criteri di conferibilità (paragrafo 3)¹⁴². Secondo la prassi degli uffici del registro di commercio e una

commercio, va precisato che, a livello interno della società, anche la relazione deve essere approvata mediante una deliberazione del consiglio d'amministrazione (DIETSCHI, 2012, pag. 178, nota a piè di pagina 1015 ad n. 416).

¹³⁸ CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 814, n. 4.

¹³⁹ LOMBARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 374, n. 4; CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 815, n. 11.

¹⁴⁰ LOMBARDINI, 2017, *ibidem*.

¹⁴¹ CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 815, n. 9.

¹⁴² CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 815, n. 10; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 135, n. 400.

parte della dottrina, la relazione non deve esprimersi in merito all'utilità del bene conferito per la società¹⁴³.

Nel caso in cui il capitale venga liberato mediante compensazione di un credito, la relazione deve esprimersi in merito all'esistenza dello stesso e alla sua compensabilità (art. 635 cifra 2 CO). Oltre a dover contenere indicazioni sulla natura e l'ammontare del credito, è necessario che nella relazione venga esposto in che modo le condizioni della compensabilità sono adempiute; non è per contro sufficiente limitarsi ad affermare questo fatto in maniera perentoria¹⁴⁴. Secondo BÖCKLI queste condizioni non sono adempiute in particolare se il credito è stato postergato. Il consiglio d'amministrazione e il revisore devono accertarsi che il creditore non abbia rinunciato al suo credito (paragrafo 2.4)¹⁴⁵. Alcuni uffici cantonali del registro di commercio esigono inoltre che la relazione si esprima anche sul fatto che il credito sia incassabile (*Werthaltigkeit*). Questa prassi è tuttavia criticata dalla dottrina¹⁴⁶.

In occasione di una liberazione del capitale mediante conversione di capitale proprio liberamente disponibile ai sensi dell'art. 652d CO, è necessario che la relazione scritta contenga raggugli in merito alla libera disponibilità del capitale proprio convertito (vedi art. 652e cifra 3 CO). A questo proposito deve essere in particolare indicato che l'utile riportato e le riserve presenti nel bilancio non sono vincolate ai sensi dell'art. 671 CO¹⁴⁷.

¹⁴³ UFRC, Comunicazione 2001, pag. 3 seg.; DIETSCHI, 2012, pag. 179, n. 419.

¹⁴⁴ ZINDEL/ISLER, 2016, ad art. 652e, pag. 432, n. 5; LOMBARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 375, n. 7; CRAMER, 2016, ad art. 652e, pag. 1085, n. 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 149, n. 43; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 244, n. 126; SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 283, n. 48; VON DER CRONE, 2014, pag. 88, n. 163.

¹⁴⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 244, n. 126. Di parere opposto invece MÜLLER (WOLFGANG MÜLLER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung – Art. 530-771 OR – VegüV, Zurigo 2016, ad art. 652e, pag. 347, n. 7) e ZINDEL/ISLER (ZINDEL/ISLER, 2016, ad art. 652c, pag. 424, n. 4a).

¹⁴⁶ WALDBURGER, 2016, ad art. 635, pag. 297, n. 2; SCHENKER, 2016, ad art. 635, pag. 353, n. 3; PLÜSS, 2016, ad art. 635, pag. 88 e 89, n. 2; VENTURI/ZEN-RUFFINEN, 2017, ad art. 652c, pag. 445, n. 17.

¹⁴⁷ ZINDEL/ISLER, 2016, ad art. 652e, pag. 432, n. 5; CRAMER, 2016, ad art. 652e, pag. 1085, n. 7; MÜLLER, 2016, ad art. 652e, pag. 348, n. 9.

4.4. *Adeguatezza della stima*

In caso di conferimenti in natura o assunzione di beni, la relazione deve inoltre esprimersi in merito all'adeguatezza della stima degli oggetti e illustrare per quali motivi la stima è adeguata e giudiziosa. Il bene conferito o assunto deve infatti poter essere valutabile (paragrafo 3.2). Un bene il cui valore non può essere stabilito con certezza o verificato, non può dunque essere oggetto di un conferimento in natura o di un'assunzione di beni¹⁴⁸.

In linea generale coloro che si occupano di redigere la relazione sono tenuti ad adottare un metro di misura prudenziale. Più un bene risulta di difficile realizzazione (paragrafo 3.4), maggiore dovrà essere la prudenza nella valutazione del suo valore¹⁴⁹. Il metodo utilizzato per la stima dei beni deve basarsi su criteri oggettivi e sostenibili. Come riferimento è preso principalmente il valore commerciale del bene (*Verkehrs-, Geschäfts oder Marktwert*)¹⁵⁰. La valutazione non deve violare il principio di cui all'art. 960a CO (*Höchstwertprinzip*), vale a dire essa non può essere superiore al valore di acquisto del bene, in quanto, in caso contrario, verrebbe violato il principio secondo cui è vietato liberare le azioni sotto alla pari (paragrafo 2.1). Una stima più bassa rispetto al valore di mercato è tuttavia ammissibile, poiché lo scopo della relazione è quello di evitare una sopravvalutazione del bene da conferire e non l'eventuale creazione di riserve latenti¹⁵¹.

Se l'oggetto del conferimento o dell'assunzione è un'azienda con attivi e passivi (paragrafo 5), la stima è di principio eseguita sulla base di un inventario o di un bilancio aggiornato, il quale deve essere allegato alla

¹⁴⁸ LOMBARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 374, n. 5.

¹⁴⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 135, n. 400; LOMBARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 374, n. 3; DIETSCHI, 2012, pag. 181, n. 423.

¹⁵⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 135, n. 399; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 150, n. 45; DIETSCHI, 2012, pag. 180, n. 423; FORSTMOSER, 1981, pag. 318, n. 120; MEYER, 2015, pag. 281, n. 572; VON DER CRONE, 2014, pag. 82, n. 149.

¹⁵¹ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 135, n. 400; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 150, n. 46; CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 816, n. 13; LOMBARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 375, n. 6; DIETSCHI, 2012, pag. 180, n. 422; FORSTMOSER, 1981, pag. 318, n. 116 segg.; MEYER, 2015, pag. 281, n. 573.

relazione¹⁵². A questo proposito va rilevato che il metodo di stima può variare in base al futuro utilizzo del patrimonio da parte della società as-suntrice. Qualora l'azienda sia composta di attivi e passivi che rientrano nello scopo della società di capitali, la stima può essere effettuata anche considerando l'utilità ed il valore aggiunto che questi beni daranno all'attività della società (*Fortführungswert*). Nel caso invece in cui i beni dell'azienda conferita non siano direttamente utili per l'attività della co-stituenda società, la stima deve di principio essere effettuata sulla base del valore di vendita o di realizzazione (*Veräußerungswert*)¹⁵³. In questi casi si ricorre spesso ai metodi di valutazione aziendali comunemente ri-conosciuti, come ad esempio quello più noto del *Discounted cash flow (DCF)*¹⁵⁴. Lo stesso discorso vale anche in caso di valutazione di quote di partecipazione (azioni o quote sociali) di una società che sono oggetto di conferimento in natura o assunzione di beni¹⁵⁵. In caso di beni immate-riali, la valutazione deve basarsi sul valore di reddito del bene (*Ertragswert*)¹⁵⁶.

Il tipo di metodo utilizzato per la stima (*Bewertungsmethode*) deve esse-re indicato nella relazione, così come la data in cui è stata eseguita la valutazione. Le considerazioni che stanno alla base della stima devono essere motivate e ripercorribili per i terzi (*Kriterium der Nachvollzieh-barkeit*)¹⁵⁷. È ad esempio possibile richiamare il prezzo di listino del be-ne, con un'indicazione che il valore del bene è stato debitamente am-mortizzato¹⁵⁸. Qualora la stima risulti essere particolarmente difficoltosa,

¹⁵² LOMBARDINI, 2017, *ibidem*.

¹⁵³ VON DER CRONE, 2014, pag. 79, n. 145; LOMBARDINI, 2017, *ibidem*.

¹⁵⁴ DIETSCHI, 2012, pag. 180, n. 423; VON DER CRONE, 2014, pag. 76, n. 133 e pag. 77, n. 140. Altri metodi sono il metodo patrimoniale, il metodo reddituale, il metodo *e-bit/ebitda* (DIETSCHI, 2012, pag. 180, nota a piè di pagina 1031 ad n. 423).

¹⁵⁵ VON DER CRONE, 2014, pag. 77, n. 140.

¹⁵⁶ DIETSCHI, 2012, pag. 180 e 181, n. 423.

¹⁵⁷ SCHENKER, 2016, ad art. 635, pag. 353, n. 3; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 149, n. 42; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 135, n. 399 e 400; LOM-BARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 374, n. 3; CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 816, n. 14; DIETSCHI, 2012, pag. 180, n. 422; MEYER, 2015, pag. 327, n. 671; VON DER CRONE, 2014, pag. 81, n. 148 e pag. 82, n. 149; PLÜSS, 2016, ad art. 635, pag. 88, n. 2.

¹⁵⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 149, nota a piè di pagina 25 ad n. 42.

in quanto emergono delle questioni complesse di valutazione, è possibile affidarsi a degli esperti esterni, i quali redigeranno una relativa perizia¹⁵⁹. In questo caso è possibile fare riferimento direttamente a quest'ultima, allegando la relativa documentazione alla relazione¹⁶⁰. Inoltre devono essere indicati i motivi che hanno portato a scegliere un determinato perito, così come le sue competenze e la sua indipendenza nei confronti della società¹⁶¹.

Per quanto concerne la tempistica, è importante che la stima venga effettuata in un momento il più ravvicinato possibile a quello del conferimento o dell'assunzione, rispettivamente a quello dell'iscrizione dell'operazione nel registro di commercio e deve tener conto di eventi e circostanze che potrebbero influenzare il valore stimato tra la data di redazione e quella di iscrizione¹⁶². Qualora vi siano dei dubbi circa il fatto che il bene da conferire o da assumere mantenga invariato il suo valore fino al momento dell'iscrizione dell'operazione nel registro di commercio, è necessario che questo aspetto venga considerato nella stima, la quale dovrà essere verosimilmente fissata ad un importo inferiore rispetto a quello che l'oggetto presenta al momento di redigere la relazione¹⁶³.

4.5. *Struttura della relazione*

La relazione dovrebbe in linea di massima essere suddivisa in quattro parti. Nella prima parte essa deve descrivere la fattispecie qualificata, esponendo – con il necessario grado di precisione – la specie e lo stato

¹⁵⁹ ZINDEL/ISLER, 2016, ad art. 652e, pag. 432, n. 4; DIETSCHI, 2012, pag. 181, n. 423.

¹⁶⁰ Gli uffici del registro di commercio non ammettono il semplice rinvio ad altri documenti. Di parere opposto invece MEYER, il quale ritiene che non sia necessario allegare i documenti alla relazione (MEYER, 2015, pag. 330, n. 702).

¹⁶¹ LOMBARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 375, n. 5; DIETSCHI, 2012, pag. 181, nota a piè di pagina 1034 ad n. 423; MEYER, 2015, pag. 330, n. 701; VON DER CRONE, 2014, pag. 82, n. 149.

¹⁶² LOMBARDINI, 2017, ad art. 635, pag. 375, n. 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 150, n. 47; DIETSCHI, 2012, pag. 179, n. 421; FORSTMOSER, 1981, pag. 319, n. 122.

¹⁶³ CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 816, n. 15; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 135 e 136, n. 401; DIETSCHI, 2012, pag. 179 e 180, n. 421; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 76, n. 16.

del bene da conferire o da assumere. A questo proposito è possibile riprendere integralmente il testo dello statuto. Nella seconda parte è necessario che vi sia la constatazione incondizionata secondo la quale il bene da conferire o assumere è attivabile a bilancio, trasferibile, disponibile e realizzabile (paragrafo 3). In una terza parte va indicato che, secondo la convinzione dei relatori, la stima è adeguata. In conclusione va spiegato sulla base di quali criteri si è giunti alla convinzione che il bene in questione adempie tutte le condizioni per il conferimento e la sua stima è adeguata¹⁶⁴.

5. Conferimento e assunzione di una ditta individuale

5.1. In generale

Nella pratica può accadere che un imprenditore, il quale intende avviare una nuova attività commerciale, non disponga inizialmente del capitale minimo sufficiente per costituire una società di capitali. Egli ha quindi unicamente la possibilità di avviare l'attività con una ditta individuale (art. 934 CO e artt. 36 segg. ORC)¹⁶⁵. Per questo ente giuridico la legge non richiede infatti alcun capitale iniziale minimo, poiché il titolare risponde personalmente per i debiti legati all'azienda. Qualora nel corso degli anni l'attività intrapresa si sviluppi positivamente, generando un utile, quest'ultimo potrà essere capitalizzato (contabilizzato come riserva). Il titolare avrà così la possibilità di conferire gli attivi e passivi della sua ditta individuale (azienda) in una nuova società di capitali e utilizzare l'attivo netto creato per liberare il capitale mediante un conferimento in natura (paragrafo 2.2). Va precisato che l'attivo netto dovrà corrispondere almeno al capitale minimo che la legge impone per la società scelta (per le diverse modalità di utilizzo di un'eventuale eccedenza dell'attivo netto, si veda il paragrafo 2.4.4). La necessità di procedere in questo modo è da ricondurre al fatto che la «trasformazione» di una ditta indivi-

¹⁶⁴ CRAMER, 2016, ad art. 635, pag. 817, n. 16.

¹⁶⁵ In caso di più persone fisiche, vi è invece la possibilità di costituire una società di persone. Anche in questo caso non è previsto alcun capitale nominale minimo (artt. 552 segg. CO).

duale in una società di capitali non può avvenire sulla base degli artt. 53 segg. LFus, ma deve essere effettuata mediante una nuova costituzione (*Neugründung*) con conferimento in natura¹⁶⁶. Al fine di poter stabilire l'ammontare dell'attivo netto presente e individualizzare gli attivi e i passivi trasferiti alla costituenda società, in questo caso il conferimento in natura – e più precisamente la conclusione del relativo contratto – deve avvenire sulla base di un inventario o di un bilancio (*Übernahme- oder Übertragungsbilanz*)¹⁶⁷, che devono essere già presenti al momento della costituzione. Un eventuale rinvio ad un futuro bilancio o inventario con delle cifre approssimative non è ammesso. Questi documenti devono essere redatti in un momento il più vicino possibile a quello della costituzione. Secondo la prassi degli uffici del registro di commercio non possono di principio essere più vecchi di un anno¹⁶⁸.

Oltre all'usuale fattispecie della costituzione con liberazione del capitale mediante conferimento di attivi e passivi di una ditta individuale, è possibile che una società di capitali venga costituita mediante liberazione del capitale in denaro e che essa – successivamente alla sua costituzione – assuma l'azienda dall'azionista. In quest'ultimo caso si applicano le disposizioni sull'assunzione di beni (paragrafo 2.3). Un'azienda può inoltre essere conferita o assunta da una società nell'ambito di un aumento del capitale o di un conferimento ulteriore.

È importante ricordare che, qualora venga trasferita tutta l'attività aziendale di una ditta individuale iscritta nel registro di commercio, il titolare

¹⁶⁶ ROBERTO MALACRIDA, *Basler Kommentar – Fusionsgesetz*, 2^a ed., Basilea 2015, ad art. 69, pag. 649, n. 13a; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/FRAZ J. KESSLER/BRIGITTE VON DER CRONE/KARIN INGBER, *Das Fusionsgesetz*, 2^a ed., Zurigo 2017, pag. 381 seg., n. 837; VON DER CRONE, 2014, pag. 75, n. 132; GWELESSIANI, 2012, pag. 182, n. 499.

¹⁶⁷ BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 477, n. 384; CHRISTIAN CHAMPEAUX, *Stämpfli Handkommentar ORC*, Berna 2013, ad art. 138, pag. 1179, n. 7 e pag. 1183, n. 21.

¹⁶⁸ HANS-JAKOB KÄCH, *Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz*, in *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)*, 2/2007, pag. 141; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 392, n. 861; FORSTMOSER, 1981, pag. 300, n. 34. GWELESSIANI ritiene che la verifica del momento della redazione del bilancio/inventario non rientra in ogni caso nella cognizione dell'ufficio del registro di commercio (GWELESSIANI, 2012, ad art. 138, pag. 183, n. 501).

è tenuto a notificare la cancellazione di quest'ultima a seguito di trasferimento dell'attività (art. 39 cpv. 1 e 3 ORC). In caso contrario, egli rischia infatti di incorrere in una procedura di cancellazione d'ufficio ai sensi dell'art. 152 ORC, ciò che comporterebbe la riscossione di tasse aggiuntive rispetto a quella prevista per la semplice cancellazione e di un'eventuale ammenda ai sensi dell'art. 943 CO¹⁶⁹.

A dipendenza delle circostanze, gli attivi e passivi di una ditta individuale possono essere trasferiti mediante una successione a titolo singolare (paragrafo 5.2) oppure universale (paragrafo 5.3)¹⁷⁰.

5.2. *Successione a titolo singolare*

Fino all'entrata in vigore della LFus in data 1. luglio 2004, l'unica possibilità di trasferire gli attivi legati ad un'azienda era la via del trasferimento a titolo singolare (*Singularsukzession*). In questo caso è necessario rispettare le singole disposizioni di legge, in particolare quelle per il trasferimento del possesso (art. 714 cpv. 1 CC), per la cessione dei crediti (artt. 164 segg. CO), la girata, l'iscrizione costitutiva nel registro fondiario (art. 665 CC) e le particolari norme per il trasferimento dei beni immateriali (art. 33 LBI¹⁷¹, art. 17 LPM¹⁷², art. 14 LDes¹⁷³ e artt. 9 e 16 LDA¹⁷⁴). L'art. 181 CO, già presente prima della LFus, regola infatti unicamente il trasferimento a titolo universale dei passivi (paragrafo 5.3)¹⁷⁵.

¹⁶⁹ SIMONE ALBISETTI/ANDREA PORRINI, L'ufficio del registro di commercio quale baluardo contro la cessione del mantello giuridico: un sistema ancora attuale?, *Rivista ticinese di diritto (RtiD)* I-2019, pag. 687.

¹⁷⁰ DIETSCHI, 2012, pag. 53, n. 133; VON DER CRONE, 2014, pag. 75, n. 132.

¹⁷¹ Legge federale sui brevetti d'invenzione del 25 giugno 1954; RS 232.14.

¹⁷² Legge federale sulla protezione dei marchi e delle indicazioni di provenienza del 28 agosto 1992; RS 232.11.

¹⁷³ Legge federale sulla protezione del design del 5 ottobre 2001; RS 232.12.

¹⁷⁴ Legge federale sul diritto d'autore e sui diritti di protezione affini del 9 ottobre 1992; RS 231.1.

¹⁷⁵ RUDOLF TSCHÄNI, *Basler Kommentar – Obligationenrecht I*, 6^a ed., Basilea 2015, ad art. 181, pag. 941, n. 1; THOMAS PROBST, *Commentaire Romand – Code des obligations I*, 2^a ed., Basilea 2017, ad art. 181, pag. 1264, n. 1 e pag. 1271 seg., n. 25 seg.; PETER REETZ/MICHAEL GRABER, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*, 3^a ed., Zurigo 2016, ad

La successione a titolo singolare rappresenta ancora oggi l'unica via per il conferimento o l'assunzione degli attivi da parte delle ditte individuali che non sono iscritte nel registro di commercio¹⁷⁶. Come si vedrà in seguito (paragrafo 5.3), secondo la dottrina maggioritaria, anche dopo l'entrata in vigore della LFus, sussiste sempre la possibilità per gli enti giuridici iscritti nel registro di commercio di trasferire l'azienda ad una società mediante successione singolare. Tuttavia, in questo caso, non solo gli attivi, ma anche i passivi devono essere trasferiti singolarmente, rispettando gli artt. 175 segg. CO, ciò che necessita in particolare della comunicazione nei confronti del creditore (art. 176 cpv. 2 CO) e dell'ottenimento del consenso al trasferimento da parte di quest'ultimo (art. 175 cpv. 1, art. 176 cpv. 3 e art. 177 CO)¹⁷⁷. Va inoltre rilevato che, a differenza del trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus, nel caso della successione a titolo singolare non avviene alcuna iscrizione nel registro di commercio dell'ente giuridico trasferente¹⁷⁸.

In occasione di un conferimento o assunzione a titolo singolare di attivi e passivi in una società di capitali, il contratto di conferimento deve adempiere unicamente i requisiti di cui all'art. 634 CO.

5.3. *Successione a titolo universale*

Secondo l'art. 181 cpv. 1 CO è possibile trasferire i passivi di un'azienda *ex lege* a titolo universale (*Universalsukzession*), semplicemente comunicando questo fatto ai creditori, senza necessità di ottenere il loro consenso, ciò a differenza di quanto previsto dagli artt. 175 segg. CO¹⁷⁹.

art. 181, pag. 1054, n. 1 e pag. 1056, n. 8; PETER C. SCHAUFELBERGER/KATRIN KELLER, Orell Füssli Kommentar – Schweizerisches Obligationenrecht, 3^a ed., Zurigo 2016, ad art. 181, pag. 527, n. 3; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 472, n. 373.

¹⁷⁶ GWELESSIANI, 2012, ad art. 138, pag. 183, n. 499. I passivi possono invece essere trasferiti anche in questo caso con un unico atto conformemente all'art. 181 CO.

¹⁷⁷ REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1056, n. 8; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/ VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 373, n. 822; CHAMPEAUX, 2013, ad art. 138, pag. 1177, n. 4.

¹⁷⁸ CHRISTIAN CHAMPEAUX, 2013, *ibidem*.

¹⁷⁹ TSCHÄNI, 2015, ad art. 181, pag. 941, n. 2; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1273 segg., n. 31 segg.; MALACRIDA, 2015, ad art. 69, pag. 641, n. 1; REETZ/GRABER,

La comunicazione, che deve essere effettuata dall'assuntore, può avvenire anche mediante pubblicazione nei fogli ufficiali (art. 181 cpv. 1 CO). Nella prassi essa avviene mediante una pubblicazione nel FUSC¹⁸⁰. Dopo l'entrata in vigore della LFus, l'art. 181 CO ha un risvolto praticamente unicamente nell'ambito del trasferimento a titolo universale dei passivi di un'azienda da parte di quegli enti giuridici che non sono iscritti nel registro di commercio e che quindi hanno preclusa la possibilità di operare un trasferimento di patrimonio ai sensi degli artt. 69 segg. LFus^{181/182}.

Va infine precisato che l'assunzione di un'impresa mediante l'acquisto di tutte le azioni di una società (*share deal*)¹⁸³ non rappresenta un trasferimento di un'azienda con attivi e passivi e quindi non rientra nel campo d'applicazione dell'art. 181 CO¹⁸⁴.

Con l'introduzione del nuovo istituto giuridico del trasferimento di patrimonio ai sensi degli artt. 69 segg. LFus, per gli enti giuridici iscritti nel registro di commercio¹⁸⁵ è oggi possibile trasferire a titolo universa-

2016, ad art. 181, pag. 1054, n. 2; SCHAUFELBERGER/KELLER, 2016, ad art. 181, pag. 528, n. 5; FORSTMOSER, 1981, pag. 301, n. 37.

¹⁸⁰ TSCHÄNI, 2015, ad art. 181, pag. 944, n. 13; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1275, n. 36; REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1057, n. 10; SCHAUFELBERGER/KELLER, 2016, ad art. 181, pag. 528, n. 7.

¹⁸¹ TSCHÄNI, 2015, ad art. 181, pag. 942, n. 5; VON DER CRONE, 2014, pag. 81, n. 147; REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1057, n. 10; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 372 seg., n. 821.

¹⁸² A questo proposito si vedano in particolare la società semplice (artt. 530 segg. CO), le persone fisiche e le ditte individuali e le associazioni non iscritte nel registro di commercio (MALACRIDA, 2015, ad art. 69, pag. 643, n. 6; REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1055, n. 2; TSCHÄNI, 2015, *ibidem*).

¹⁸³ Il *share deal* si differenzia dall'*asset deal*, dove, nell'ambito di una vendita di un'impresa (*Unternehmenskauf*), l'oggetto del contratto non sono le azioni della società, bensì ogni sua singola posta attiva e passiva (SCHAUFELBERGER/KELLER, 2016, ad art. 181, pag. 528, n. 4).

¹⁸⁴ DTF 86 II 89, consid. 1; TSCHÄNI, 2015, ad art. 181, pag. 941, n. 1; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1265, n. 2; REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1054, n. 2.

¹⁸⁵ VON DER CRONE, 2014, pag. 81, n. 147; CHAMPEAUX, 2013, ad art. 138, pag. 1179, n. 7. Gli enti giuridici non iscritti nel registro di commercio non possono quindi operare un trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus. Se l'iscrizione nel registro di commercio è avvenuta obbligatoriamente o su base volontaria è invece irrilevante (MALACRIDA, 2015, ad art. 69, pag. 642, n. 5).

le¹⁸⁶ gli attivi e passivi, oppure una parte di essi, per legge (*gesetzliche Rechtsnachfolge*) e con un unico atto (*uno actu*), senza dover adempiere tutte le disposizioni applicabili per il trasferimento delle singole poste (art. 73 cpv. 2 LFus)¹⁸⁷. Lo scopo del legislatore era di agevolare l'operazione di trasferimento di un'azienda ad un altro soggetto di diritto e completare l'art. 181 CO, permettendo per l'appunto anche il trasferimento a titolo universale degli attivi¹⁸⁸. A livello pratico questo istituto

¹⁸⁶ In realtà non è propriamente corretto parlare di successione universale, ma piuttosto di «successione universale parziale» oppure di «trasferimento secondo inventario», poiché solamente gli attivi e passivi indicati in esso vengono trasferiti e l'ente giuridico trasferente può continuare a sussistere, a differenza invece di una fusione ai sensi degli artt. 3 segg. LFus (Messaggio n. 00.052 a sostegno di una legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio del 13 giugno 2000 (Messaggio n. 00.052), in FF 2000 3765, pag. 3884; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1268, n. 14; CHAMPEAUX, 2013, ad art. 138, pag. 1183, n. 20; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 453, n. 997).

¹⁸⁷ Messaggio n. 00.052, FF 2000 3765, pagg. 3884 e 3911; TSCHÄNI, 2015, ad art. 181, pag. 942, n. 2; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1264, n. 2 e pag. 1269, n. 17; PHILIPPE WEBER, *Die Vermögensübertragung*, Zurigo 2004, pag. 125; REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1060, n. 25. La questione a sapere se, nell'ambito del trasferimento di patrimonio ai sensi degli articoli 69 segg. LFus, vengano trasferiti automaticamente anche i rapporti contrattuali, senza necessità di ottenere il consenso della controparte, è ancora oggi oggetto di discussione nella dottrina (cfr. BÖCKLI, 2009, pag. 471 e 472, n. 372 segg.; MALACRIDA, 2015, ad art. 73, pag. 673 segg., n. 15 segg.; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1270, n. 19; WEBER, 2004, pag. 138 segg.; ALEXANDER VOGEL/MICHAEL GÜNTER, *Der Vermögensübergang bei Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz, Aktuelle juristische Praxis (AJP) 5/2012*, pag. 592 segg.; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 377, n. 830 e pag. 447 segg., n. 982 segg.; KÄCH, 2007, pag. 142). Secondo la prassi dell'Ufficio del registro di commercio del Canton Zurigo, in caso di trasferimento di contratti, è necessario che vengano indicate le parti del contratto, il suo oggetto e la data della conclusione (KÄCH, 2007, *ibidem*; Handelsregisteramt Zürich, *Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz*, 2012, pag. 12. In questo senso si esprime anche GWELESSIANI, 2012, ad art. 138, pag. 184, n. 503).

¹⁸⁸ MALACRIDA, 2015, ad art. 69, pag. 641, n. 1; TSCHÄNI, 2015, ad art. 181, pag. 942, n. 4; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1268, n. 16; BÖCKLI, *Aktienrecht*, 2009, pag. 470, n. 371; REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1060, n. 21. A questo proposito va precisato che, a differenza dell'art. 181 CO che pone quale condizione la presenza di un ramo d'azienda (*geschlossene Betriebsteile*), nel caso del trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus è anche possibile trasferire un unico attivo (Messaggio n. 00.052, FF 2000 3765, pag. 3380; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1269, n. 17; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 373, nota a piè

giuridico trova oggi in particolare applicazione nell'ambito del trasferimento dell'attività aziendale di una ditta individuale in una società di capitali. In questo caso, oltre alle disposizioni della LFus, devono tuttavia essere rispettate cumulativamente anche le disposizioni sulla nuova costituzione o sull'aumento del capitale, in particolare quelle sulle fattispecie qualificate (art. 69 cpv. 2 LFus). La controprestazione ai sensi dell'art. 71 cpv. 1 lett. d LFus consiste nell'attribuzione al titolare delle azioni della società assuntrice¹⁸⁹.

L'attuale art. 181 cpv. 4 CO prevede che l'assunzione del patrimonio o dell'azienda di società commerciali, società cooperative, associazioni, fondazioni o ditte individuali iscritte nel registro di commercio è retta dalle disposizioni della LFus. Secondo il Messaggio del Consiglio federale¹⁹⁰ si tratta di una disposizione a carattere imperativo, motivo per cui un ente giuridico iscritto nel registro di commercio può trasferire il suo patrimonio unicamente secondo questa legge. La dottrina maggioritaria ritiene che anche per gli enti giuridici iscritti nel registro di commercio sussista ancora oggi la possibilità di trasferire gli attivi e i passivi di un'azienda a titolo singolare, opzione che viene peraltro spesso utilizzata nella pratica (paragrafo 5.2). L'argomento a sostegno è che l'art. 69 cpv. 1 LFus contiene la dicitura «[...] possono trasferire [...]», a dimostrazione del fatto che si tratterebbe di una facoltà e non di un obbligo¹⁹¹.

di pagina 1566 ad n. 822 e pag. 389, n. 856; CHAMPEAUX, 2013, ad art. 138, pag. 1179, n. 7).

¹⁸⁹ MALACRIDA, 2015, ad art. 69, pag. 649, n. 13a; VON DER CRONE, 2014, pag. 79, n. 146; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 379, n. 834; KÄCH, 2007, pag. 142; CHAMPEAUX, 2013, ad art. 138, pag. 1176 seg., n. 3, pag. 1184, n. 23 e pag. 1185, n. 27 e ad art. 139, pag. 1193, n. 14; GWELESSIANI, 2012, pag. 182 seg., n. 499.

¹⁹⁰ Messaggio n. 00.052, FF 2000 3765, pag. 3911: «Ai sensi dell'articolo 181 capoverso 4, l'assunzione di un patrimonio o di un'azienda di un soggetto giuridico di diritto privato iscritto nel registro di commercio soggiace imperativamente alla normativa della legge sulla fusione, a prescindere dalla forma giuridica del soggetto che assume il patrimonio.».

¹⁹¹ TSCHÄNI, 2015, ad art. 181, pag. 943, n. 6; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1264 seg., n. 2 e pag. 1267, n. 9; MALACRIDA, 2015, ad art. 69, pag. 649, n. 13; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 473, n. 373b; REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1055, n. 2, pag. 1060, n. 21 e pag. 1062, n. 27; SCHAUFELBERGER/KELLER, 2016, ad art. 181, pag. 527, n. 2; WEBER, 2004, pag. 147 seg.; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/

Questa posizione corrisponde altresì alla prassi dell'Ufficio del registro di commercio del Canton Zurigo¹⁹². Non vi è invece discussione in merito al fatto che, in caso di trasferimento degli attivi secondo la LFus, anche i passivi devono essere imperativamente trasferiti secondo questa legge: un'applicazione mista delle disposizioni del CO e della LFus, e più precisamente un trasferimento separato dei passivi secondo l'art. 181 cpv. 1 CO, è del tutto esclusa. Ciò rappresenterebbe un aggiramento delle disposizioni di cui agli artt. 69 segg. LFus, più severe rispetto all'art. 181 CO. La *ratio legis* del trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus è infatti la maggior protezione di soci (art. 74 LFus), creditori (art. 75 LFus) e lavoratori (art. 76 LFus) degli enti giuridici iscritti nel registro di commercio, in particolare per quanto concerne le società commerciali (*Handelsgesellschaften*)¹⁹³. Alla luce delle differenze, anche a livello di costi (paragrafo 5.5), che sussistono tra il trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus e la successione a titolo singolare, non appare a nostro avviso corretto precludere quest'ultima via a tutti gli enti giuridici iscritti nel registro di commercio. Nella pratica vi sono spesso delle ditte individuali che, malgrado esercitino una piccola attività, sono comunque iscritte nel registro di commercio su base volontaria (art. 36 cpv. 4 ORC). Obbligare queste piccole realtà economiche a procedere mediante un trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus, istituto giuridico di una certa complessità che – come indicato sopra – è stato previsto soprattutto per agevolare il trasferimento di un'azienda da parte di importanti società commerciali con parecchi creditori e dipendenti, andrebbe quindi in contrasto con la politica federale degli ultimi anni che mira a sgravare le piccole e medie imprese.

VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 373, n. 822; KÄCH, 2007, pag. 141; CHAMPEAUX, 2013, ad art. 138, pag. 1177, n. 4; GWELESSIANI, 2012, pag. 182, n. 498.

¹⁹² Handelsregisteramt Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, 2012, pag. 11.

¹⁹³ TSCHÄNI, 2015, *ibidem*; WEBER, 2004, pag. 147; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 473, n. 373a; REETZ/GRABER, 2016, *ibidem*; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 373, n. 823; CHAMPEAUX, 2013, *ibidem*; GWELESSIANI, 2012, *ibidem*.

Qualora un'azienda venga trasferita o assunta da una società di capitali sulla base di un contratto di trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus, quest'ultimo, non solo deve adempiere le condizioni di forma previste dall'art. 634 CO ma anche quelle previste agli artt. 70-72 LFus¹⁹⁴. A questo proposito va in particolare rilevato che, secondo l'art. 71 cpv. 1 lett. b LFus, le componenti attive e passive del patrimonio che sono trasferite devono essere designate in un inventario, il quale è parte integrante del contratto¹⁹⁵. Un bilancio può essere utilizzato come inventario ai sensi di questa disposizione solo se le condizioni materiali di quest'ultimo sono adempiute, segnatamente se le componenti trasferite sono designate in modo chiaro e individualizzate, se tutte le poste presenti nel bilancio sono trasferibili ai sensi di legge (vedi art. 72 LFus) e se i fondi, i titoli di credito e i beni immateriali sono indicati singolarmente¹⁹⁶. Ciò corrisponde anche alla prassi dell'Ufficio del registro di commercio del Canton Zurigo¹⁹⁷. Secondo l'art. 71 cpv. 1 lett. e ORC, al contratto deve essere, se del caso, allegato un elenco dei rapporti di lavoro trasferiti a seguito del trasferimento di patrimonio. L'art. 70 cpv. 2 LFus prevede inoltre che, in caso di trasferimento di fondi, il contratto deve essere constatato mediante atto pubblico (paragrafo 6). Qualora le parti siano delle persone giuridiche, in particolare delle società di capitali, il contratto deve essere approvato dall'organo superiore di direzione o di amministrazione (art. 70 cpv. 1 LFus). A questo proposito va precisato che non è necessario produrre il relativo verbale all'ufficio del registro di commercio, nel caso in cui il contratto rechi la firma di tutti i membri di tale organo (art. 138 lett. b ORC).

¹⁹⁴ SIFFERT/TAGMANN, 2013, ad art. 43, pag. 280, n. 36.

¹⁹⁵ CHAMPEAUX, 2013, ad art. 139, pag. 1191, n. 8.

¹⁹⁶ UFRG, Comunicazione 2/12, pag. 2, n. 3; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/VON DER CRONE/INGBER, 2017, pag. 389, n. 857. CHAMPEAUX ritiene che, in caso di trasferimento di un'azienda con attivi e passivi, un bilancio può essere preso come base, ma dallo stesso devono essere stralciate tutte le poste non affinenti ad un inventario e quindi non trasferibili, in particolare un eventuale capitale proprio o delle riserve (CHAMPEAUX, 2013, ad art. 138, pag. 1184, n. 24 seg. e ad art. 139, pag. 1191, n. 8).

¹⁹⁷ KÄCH, 2007, pag. 141; Handelsregisteramt Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, 2012, pag. 11.

Il trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus comporta, oltre all'iscrizione del conferimento in natura o dell'assunzione di beni sulla costituenda società di capitali che assume l'azienda, anche un'iscrizione nel registro di commercio della ditta individuale. La pubblicità dell'iscrizione nel registro di commercio sostituisce infatti tutte le disposizioni di forma previste per la successione a titolo singolare¹⁹⁸. In questo caso l'iscrizione deve contenere l'indicazione della cancellazione della ditta (art. 39 cpv. 1 e 3 ORC), nonché tutte gli elementi previsti dall'art. 139 ORC, segnatamente i dati relativi all'ente giuridico assunto, la data del contratto, il valore complessivo degli attivi e passivi verso terzi trasferiti, nonché la controprestazione¹⁹⁹. L'art. 129 cpv. 1 ORC prevede che, per tutti gli enti giuridici partecipanti, le ristrutturazioni sono iscritte nel registro giornaliero alla stessa data. Tale disposizione si applica anche per l'iscrizione di un conferimento in natura o un'assunzione di beni operata mediante trasferimento di patrimonio (art. 129 cpv. 3 ORC). Lo scopo di questa norma è in particolare quello di garantire la corretta liberazione del capitale della società assuntrice, ritenuto come l'iscrizione del trasferimento di patrimonio nel registro di commercio abbia effetto costitutivo (art. 73 cpv. 2 LFus). Qualora non avesse luogo l'iscrizione del trasferimento di patrimonio, la società assuntrice non potrebbe infatti disporre degli attivi e dei passivi conferiti e il suo capitale non sarebbe quindi validamente liberato (paragrafo 3.3)²⁰⁰. Per motivi di chiarezza, l'iscrizione nel registro di commercio del conferimento in natura o dell'assunzione di beni sull'ente giuridico assunto deve contenere un esplicito riferimento al fatto che l'apporto è avvenuto mediante un trasferimento di patrimonio ai sensi degli artt. 69 segg. LFus²⁰¹. Alla notificazione da parte della ditta individuale deve essere allegato quale documento giustificativo il contratto di trasferimento di patrimonio (art. 138 lett. a ORC).

¹⁹⁸ CHAMPEAUX, 2013, ad art. 138, pag. 1176, n. 2 e ad art. 139, pag. 1190, n. 4.

¹⁹⁹ MALACRIDA, 2015, ad art. 73, pag. 667 e 668, n. 3; WEBER, 2004, pag. 131.

²⁰⁰ CHAMPEAUX, 2013, ad art. 139, pag. 1190, n. 2 e pag. 1193, n. 14.

²⁰¹ L'Ufficio federale del registro di commercio ha proposto un modello del testo di iscrizione, il quale viene utilizzato anche dall'Ufficio del registro di commercio del Cantone Ticino (UFRC, Comunicazione 2/12, pag. 2, n. 3; si veda anche CHAMPEAUX, 2013, ad art. 139, pag. 1194, n. 19 e CRAMER, 2016, ad art. 628, pag. 721, n. 34).

È importante precisare che, a differenza del trasferimento di un singolo debito, in caso di trasferimento a titolo universale la persona trasferente (precedente debitore) resta solidalmente responsabile (*Solidarhaftung*) con l'assuntore (nuovo debitore) per i debiti trasferiti nell'arco dei tre anni (termine perentorio²⁰²) successivi a partire dal momento del trasferimento (art. 143 segg. CO)²⁰³. Questo vale sia per il trasferimento universale ai sensi del CO (art. 181 cpv. 2 CO), sia per quello ai sensi della LFus (art. 75 LFus)²⁰⁴. In quest'ultimo caso i creditori hanno tuttavia la possibilità, a determinate condizioni (ad esempio nel caso di fallimento di uno degli enti giuridici partecipanti al trasferimento), di richiedere una garanzia dei loro crediti (art. 75 cpv. 3 LFus)²⁰⁵.

A livello pratico vi è la tendenza a optare per il trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus, in occasione di grosse transazioni, in cui nel patrimonio trasferito sono presenti una moltitudine di attivi e di passivi²⁰⁶. Un altro elemento che va considerato nella scelta tra le due opzioni è la responsabilità solidale prevista per il trasferimento a titolo universale²⁰⁷. A questo proposito riveste dunque un ruolo particolarmente rilevante la consulenza che viene effettuata dagli specialisti del settore, che dovrà essere modulata sulla tipologia di azienda coinvolta nell'operazione.

5.4. Un caso particolare: il decesso del titolare

In caso di decesso del titolare di una ditta individuale, quest'ultima cessa di esistere e il suo patrimonio passa agli eredi, i quali, uniti in comunione ereditaria (art. 560 CC), avranno la possibilità di conferire il patrimonio in una nuova società di capitali mediante successione singolare oppure secondo trasferimento di patrimonio ai sensi della LFus. In quest'ultimo

²⁰² DTF 108 II 107 consid. 3.

²⁰³ TSCHÄNI, 2015, ad art. 181, pag. 945, n. 17; PROBST, 2017, ad art. 181, pag. 1276 segg., n. 40 segg.; REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1058, n. 15; SCHAUFELBERGER/KELLER, 2016, ad art. 181, pag. 529, n. 9.

²⁰⁴ REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1060, n. 22 seg. e pag. 1061 seg., n. 26.

²⁰⁵ REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1062, n. 26.

²⁰⁶ REETZ/GRABER, 2016, ad art. 181, pag. 1060, n. 21; DIETSCHI, 2012, pag. 108, n. 266.

²⁰⁷ WEBER, 2004, pag. 147 seg.

caso, prima di poter procedere, sono tuttavia tenuti ad iscriversi nel registro di commercio come società in nome collettivo²⁰⁸. Si devono quindi considerare gli importi relativi alle iscrizioni nel registro di commercio (iscrizione e cancellazione della società in nome collettivo), che vanno ad aggiungersi alle altre tasse esposte al successivo paragrafo 5.5.

Va inoltre rilevato che gli eredi dovranno poi procedere a notificare la cancellazione della ditta individuale dal registro di commercio (art. 39 cpv. 2 CO). In questo caso il motivo della cancellazione, a differenza del conferimento dell'azienda da parte del titolare, non è il trasferimento dell'attività aziendale, bensì il decesso del titolare.

5.5. Tasse di iscrizione

Oltre a delle differenze a livello di basi legali e di conseguenze giuridiche tra il trasferimento di patrimonio ai sensi dell'art. 181 CO e quello secondo la LFus, sono anche previste delle diverse tasse di iscrizione nel registro di commercio. Nel primo caso essa ammonta a CHF 50.00 ed è posta carico dell'ente giuridico assuntore (art. 5 lett. a cifra 7 OTRC²⁰⁹), mentre nel secondo caso l'importo è di CHF 400.00 e lo stesso è a carico dell'ente giuridico trasferente (art. 4c cpv. 2 OTRC).

Per il trasferimento degli attivi e dei passivi a titolo singolare non è invece prevista alcuna tassa di iscrizione. Di conseguenza, in caso di conferimento in natura o assunzione di un'azienda che non avviene sulla base della LFus, dalla notificazione o dai documenti giustificativi deve emergere in maniera chiara se i passivi sono stati trasferiti singolarmente oppure a titolo universale ai sensi dell'art. 181 CO.

²⁰⁸ GWELESSIANI, 2012, pag. 183, n. 500.

²⁰⁹ Ordinanza sulle tasse in materia di registro di commercio del 3 dicembre 1954; RS 221.411.1.

6. Conferimento e assunzione di fondi

6.1. Beni conferibili

Tra i beni conferibili di evidente attivabilità si annoverano i fondi (art. 655 cpv. 2 CC)^{210/211}. Oltre alle particelle intavolate a registro fondiario, le quote di comproprietà di fondi e le quote di comproprietà in proprietà per piani, possono essere conferiti anche i diritti per sé stanti e permanenti intavolati nel registro fondiario²¹². Diverso invece il discorso per un fondo detenuto in proprietà comune, ad esempio da una comunione ereditaria. In questo caso un proprietario comune non può conferire la sua interessenza, giacché – in assenza di un pieno potere di disporre – il bene non è attivabile²¹³. Solo dopo la trasformazione in comproprietà ordinaria sarà possibile attivare la quota²¹⁴.

Una parte autorevole di dottrina ritiene che un diritto di compera cedibile (art. 216b CO) possa costituire un bene conferibile²¹⁵. Tuttavia le implicazioni di questo complesso istituto e le differenti fattispecie che possono svilupparsi non vengono analizzate in modo approfondito, soprattutto in ambito fondiario.

Un diritto di compera su un fondo viene usualmente costituito della durata di pochi anni (ad esempio per il tempo necessario a reperire il finan-

²¹⁰ Sentenza della Justizdirektion del Canton Argovia del 12 settembre 1947, in *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht* 1949, pag. 206 segg. (in particolare pag. 2017 consid. 2).

²¹¹ Anche fondi siti all'estero possono essere oggetto di conferimento, cfr. FORSTMOSER, 1981, pag. 297, n. 17 nota a piè di pagina 33 e BAUMANN, 1972, pag. 47 seg. Da considerare tuttavia con attenzione e prudenza le diverse dinamiche del diritto estero sull'acquisto della proprietà fondiaria.

²¹² MEYER, 2015, pag. 183, n. 355 e pag. 185, n. 359; DIETSCHI, 2012, pag. 78, n. 192; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 144, n. 11; FORSTMOSER, 1981, pag. 297, n. 17 seg.; BAUMANN, 1972, pag. 51 seg.

²¹³ STF 2A.52/2003 del 23 gennaio 2004 consid. 3.2.; MEYER, 2015, pag. 185, n. 360; VON DER CRONE, 2014, pag. 78, n. 143; DIETSCHI, 2012, pag. 78, n. 191. Possibilista in caso di accordo di tutta la comunione ma con riserve BAUMANN, 1972, pag. 54.

²¹⁴ DIETSCHI, 2012, *ibidem*.

²¹⁵ MEYER, 2015, pag. 244, n. 496 FORSTMOSER, 1981, pag. 298, n. 22; BAUMANN, 1972, pag. 49.

ziamento dell'operazione immobiliare oppure per ottenere una licenza edilizia), fermo restando la durata massima di 10 anni (art. 216a CO). Al momento della sua costituzione, che deve avvenire nella forma dell'atto pubblico (art. 216 cpv. 2 CO; art. 78 cpv. 1 lett. a ORF²¹⁶)²¹⁷, il beneficiario versa di norma al venditore il 5-10% del prezzo d'acquisto. Tale somma è considerata come anticipo, da computare nel prezzo, e rimane al venditore quale pena di recesso (art. 158 CO) in caso di mancato esercizio del diritto di compera nei termini pattuiti. In tale contesto, l'operazione immobiliare e il suo buon fine presentano un elevato grado d'incertezza. L'unico aspetto certo è che il mancato esercizio comporterebbe la perdita dell'acconto versato. Come ponderare quindi l'attivabilità di un simile diritto di compera? È pressoché impossibile valutarne il valore immateriale. Resta quindi da valutare l'incidenza della somma versata quale acconto. Uno dei presupposti dell'attivabilità di un bene è anche la probabilità che esso comporti un afflusso di mezzi alla società (art. 959 cpv. 2 CO). Le nuove norme relative alla contabilità prevedono che la valutazione delle poste contabili debba avvenire secondo il principio della prudenza (art. 958c cpv. 1 cifra 5 CO e art. 960 cpv. 2 CO)²¹⁸. Benché la legge sia silente in merito al grado di probabilità e sebbene non ci sia unanimità nella dottrina, riteniamo – come sostenuto da Böckli – che l'applicazione di tale principio al predetto presupposto implica che la probabilità secondo cui il bene comporterà un afflusso di mezzi dovrà essere sostanzialmente certa²¹⁹. L'incertezza in merito all'attivabilità, considerato inoltre il principio fondamentale della garanzia dell'effettivo conferimento del capitale societario, porta pertanto a escludere la possibilità di costituzione mediante conferimento di un simile diritto di compera.

Diverso per contro il caso in cui l'acconto non fosse considerato pena di recesso e fosse quindi ritornato al beneficiario in caso di mancato eserci-

²¹⁶ Ordinanza sul registro fondiario del 23 settembre 2011; RS 211.432.1.

²¹⁷ DTF 119 II 135 consid. 2a, di interesse anche per i punti essenziali del contratto.

²¹⁸ Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1438: «*Il principio della prudenza è dunque parte integrante del concetto di valutazione.*».

²¹⁹ BÖCKLI, Rechnungslegung, 2014, pag. 76, n. 325 segg.; LIPP, 2016, pag. 633, n. 25a; MEYER, 2015, pag. 159, n. 301 seg.

zio del diritto di compera²²⁰. Allo stesso modo è conferibile un diritto di compera per il quale l'intero prezzo d'acquisto è già stato versato (nella quantificazione dell'attivo apportato dovrà tuttavia essere debitamente considerato l'eventuale aggravio ipotecario).

Il diritto di compera esposto nel precedente esempio potrebbe tuttavia essere oggetto di un'assunzione di beni, qualora fosse reso sufficientemente verosimile il perfezionamento dell'operazione immobiliare²²¹. In tal caso i presupposti della conferibilità sono considerati in maniera più flessibile, purché non si intenda in tal modo eludere la legge (paragrafo 3.5).

6.2. *Un affare a due*

Secondo il diritto svizzero, l'acquisto della proprietà fondiaria avviene – fatte salve specifiche eccezioni – con l'iscrizione nel registro fondiario (art. 656 cpv. 1 CC). Non fa eccezione il conferimento di un fondo in una fattispecie qualificata^{222/223}. Ecco quindi che tale operazione comporta l'interazione di due attori: l'ufficio del registro fondiario e l'ufficio del registro di commercio. Come procedere? È direttamente il Codice delle obbligazioni che indica la via: il conferimento deve avvenire mediante atto pubblico e la società, dal momento della sua iscrizione nel registro di commercio, deve ottenere il diritto incondizionato di chiedere l'iscrizione nel registro fondiario (art. 634 CO). L'iscrizione nel registro fondiario del trapasso di proprietà del fondo dal conferente alla società avviene quindi solo (ma immediatamente) dopo la costituzione della società²²⁴.

²²⁰ A bilancio l'acconto sarà registrato alla voce «*acconti versati su immobilizzazioni*», si veda MAX BOEMLE/RALF LUTZ, *Der Jahresabschluss*, Zurigo 2008, pag. 334.

²²¹ CRAMER, 2016, pag. 713, n. 14; DIETSCHI, 2012, pag. 96, n. 235 (con rinvio a pag. 69, n. 173).

²²² DTF 109 II 99 consid. 2.

²²³ Diverso invece in caso di trasferimento di patrimonio ai sensi dell'art. 69 segg. LFus. Qui il passaggio della proprietà fondiaria avviene al momento dell'iscrizione del trasferimento di patrimonio nel registro di commercio (art. 73 cpv. 2 LFus). L'iscrizione a registro fondiario ha mero carattere dichiarativo. Si veda, tra altri, BRÜCKNER/KUSTER, 2016, pag. 485, n. 2361.

²²⁴ STF 4A_61/2009 del 26 marzo 2009 consid. 4.2; CRAMER, 2016, pag. 783, n. 16; VON DER CRONE, 2014, pag. 80, n. 147.

Il diritto incondizionato a chiederne l'iscrizione nel registro fondiario permette l'adempimento del requisito della libera disponibilità del bene²²⁵. All'uopo il conferente deve autorizzare nell'atto pubblico il consiglio d'amministrazione o il notaio all'iscrizione²²⁶. Questo meccanismo di trapasso di proprietà immobiliare riflette l'analogo meccanismo per il trapasso della proprietà mobiliare, attraverso il trasferimento del possesso (art. 714 cpv. 1 CC in relazione con l'art. 922 CC).

I notai ticinesi chiamati ad allestire i pubblici strumenti necessari per la costituzione qualificata di una società sono soliti indicare l'atto di cessione del fondo dal promotore alla costituenda società come «atto di conferimento in natura o «contratto d'apporto». La natura di questo contratto è controversa. Secondo la dottrina maggioritaria si tratta di un contratto innominato, marcato dalle caratteristiche del contratto di permuta (che a sua volta e per analogia segue le disposizioni relative al contratto di vendita, art. 237 CO) tra il conferente-promotore e la costituenda società: il bene conferito in cambio delle azioni²²⁷. Il contratto deve contenere l'identificazione delle parti (il conferente e la costituenda società, rappresentata dai futuri membri del consiglio d'amministrazione), la descrizione precisa del bene conferito (attivi) ed eventuali oneri connessi (passivi), le garanzie o la loro esclusione, la modalità di conferimento, il valore stabilito per il conferimento, il numero e il tipo di azioni nonché l'impegno irrevocabile a trasferire la proprietà del bene conferito senza alcuna restrizione²²⁸. Per l'iscrizione nel registro fondiario devono essere prodotti una copia autentica dell'atto pubblico di conferimento del fondo (art. 64 cpv. 1 lett. a ORF), un estratto autenticato del registro di commercio della società ed eventuali ulteriori documenti per l'iscrizione (si

²²⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 145, n. 15.

²²⁶ CRAMER, 2016, pag. 783, n. 16; FORSTMOSER, 1981, pag. 303, n. 45.

²²⁷ CRAMER, 2016, pag. 786 seg., n. 21; MEYER, 2015, pag. 300 segg., n. 611 segg.; MARKUS VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, in Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 2004, pag. 106 seg. Sulla sua interpretazione si veda MARKUS BÖSIGER, Sacheinlage- und Sachübernahmevertrag, in Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2017, pag. 398 segg.

²²⁸ LOMBARDINI, 2017, ad art. 634, pag. 369, n. 3; CRAMER, 2016, pag. 786, n. 22; VON DER CRONE, 2014, pag. 7, n. 146.

veda in particolare paragrafo 6.3)²²⁹. La tariffa applicabile nel Canton Ticino per l'iscrizione del conferimento del fondo è quella relativa all'iscrizione di un trapasso di immobili a titolo oneroso (art. 11 LTORF²³⁰). È opportuno ricordare che in questi casi l'ufficiale del registro fondiario valuta la congruità del valore indicato e, se del caso, fa uso della sua facoltà di rivalutazione del valore del fondo (art. 7 LTORF)²³¹.

6.3. *Il terzo incomodo*

Detto dell'attivabilità dei fondi in favore della società, stante l'evidente realizzabilità degli stessi, rimane un'ultima condizione da considerare, che tuttavia gioca un ruolo affatto trascurabile: la trasferibilità del fondo. In quest'ambito v'è un ampio spettro di ingerenze che potrebbero mettere a repentaglio l'operazione. Può infatti essere necessario ottenere il consenso dell'autorità fiscale in caso di conferimento da parte di persona con domicilio all'estero (art. 172 LIFD²³² e art. 9 Regolamento di applicazione della legge federale sull'imposta federale diretta²³³)²³⁴, l'autorizzazione all'alienazione ex art. 30e LPP^{235/236}, l'autorizzazione ai sensi dell'art 32d^{bis} cpv. 3 LPAmb^{237/238} in caso di conferimento di un fondo iscritto nel catasto dei siti inquinati, una decisione di modifica o cancel-

²²⁹ BRÜCKNER/KUSTER, 2016, pag. 419, n. 2006 segg.

²³⁰ Legge sulle tariffe per le operazioni nel Registro fondiario del 16 ottobre 2006; RL 216.200.

²³¹ STF 2C_506/2013 del 1. novembre 2013 (che ha confermato la sentenza della Camera di diritto tributario del Tribunale d'appello n. 80.2012.143 del 26 aprile 2013); STF 2C_753/2010 del 23 marzo 2011. Si veda anche RICCARDO M. VARINI, Le imposte sui trasferimenti, Rivista ticinese di diritto (RtiD) II-2017, pag. 717.

²³² Legge federale sull'imposta federale diretta del 14 dicembre 1990; RS 642.11.

²³³ RL 642.150.

²³⁴ BRÜCKNER/KUSTER, 2016, pag. 556 segg., n. 2739 segg.

²³⁵ Legge federale sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità del 25 giugno 1982; RS 831.40.

²³⁶ BRÜCKNER/KUSTER, 2016, pag. 550 segg., n. 2703 segg.

²³⁷ Legge federale sulla protezione dell'ambiente del 7 ottobre 1983; RS 814.01.

²³⁸ BRÜCKNER/KUSTER, 2016, pag. 554 segg., n. 2724 segg.

lazione di restrizione d'uso secondo la LASEC^{239/240}, il consenso del coniuge per la cessione dell'abitazione familiare (art. 169 CC), ma soprattutto i diritti di prelazione contrattuali e legali (art. 682 CC per i comproprietari e il proprietario gravato da un diritto di superficie per sé stante e permanente, ma anche quelli previsti nella LDFR, segnatamente agli artt. 42 segg., 47 seg. e 49 LDFR²⁴¹)²⁴². Poiché, a determinate condizioni, anche una persona giuridica può acquisire un'azienda agricola o un fondo agricolo²⁴³, è ipotizzabile che tale persona giuridica venga costituita mediante conferimento di fondi agricoli. Pure in questo caso sarà necessario ottenere un'autorizzazione (art. 61 cpv. 1 LDFR)²⁴⁴.

Su tutte, nondimeno, spicca per gravosità l'incidenza delle disposizioni previste dalla Legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero (LAFE)^{245/246}. Secondo l'art. 18 LAFE, l'ufficiale del registro fondiario e quello del registro di commercio rinviano all'autorità di prima istanza LAFE l'istante se non possono escludere a priori l'obbligo di autorizzazione, affinché sia ottenuta l'autorizzazione oppure l'accertamento del non assoggettamento alla legge. Nel caso in cui sia conferito un fondo adibito a stabilimento d'impresa ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 lett. a LAFE (già edificato e senza una superficie di riserva eccessiva) e – cu-

²³⁹ Legge federale sulle abitazioni secondarie del 20 marzo 2015; RS 702.

²⁴⁰ BRÜCKNER/KUSTER, 2016, pag. 558 seg., n. 2748 segg.; SIMONE ALBISETTI, *Erwerb von Grundeigentum durch Personen im Ausland*, in Alfred Koller, *Der Grundstückskauf*, 3^a ed., Berna 2017, pag. 413 seg., n. 128 seg.

²⁴¹ Legge federale sul diritto fondiario rurale del 4 ottobre 1991; RS 211.412.11.

²⁴² CRAMER, 2016, pag. 783 seg., n. 17.

²⁴³ FRANZ A. WOLF, *Landwirtschaftliches Grundeigentum bei der Einbringung in juristische Personen und beim Erwerb von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften – Kommentar zu BGE 140 II 233*, in Jusletter 13 ottobre 2014; EDUARD HOFER/BENNO STUDER, *Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen*, in *Blätter für Agrarrecht* 2012, pag. 35 segg.; SIMONE ALBISETTI, *Facta lex inventa fraus: la raffinatezza della frode alla legge*, *Rivista ticinese di diritto (RtiD)* I-2018, pag. 387 segg.

²⁴⁴ WOLF, 2014, pag. 3, n. 6 seg.; HOFER/STUDER, 2012, pag. 46 seg. Si veda anche la fattispecie della DTF 140 II 233.

²⁴⁵ RS 211.412.41.

²⁴⁶ Sui principi di applicazione della LAFE si veda ALBISETTI, 2017, pag. 380 segg., n. 9 segg.

mulativamente – nel caso in cui la costituenda società non abbia scopo immobiliare, l'operazione non è soggetta alla legge. Tuttavia negli altri casi l'ufficiale del registro di commercio effettuerà il rinvio. Al proposito si deve ricordare che il Tribunale federale ha confermato che sottostanno alla LAFE non solo i conferimenti e l'assunzione di fondi ma anche l'intenzione di una simile assunzione, ciò che si evince dallo scopo immobiliare della stessa²⁴⁷. L'Autorità di I istanza LAFE sarà chiamata a emanare una decisione di accertamento di non assoggettamento sia della costituzione della società immobiliare (se tale sarà lo scopo previsto) che del conferimento del fondo. Nel caso in cui la società sia costituita mediante conferimento di un fondo nel Cantone X e abbia però sede nel Cantone Y, riteniamo che la competenza spetti all'Autorità di I istanza LAFE del Cantone X. Infatti il diritto incondizionato di chiedere l'iscrizione nel registro fondiario del trapasso di proprietà del fondo (che la società ottiene al momento della sua costituzione), deve essere considerato in ottica LAFE quale acquisto di un fondo, giacché tale diritto procura alla società una posizione analoga a quella del proprietario del fondo ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 lett. g LAFE. Essendoci al momento dell'iscrizione nel registro di commercio della società contestualmente anche il conferimento di tale diritto, trova applicazione la competenza prevista all'art. 15 cpv. 2 LAFE (competenza dell'autorità del luogo di situazione del fondo). È quindi importante nell'economia della pianificazione dell'operazione considerare adeguatamente i tempi tecnici necessari per ottenere la decisione di accertamento di non assoggettamento. Appare inoltre prudente

²⁴⁷ DTF 109 Ib 95 consid. 4c: «[...] Es ist nicht sinnvoll, die Beteiligung von Personen im Ausland an der Gründung einer juristischen Person oder Personengesellschaft ohne juristische Persönlichkeit der Bewilligungspflicht nur dann zu unterstellen, wenn deren Vermögen schon im Zeitpunkt der Gründung ganz oder überwiegend aus Grundstücken besteht. Die ausländische Beteiligung muss auch dann erfasst werden können, wenn die feste Absicht der Gründer vorhanden ist, Grundstücke zu erwerben, jedoch im Zeitpunkt der Gründung die Verwirklichung der ins Auge gefassten Projekte noch nicht gewiss ist, sofern auf Grund der gesamten Umstände anzunehmen ist, dass die Gesellschaft in absehbarer Zeit Grundstücke erwerben wird und im Hinblick auf dieses Ziel gegründet würde.»; DTF 114 Ib 261 consid. 3; URS MÜHLEBACH/HANSPETER GEISSMANN, Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, ad art. 4, pag. 50, n. 39.

sottoporre l'istanza di accertamento del non assoggettamento alla LAFE prima dell'inoltro dell'istanza di iscrizione della costituenda società e della successiva istanza di iscrizione di trapasso di proprietà del fondo conferito, così che le operazioni di iscrizione nei registri non rimangano pendenti per svariate settimane nell'alea della decisione LAFE²⁴⁸.

7. Conferimento e assunzione di criptovaluta

7.1. *Introduzione*

Una categoria particolare e innovativa di operazione societaria concerne la costituzione di società mediante conferimento in criptovaluta. Tale operazione si presta alla perfezione a fungere da esempio concreto di applicazione e riflessione sulle norme relative al conferimento in natura e sull'ecosistema delle valute virtuali.

La scelta della criptovaluta più adatta alle esigenze della società nell'ottica non solo operativa, bensì della conservazione nel tempo della copertura del capitale azionario e della gestione del rischio di fluttuazione durante il processo di costituzione, rappresenta una sfida articolata e complessa. Si pensi al corso della valuta più capitalizzata e scambiata al mondo: Bitcoin (BTC). In data 31 luglio 2018²⁴⁹, occorreano 12 bitcoin per liberare l'intero capitale azionario di una società anonima dotata del capitale minimo (CHF 100 000.00), mentre in data 15 dicembre 2018²⁵⁰ ne occorreano 31. La prima società, avendo subito una svalutazione del 60% dell'attivo in portafoglio, sarà verosimilmente chiamata, a distanza di soli 4 mesi e mezzo dalla costituzione, a valutare adeguate misure di risanamento (art. 725 cpv. 1 CO)²⁵¹.

²⁴⁸ Un'accorta pianificazione delle azioni da proporre in sequenza ai vari uffici coinvolti permette di evitare un ginepraio procedurale come nel caso di cui alla sentenza della seconda Camera civile del Tribunale d'appello n. 12.2012.10 del 1° giugno 2012.

²⁴⁹ Prezzo di un bitcoin: USD 8132.00.

²⁵⁰ Prezzo di un bitcoin: USD 3205.00.

²⁵¹ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12^a ed., Berna 2018, pag. 461, n. 66 segg. e pag. 475 segg., n. 124 segg.

7.2. *Nozione e storia*

Preliminarmente occorre definire la nozione di criptovaluta, considerato che la terminologia in uso è assai variegata²⁵². Per comprendere l'origine del termine occorre fare un passo indietro. Nel 2008, Satoshi Nakamoto (pseudonimo) pubblica un *paper* che pone le basi del sistema Bitcoin²⁵³, una versione decentralizzata e pseudonomizzata del contante elettronico, basata in particolare su: algoritmi crittografici e di hashing, la partecipazione diretta degli utenti (*Peer-to-Peer*, P2P) e la distribuzione delle informazioni su un numero elevato di nodi indipendenti (registro distribuito)²⁵⁴. Il sistema, quale combinazione originale di varie tecnologie già note da tempo, è rivoluzionario, in quanto rimuove la necessità di una terza parte di fiducia cui affidare la validazione delle transazioni e introduce il concetto di scarsità digitale, rendendo unico e identificabile (per tanto non replicabile, né spendibile più volte) un dato puramente digitale²⁵⁵. Il 3 gennaio 2009, Nakamoto genera il primo blocco della futura catena di blocchi (*blockchain*)²⁵⁶ rilasciando i primi 50 bitcoin²⁵⁷. Attualmente il numero di bitcoin generati dal protocollo per remunerare i minatori (*miners*), i quali fungono da validatori dei blocchi immettendo potenza computazionale nel sistema, si eleva a 17,858 milioni²⁵⁸ (il tetto massimo stabilito dal protocollo è di 21 milioni). Trattandosi della più importante evoluzione basata sulla crittografia del contante elettronico, il bitcoin rientra fedelmente nel concetto di valuta crittografica (criptovaluta o crittovaluta).

²⁵² Ad esempio: *coin* (con le sottocategorie *stable coin*, *alternative coin* o *altcoin*, *privacy coin* ecc.), *token*, criptovaluta, crittovaluta, valuta virtuale, denaro crittografato, ecc.

²⁵³ <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (consultato in data 29.8.2019).

²⁵⁴ Per una descrizione delle tecnologie Blockchain: MARTIN HESS/PATRICK SPIELMANN, *Cryptocurrencies, Blockchain, Handelsplätze & Co. – Digitalisierte Werte unter Schweizer Recht*, in Thomas U. Reutter/Thomas Werlen, *Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XII*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2017, pag. 151 segg.

²⁵⁵ FULVIO SARZANA DI S. IPPOLITO/MASSIMILIANO NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Milano 2018, pag. 18.

²⁵⁶ Ovvero la tecnologia alla base di Bitcoin; la blockchain attualmente è composta di 589 317 blocchi (<https://www.blockchain.com/it/explorer>; stato: 9.8.2019 alle ore 12:11).

²⁵⁷ <https://news.bitcoin.com/bitcoins-quirky-genesis-block-turns-eight-years-old-today/> (consultato in data 29.8.2019).

²⁵⁸ <https://coinmarketcap.com/it/historical/20190804/> (stato: 4.8.2019).

Quale evoluzione della tecnologia alla base di Bitcoin, viene sviluppata²⁵⁹ e lanciata il 30 luglio 2015 la piattaforma svizzera²⁶⁰ Ethereum, che consente non solo di effettuare transazioni monetarie (al pari di Bitcoin), bensì di creare applicazioni decentralizzate (*DApp*) e contratti intelligenti (*Smart Contracts*)²⁶¹. Questa funzionalità ha aperto la strada alle cosiddette «ICO» (*Initial Coin Offering*)²⁶², un processo di finanziamento distribuito di progetti basato sull'emissione e la vendita di *token* digitali generati tramite Ethereum (lo standard tecnico più utilizzato a tal fine, data la semplicità di attuazione, è l'ERC-20). Dalla criptovaluta per antonomasia (bitcoin) si giunge così all'Ether (il *token* nativo della piattaforma, che serve da «carburante» per far funzionare Ethereum e i suoi Smart Contracts) e alla miriade di *token* (migliaia ad oggi) forgiati tramite Ethereum nell'ambito dei progetti più variegati e con le più diverse funzionalità: dall'emissione di valute in senso stretto, alla realizzazione di voucher digitali, alla creazione di *alter ego* digitali di strumenti finanziari e beni fisici in modo da renderli negoziabili tramite blockchain. Tali *token* vengono quotati e negoziati su piattaforme online (*exchange*). In tal modo, viene loro riconosciuto un valore di mercato, da cui deriva l'abilità a fungere da mezzo di pagamento o di scambio²⁶³.

Riassumendo, se bitcoin (coin) e i *token* rientrano entrambi nell'ampio concetto di criptovaluta, date le caratteristiche che li accomunano (condivisione della tecnologia sottostante, trasmissibilità e capacità di attrarre valore), i *token* possono differire fra loro in maniera sostanziale per finalità e qualifica giuridica.

²⁵⁹ Libro Bianco di Vitalik Buterin (<https://ethereumbuilders.gitbooks.io/guide/content/it/%5BItalian%5D-Libro-Bianco.html>) e Libro Giallo di Gavin Wood (<http://gawood.com/Paper.pdf>), consultati in data 29.8.2019.

²⁶⁰ <https://breakermag.com/switzerlands-crypto-valley-birthed-ethereum-and-never-lost-its-cool/> (consultato in data 29.8.2019).

²⁶¹ Per una descrizione del funzionamento degli *Smart Contract*: HESS/SPIELMANN, 2017, pag. 163 segg.

²⁶² Per un approccio introduttivo al tema, si veda: MARC-ANDRÉ BEAT SCHAUWECKER, Initial Coin Offering (ICO), *Steuer Revue (StR)* 73/2018, pag. 932 segg.

²⁶³ LUKAS MÜLLER/THOMAS STOLTZ/TOBIAS KALLENBACH, Liberierung des Aktienskapitals via Kryptowährungen, *Aktuelle juristische Praxis (AJP)* 2017, pag. 1319 (scaricabile dal seguente link: https://www.baerkarrer.ch/publications/03_M%C3%BCller_Stoltz_Kallenbach.pdf; consultato in data 29.8.2019).

7.3. *Qualifica delle criptovalute nel diritto svizzero*

La Svizzera si è occupata a ogni livello di criptovalute, blockchain, Fintech e ICO, profilandosi a livello globale quale leader di settore. Non senza qualche timore alle nostre latitudini, in particolare dal profilo della lotta all'evasione fiscale²⁶⁴ e al riciclaggio di denaro²⁶⁵. In un primo tempo, il Consiglio federale²⁶⁶, l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA)²⁶⁷, l'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC)²⁶⁸ e i Cantoni più profilati si sono fatti promotori di importanti iniziative per fornire un inquadramento quanto più possibile certo al fenomeno²⁶⁹, al pari di importanti associazioni di settore, quali l'Associazione svizzera dei banchieri (ASB)²⁷⁰ e la Capital Markets and Technology

²⁶⁴ Risposta del Consiglio di Stato all'interrogazione «Criptovalute: la nuova frontiera dell'evasione fiscale?» (https://m4.ti.ch/user_librerie/php/GC/allegato.php?allid=122038; consultato in data 29.8.2019).

²⁶⁵ <https://www.cdt.ch/svizzera/politica/servono-regole-chiare-anche-per-le-criptovalute-GG1008228> (consultato in data 29.8.2019).

²⁶⁶ Rapporto del 25 giugno 2014 del Consiglio federale sulle monete virtuali (Rapporto 2014 monete virtuali), <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/35353.pdf> (consultato in data 29.8.2019).

²⁶⁷ Scheda «Valute virtuali» (<https://www.finma.ch/it/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/faktenblaetter/faktenblatt-virtuelle-waehrungen.pdf?la=it>) e Guide per il settore Fintech, LRD e ICO (<https://www.finma.ch/it/autorizzazione/fintech/>), consultati in data 29.8.2019.

²⁶⁸ Documento di lavoro AFC sulle criptovalute e le Initial Coin Offering / Initial Token Offering (ICO/ITO): https://www.estv.admin.ch/dam/estv/it/dokumente/bundessteuer/kryptowaehrungen/Arbeitspapier-Kryptowaehrungen.pdf.download.pdf/Arbeitspapier-Kryptowaehrungen_it.pdf; consultato in data 29.8.2019.

²⁶⁹ Canton Ginevra con la Guida «Initial Coin Offerings (ICOs) dans le canton de Genève» (<https://www.ge.ch/document/guide-initial-coin-offerings-icos-canton-geneve>; consultato in data 29.8.2019); Canton Ticino con «Comunicazione della prassi cantonale sul trattamento fiscale delle criptovalute» (https://www4.ti.ch/fileadmin/DFE/DC/DOC-PRASSI/2018_Trattamento_fiscale_delle_criptovalute.pdf; consultato in data 29.8.2019).

²⁷⁰ Leitfaden der SBVg zur Eröffnung von Firmenkonti für DLT-Unternehmen (2ª edizione, agosto 2019) (https://www.swissbanking.org/library/richtlinien/leitfaden-der-sbv-g-zur-eroeffnung-von-firmenkonti-fuer-blockchain-unternehmen/sbv-g-leitfaden-kontoeroeffnung_d.pdf/@download/file/SBVg_Leitfaden-Kontoeroeffnung_DE.pdf; consultato in data 29.8.2019).

Association (CMTA)²⁷¹. In seguito, il Rapporto del Consiglio federale del 14 dicembre 2018 denominato «*Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse*»²⁷² ha evidenziato alcune lacune legislative da colmare. Il primo risultato tangibile del Rapporto è il progetto di Legge federale sull'adeguamento del diritto federale agli sviluppi della tecnologia di registro distribuito (avamprogetto²⁷³ e rapporto esplicativo²⁷⁴) pubblicato nel mese di marzo 2019.

Per quanto concerne l'inquadramento giuridico, le criptovalute non sono un mezzo *legale* di pagamento, posto che l'art. 2 LUMP²⁷⁵ riserva tale qualifica alle monete emesse dalla Confederazione, ai biglietti di banca emessi dalla Banca nazionale svizzera e ai depositi a vista in franchi presso la Banca nazionale svizzera. Inoltre, non sono considerate divisa estera, poiché tale concetto implica l'emissione da parte di uno Stato estero di valuta a corso legale²⁷⁶. Sono per contro beni patrimoniali negoziabili²⁷⁷, per cui si prestano a fungere da moneta di scambio convenzionale. Per completezza, l'ordinamento giuridico svizzero già contempla, seppur in settori molto specifici, i concetti di «valuta virtuale»²⁷⁸ e di «valori patrimoniali fondati sulla cifratura digitale»²⁷⁹.

²⁷¹ Guida per la tokenizzazione delle azioni (<http://www.cmta.ch/wp-content/uploads/CMTA-Blueprint-for-the-tokenization-of-shares-of-Swiss-corporations-1.pdf>) e Guida per i processi anti-riciclaggio nell'ambito degli asset digitali (<http://www.cmta.ch/wp-content/uploads/CMTA-AML-Standards-for-Digital-Assets-1.pdf>), consultati in data 29.8.2019.

²⁷² <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55152.pdf> (consultato in data 29.8.2019).

²⁷³ <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/56201.pdf> (consultato in data 29.8.2019).

²⁷⁴ <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/56204.pdf> (consultato in data 29.8.2019).

²⁷⁵ Legge federale sull'unità monetaria e i mezzi di pagamento (LUMP) del 22 dicembre 1999; RS 941.10.

²⁷⁶ Rapporto 2014 monete virtuali, pag. 7.

²⁷⁷ Rapporto 2014 monete virtuali, pagg. 8 e 11.

²⁷⁸ Art. 4 cpv. 2 Ordinanza relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo dell'11 novembre 2015 (Ordinanza sul riciclaggio di denaro, ORD; RS 955.01) e art. 2 lett. c Ordinanza dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari sulla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del ter-

La FINMA, nell'ambito della Guida pratica per il trattamento delle richieste inerenti all'assoggettamento in riferimento alle ICO del 16 febbraio 2018²⁸⁰, ha ulteriormente affinato l'analisi, fornendo un quadro relativamente chiaro e completo della materia, perlomeno nel campo del diritto finanziario. Le criptovalute possono essere suddivise in tre categorie, a seconda della loro funzione economica:

- a) *Token* di pagamento (criptovaluta in senso stretto): *token* che sono accettati come mezzi di pagamento per l'acquisto di beni o servizi oppure sono finalizzati al trasferimento di denaro e di valori senza conferire alcun diritto nei confronti dell'emittente²⁸¹;
- b) *Token* di utilizzo: *token* spendibili per accedere a un'utilizzazione o a un servizio digitale forniti su o dietro utilizzo di un'infrastruttura blockchain²⁸²;
- c) *Token* d'investimento: *token* assimilabili funzionalmente a valori, ad esempio sotto forma di crediti nei confronti dell'emittente, azioni²⁸³,

rorismo nel settore finanziario del 3 giugno 2015 (Ordinanza FINMA sul riciclaggio di denaro, ORD-FINMA; RS 955.033.0).

²⁷⁹ Art. 14f cpv. 4 Ordinanza sulle banche e le casse di risparmio del 30 aprile 2014 (Ordinanza sulle banche, OBCR; RS 952.02).

²⁸⁰ www.finma.ch/it/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?la=it (consultato in data 29.8.2019).

²⁸¹ Si tratta di un mezzo di pagamento ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 lett. b Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo del 10 ottobre 1997 (Legge sul riciclaggio di denaro, LRD; RS 955.0); non si configura quale valore mobiliare (*security*) ai sensi dell'art 1° art 2 lett. b Legge federale sulle infrastrutture del mercato finanziario e il comportamento sul mercato nel commercio di valori mobiliari e derivati del 19 giugno 2015 (Legge sull'infrastruttura finanziaria, LInFi; RS 958.1).

²⁸² Il *token* di utilizzo è un valore mobiliare, a meno che (cumulativamente): la finalità esclusiva sia l'utilizzo su una blockchain, sia utilizzabile a tale scopo sin dal momento dell'emissione e manca qualsiasi funzione economica di investimento; non soggiace alla LRD solo se serve principalmente a fornire l'accesso all'utilizzo della blockchain per finalità esterne all'ambito finanziario.

²⁸³ Per un'analisi approfondita dal profilo del diritto delle obbligazioni in merito alla corretta qualifica delle azioni tokenizzate (cartealori, diritti valori e titoli contabili): HANS CASPAR VON DER CRONE/MARTIN MONSCH/LUZIUS MEISSER, *Aktien-Token*, in *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* (GesKR) 1/2019, pag. 3 segg.

quote di ricavi futuri, flussi di capitale futuri, strumenti che presentano una funzione economica di investimento ecc.²⁸⁴.

Qualificare correttamente i *token* per determinarne il regime giuridico è di fondamentale importanza, segnatamente sotto tre profili: (i) verificare che la loro acquisizione o trasmissione possa avvenire in regime di legalità (le transazioni illegali sono soggette a nullità), (ii) stabilire se siano applicabili in capo ai soggetti che interagiscono con i *token* obblighi collegati alla normativa antiriciclaggio (LRD) e (iii) stabilire le regole applicabili al trasferimento di eventuali diritti o valori incorporati nei *token*. In definitiva, questa analisi è fondamentale in vista della valorizzazione della criptovaluta, nonché della verifica dei criteri di conferibilità (in particolare l'attivabilità e la trasferibilità).

7.4. *Analisi e spunti statistici sul fenomeno in Svizzera*

Abbiamo analizzato le iscrizioni nel registro di commercio del Canton Zugo (stato: 25 giugno 2019) onde valutare la sostanza del fenomeno e, più pragmaticamente, per identificare alcune caratteristiche ricorrenti. In particolare, è interessante indagare sulle criptovalute che in passato hanno ottenuto la validazione dell'ufficio del registro di commercio. La scelta del Canton Zugo discende dal fatto che Zugo si è profilata a livello mondiale, sotto la denominazione di «Crypto Valley», quale centro di ricerca e sviluppo, nonché hub internazionale per le start-up nel campo della blockchain e delle valute virtuali.

Dal registro di commercio del Canton Zugo si evincono i seguenti dati e orientamenti generali:

²⁸⁴ Occorre valutare se si tratta di valori mobiliari (*securities*) giusta l'art 2 lett. b LInFi e l'art 2 cpv. 1 Ordinanza sulle infrastrutture del mercato finanziario e il comportamento sul mercato nel commercio di valori mobiliari e derivati del 25 novembre 2015 (Ordinanza sull'infrastruttura finanziaria, OInFi; RS 958.11), ossia valori standardizzati e «[...] idonei a essere negoziati su vasta scala, cioè offerti pubblicamente in uguale struttura e taglio o collocati presso più di 20 clienti, sempre che non siano stati creati specialmente per singole controparti». In genere, la risposta è affermativa, dato che i *token* sono standard ed emessi in grande numero all'attenzione di un vasto pubblico di potenziali investitori.

- a) oltre 86 società hanno effettuato operazioni di vario genere in valute crittografiche (assunzioni o conferimenti in sede di costituzione o a titolo di liberazione ulteriore del capitale, aumenti di capitale e assunzioni prospettate); ne consegue che il ricorso alle criptovalute nell'ambito delle operazioni societarie suddette rappresenta, perlomeno nel Canton Zugo, un fenomeno numericamente solido;
- b) il registro mostra in larga parte operazioni di conferimento in natura in sede di costituzione; nondimeno, si evidenziano, seppur in numero assai ridotto, previste assunzioni (un'operazione) e aumenti di capitale ordinari in valuta virtuale (4 operazioni);
- c) i conferimenti a titolo esclusivo rappresentano la regola, per cui è comune osservare costituzioni societarie in cui l'intera liberazione del capitale azionario avviene mediante conferimento in criptovaluta;
- d) le valute virtuali accettate a titolo di conferimento in natura, sole o in combinazione fra loro, sono state le seguenti: Bitcoin (BTC; 54 società interessate), Ether (ETH; 30 società interessate), Bitcoin Cash (BCH; 4 società interessate), Ripple (XRP; una società interessata), Tether (USDT; una società interessata) e Cardano (ADA; 2 società interessate).

Anche in Ticino vi è una società anonima attiva nel campo della blockchain, il cui capitale azionario è stato conferito parzialmente in Ether.

Visto quanto precede, Bitcoin e Ether rappresentano le valute virtuali più gettonate dagli imprenditori (e sono pertanto da prediligere), in quanto beneficiano di capitalizzazioni di mercato e di volumi giornalieri nettamente più elevati rispetto alle altre valute virtuali. Resta inteso che il semplice fatto che una determinata criptovaluta sia stata considerata idonea in passato a fungere da apporto in natura non fornisce alcuna garanzia che lo rimanga anche in futuro. Data l'estrema volatilità del settore (bitcoin incluso), imputabile in genere a cause tecniche (obsolescenza, insicurezza), normative (messa al bando o altre restrizioni), reputazionali (furti e frodi) e finanziarie (fallimento dei progetti imprenditoriali alla base delle valute), l'idoneità a fungere da conferimento in natura di qualsivoglia criptovaluta (senza esclusioni) deve essere analizzata con rigore, alla luce dei criteri ordinari applicabili, al momento del conferimento. Al

riguardo, è interessante rilevare che Cardano, al tempo del conferimento iscritto nel registro di commercio del Canton Zugo (febbraio 2018), si trovava in 6^a posizione del ranking di coinmarketcap.com (capitalizzazione: USD 9.997.956.709; prezzo: USD 0,385618; volume giornaliero: USD 251.314.464)²⁸⁵, mentre attualmente (stato: 8.8.2019) occupa la 13^a posizione (USD 1.352.930.000; prezzo: USD 0,052182; volume giornaliero: USD 50.165.351). Il tracollo subito rappresenta un mutamento radicale dei fondamentali della criptovaluta, ciò che imporrebbe oggi di rivalutare pienamente la sua idoneità a fungere da conferimento in natura.

7.5. Qualifica giuridica della costituzione societaria con criptovaluta

Occorre determinare l'ammissibilità, rispettivamente qualificare giuridicamente, la prospettata liberazione del capitale azionario mediante conferimento di criptovalute da parte del promotore – sottoscrittore alla costituzione della società. Se la tendenza generale è chiara, sussistono opinioni variegate in dottrina. Gli autori concordano che l'operazione è ammissibile²⁸⁶ e che possa essere impostata quale liberazione mediante conferimento in natura²⁸⁷, sempre che i requisiti ordinari di tale istituto siano adempiuti. In tal caso, la procedura da adottare è quella della costituzione qualificata. Tale è l'approccio alla base delle iscrizioni nel registro di commercio del Canton Zugo analizzate in precedenza²⁸⁸. Alcuni autori non escludono che in futuro le criptovalute possano essere assimilate alle valute tradizionali, aprendo così la strada all'applicazione delle disposi-

²⁸⁵ <https://coinmarketcap.com/historical/20180218/> (consultato in data 29.8.2019).

²⁸⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, 2018, pag. 467, n. 91; con riserbo pure nei confronti della regina incontrastata delle criptovalute, bitcoin: GUY BEROU/PASCAL FAVROD-COUNE, La libération du capital d'une société par apport de cryptomonnaies, Bollettino Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne CEDIDAC n° 70 2018, par. II A.

²⁸⁷ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1332, n. 77; VON DER CRONE/MONSCH/MEISSER, 2019, pag. 10; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 37.

²⁸⁸ L'Ufficio del registro di commercio del Canton Zugo si esprime in maniera esplicita contro la qualifica di liberazione a contanti (Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung, par. 1).

zioni sul conferimento in denaro²⁸⁹ (art. 633 CO), come avviene comunemente per le divise estere liberamente convertibili in franchi svizzeri (paragrafo 2.5)²⁹⁰. Affinché ciò sia possibile, la criptovaluta interessata dovrà rientrare nella definizione di denaro secondo il diritto svizzero²⁹¹. Attualmente tale scenario è escluso per effetto della volatilità estrema delle criptovalute²⁹² e, comunque, permane l'impedimento pratico relativo al rilascio dell'attestazione bancaria prevista dall'art. 633 CO. Posto che le criptovalute non hanno ancora trovato una collocazione diffusa e di fiducia nel sistema bancario, è ragionevolmente escluso che si riesca a reperire una banca disposta ad aprire un conto vincolato in valuta virtuale.

Poiché solo alcuni autori si sono occupati in maniera specifica del tema in discussione (due contributi)²⁹³, è utile indagare in merito all'eventuale pubblicazione da parte degli uffici cantonali del registro di commercio di linee guida che possano fungere da ausilio per determinare la migliore configurazione dell'operazione. In assenza di linee guida specifiche a livello federale, il Canton Zugo, data la rilevanza del fenomeno per l'imprenditoria locale, ha pubblicato nel mese di gennaio 2018 una scheda

²⁸⁹ VON DER CRONE/MONSCH/MEISSER, 2019, *ibidem* («Für etablierte und frei konvertierbare Kryptowährungen ist die Anwendung der Regeln für Fremdwährungen in Zukunft denkbar») e riferimenti citati alla nota 77; «theoretisch denkbar» per MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1321; per bitcoin, possibilisti per il futuro: BEROU/FAVROD-COUNE, 2018, par. II. B.

²⁹⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, 2018, pag. 465, n. 81 segg.; CRAMER, 2016, ad art. 633, pag. 769 segg., n. 1 segg.

²⁹¹ In tale ottica, deve adempiere a tre funzioni: mezzo di pagamento, unità di conto e riserva di valore. Tali requisiti sono pacificamente adempiuti dal franco svizzero (mezzo legale di pagamento in Svizzera), dalle divise estere ufficiali aventi corso legale nel paese di origine e liberamente convertibili in franchi svizzeri e dalla moneta scritturale fondata su valute ufficiali (Rapporto 2014 monete virtuali pag. 7).

²⁹² HESS/SPIELMANN, 2017, pag. 175; BEROU/FAVROD-COUNE, 2018, par. II. A., note 12-14, per i quali, la grande volatilità di bitcoin impedisce – per ora – la funzione di moneta; tale è peraltro la considerazione espressa dal Consiglio federale nel suo Rapporto sulle monete virtuali (pag. 10).

²⁹³ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017; BEROU/FAVROD-COUNE, 2018.

denominata *Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung*²⁹⁴, che alleghiamo al presente contributo in versione italiana (libera traduzione in calce quale Annesso). Ancorché succinta e priva di carattere vincolante, la scheda è un riferimento autorevole e pertanto merita un'adequata considerazione. Le questioni aperte sono tuttavia parecchie, sia giuridiche che pratiche, come si vedrà al successivo paragrafo 7.6.

7.6. Aspetti pratici e giuridici

L'utilizzo di criptovalute per la costituzione qualificata di società ingenera una serie di domande e dubbi, giuridici ma anche pratici. Le principali criticità verranno analizzate di seguito.

Tutte le criptovalute sono idonee al conferimento?

La risposta è negativa. Le criptovalute suscettibili di adempiere ai requisiti di conferibilità (paragrafo 3) sono ben poche. Attualmente, le sole criptovalute accettate «*ohne weiteres*» dall'Ufficio del registro di commercio del Canton Zugo sono bitcoin e Ether²⁹⁵. Nel seguito ci concentreremo su alcuni elementi tipici legati alle valute virtuali²⁹⁶. Per quanto concerne il requisito di attivabilità, nell'ambito delle criptovalute si pone il tema dell'affidabilità della stima del valore, come pure del margine necessario e accettabile per gestire il rischio di fluttuazione del valore di mercato (su questi temi torneremo nel seguito). Il requisito di trasferibilità, dal canto suo, non è dato se la trasferibilità è impedita da misure adottate da FINMA o dal Ministero pubblico, ad esempio nell'ambito della lotta contro il riciclaggio di denaro²⁹⁷. Per il terzo requisito, la realizzabilità del bene, occorre valutare se la criptovaluta interessata abbia un mercato sufficientemente liquido, tenuto conto del volume degli scambi giornalieri che intervengono sulle piattaforme di negoziazione

²⁹⁴ <https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/merkblaeter/informationen-zur-anmeldung/Merkblatt%20ueber%20Liberierung%20mit%20Kryptowaehrungen.pdf> (consultato in data 29.8.2019).

²⁹⁵ *Merkblatt über die Liberierung mit einer Kryptowährung*, par. 2.

²⁹⁶ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1323 segg.

²⁹⁷ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1325 segg.

online. Ciò è certamente il caso delle criptovalute più in vista, come bitcoin, Ripple e Ether, mentre potrebbe non essere il caso per le valute di secondo piano. L'ultimo requisito, la disponibilità del bene, non solleva in genere particolari criticità nel mondo delle valute virtuali, a condizione che la piattaforma blockchain interessata sia pienamente operativa e che la società sia in possesso (attraverso i propri organi) della chiave crittografica privata connessa agli averi. Se la società detiene le criptovalute tramite una piattaforma centralizzata di negoziazione online (*hot wallet*), il potere di disposizione riviene *de facto* esclusivamente alla piattaforma, ritenuto che l'utente non detiene la chiave privata che consente di disporre dei fondi sulla blockchain. Per questo motivo, gli autori raccomandano di prediligere i sistemi in cui la chiave privata sia gestita offline direttamente dalla società (*cold storage*)²⁹⁸. Sempre con riferimento alle piattaforme online, dal profilo pratico, occorre non sottovalutare le tempistiche legate all'apertura di conti: il processo di identificazione del cliente (persona giuridica) è in genere lungo e complesso. Può essere completato solo dopo l'iscrizione della società nel registro di commercio, dato che occorre produrne l'estratto. Di conseguenza, può capitare che la società non sia in grado di ricevere (e gestire) per alcune settimane l'apporto in criptovalute. Il problema può essere superato in vari modi: con l'istituzione di un *escrow* (vedi considerazioni seguenti), tramite il trasferimento delle criptovalute su un indirizzo sulla blockchain controllato direttamente dalla società oppure con un trasferimento *off-chain* (messa a disposizione della chiave crittografica privata tramite consegna di un *cold wallet*; nell'ipotesi più semplice, sotto forma di *paper wallet*)²⁹⁹.

Come determinare in maniera autorevole i dati economici relativi alle criptovalute per dimostrare che sussiste un mercato adeguato?

Come indicato in precedenza, il volume di negoziazione giornaliero, come pure la capitalizzazione, sono criteri oggettivi atti a dimostrare la diffusione e la consistenza della criptovaluta oggetto di apporto, senza

²⁹⁸ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1326.

²⁹⁹ L'indirizzo dell'utente e la chiave privata per disporre degli averi virtuali sono stampati su un foglio di carta, ad esempio sotto forma di QR-Code.

escludere eventuali altri elementi degni di nota a seconda delle circostanze. L'Ufficio del registro di commercio del Canton Zugo raccomanda attualmente di utilizzare a tal fine la piattaforma online www.coinmarketcap.com, che raccoglie e pondera i dati in provenienza da centinaia di piattaforme online³⁰⁰. Tale raccomandazione viene sostenuta anche dall'Ufficio del registro di commercio del Canton Ticino.

Come valorizzare in maniera autorevole il conferimento?

Le criptovalute vengono scambiate sia privatamente (*Peer-to-Peer*, P2P), sia attraverso piattaforme di negoziazione online. Queste ultime sono soggetti privati stabiliti all'estero (rispetto alla Svizzera), per lo più non regolamentati. Si pone pertanto il tema di come valutare in maniera affidabile il valore dell'apporto, sia nell'ottica dei promotori e del revisore abilitato, sia dell'autorità cantonale e federale chiamate a verificare, rispettivamente validare, l'operazione. L'Ufficio del registro di commercio del Canton Zugo raccomanda attualmente di utilizzare a tal fine la piattaforma svizzera www.finanzen.ch³⁰¹. Anche questa raccomandazione è condivisa dall'Ufficio del registro di commercio del Canton Ticino. Con lo sviluppo delle piattaforme di negoziazione regolamentate di criptovalute e degli strumenti finanziari basati sulle stesse, la diffusione di fonti autorevoli è destinata ad aumentare drasticamente in futuro. Infine, si rileva che l'AFC pubblica annualmente il corso di fine anno delle dieci principali valute virtuali ai fini della dichiarazione fiscale (curiosamente nella sezione «Divise – Biglietti di banca»)³⁰².

Come gestire il rischio di fluttuazione repentina del corso della criptovaluta durante la procedura di costituzione?

Innanzitutto, occorre rilevare che le criptovalute, incluse quelle maggiormente capitalizzate, sono soggette a fluttuazioni (anche giornaliere) molto ampie. Inoltre, vengono negoziate giorno e notte durante tutto

³⁰⁰ Per bitcoin, ad esempio, la piattaforma ricava dati da 400 fonti online (<https://coinmarketcap.com/currencies/bitcoin/#markets>; consultato in data 29.8.2019).

³⁰¹ <https://www.finanzen.ch/devisen/kryptowaehrungen> (consultato in data 29.8.2019).

³⁰² Al 31 dicembre 2018: https://www.ictax.admin.ch/extern/api/download/1324995/f82eaea8ea95a030f96b11c5a63bdd89/devisen%20kursliste_2018_V2.pdf (consultato in data 29.8.2019).

l'anno. Già per questo motivo, si raccomanda di concentrare nel tempo l'operazione di costituzione, tenendo conto degli orari di apertura e del carico di lavoro degli uffici preposti (sia a livello cantonale che federale). È raccomandabile organizzarsi, di concerto con i promotori, il revisore e le autorità, affinché la fase di costituzione e notifica degli atti all'ufficio del registro di commercio (per via telegrafica) sia eseguita e completata entro mezzogiorno del medesimo giorno (non il venerdì o i prefestivi), in modo tale che l'approvazione da parte dell'Ufficio federale del registro di commercio possa giungere nel corso del giorno successivo, con conseguente iscrizione nel registro di commercio. Trattandosi di un'operazione atipica, il coinvolgimento preventivo dell'autorità è auspicabile e caldeggiato dalle autorità stesse. Si raccomanda di valutare preventivamente l'idoneità della criptovaluta prescelta, le modalità del conferimento e l'accuratezza dei documenti necessari per la costituzione (in particolare: il contratto di conferimento e la relazione dei promotori). È senz'altro possibile e raccomandabile sottoporre all'ufficio del registro di commercio per esame preliminare i documenti giustificativi³⁰³.

Il valore di mercato del conferimento in natura deve assicurare la liberazione delle azioni sottoscritte dal promotore al momento della celebrazione dell'atto pubblico di costituzione³⁰⁴. La dottrina sostiene la presunzione che tale valore sia mantenuto fino al giorno dell'iscrizione nel registro di commercio³⁰⁵. È da condividere l'opinione di alcuni autori³⁰⁶ secondo cui l'ufficio del registro di commercio è legittimato a verificare nuovamente il valore dell'apporto il giorno dell'iscrizione (insieme agli altri requisiti), ritenuto che non è ammissibile iscrivere nel registro di commercio una

³⁰³ Per informazioni, pareri e perizie giuridici e per l'esame preliminare di documenti giustificativi l'ufficio del registro di commercio riscuote una tassa da 100 a 250 franchi all'ora (art. 9 cpv. 1 lett. e OTRC). In Ticino la tariffa per l'esame preliminare di atti pubblici, statuti o documenti è di 250 franchi all'ora, con importo minimo di 200 franchi (art. 1 cifra 17 Regolamento concernente le tasse per le prestazioni del registro di commercio del 21 ottobre 2014; RL 224.120).

³⁰⁴ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1328.

³⁰⁵ BEROUD/FAVROD-COUNE, 2018, par. II. C., n. 51 (e riferimenti dottrinali citati).

³⁰⁶ BEROUD/FAVROD-COUNE, 2018, par. II. C., i quali propongono di considerare necessaria tale verifica se tra l'atto costitutivo e l'iscrizione sono passate «*plusieurs semaines*».

società sotto-capitalizzata oppure che presenta profili di conclamata illegalità in relazione alle norme sui conferimenti in natura (art. 28 ORC).

In aggiunta alle suddette misure di gestione del rischio di fluttuazione di natura organizzativa (contrazione del processo di costituzione e chiarimenti preventivi), è appropriato prevedere un margine di sicurezza nell'ambito della determinazione del valore di conferimento. L'ampiezza di tale margine dipende dalla criptovaluta e dalla situazione del mercato. Nella prassi si fa riferimento a un deprezzamento forfettario del 30%³⁰⁷, in coerenza con quanto applicato dagli uffici cantonali del registro di commercio ai buoni WIR³⁰⁸. Una parte della dottrina sottolinea che la riduzione deve essere giustificata e non arbitraria, essendo esclusa dal diritto contabile la creazione di riserve occulte in occasione della prima valutazione di un attivo³⁰⁹. Un altro metodo consiste nell'utilizzare il corso medio su un adeguato periodo di tempo oppure il corso più basso degli ultimi 30 giorni³¹⁰.

Considerato il carattere variegato del mondo delle criptovalute, che difficilmente consente di ragionare nell'ottica di «forfait», siamo dell'opinione che occorre evitare di incorrere in pregiudizi e automatismi considerando ogni criptovaluta nella sua globalità. Un margine di svalutazione importante rispetto al prezzo di mercato appare giustificato e raccomandabile (perlomeno fintanto che il settore non si sarà stabilizzato dal punto di vista economico e legale), la cui ampiezza dipenderà da un'analisi svolta con grande prudenza secondo criteri riconosciuti dal diritto e dalla prassi contabile.

³⁰⁷ BEROU/D/FAVROD-COUNE, 2018, *ibidem*, i quali citano due casi concreti (Canton Zugo e Canton Neuchâtel) in cui il margine di sicurezza del 30% è stato sufficiente per gestire il rischio di fluttuazione (nel caso del Canton Zugo, il margine di sicurezza si è tuttavia ridotto dal 30% all'1%).

³⁰⁸ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1330 seg.; gli autori riportano che l'ipotesi di applicare la prassi WIR alle criptovalute riscontrava all'epoca della redazione dell'articolo generalmente il favore degli uffici cantonali del registro di commercio.

³⁰⁹ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1325.

³¹⁰ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1331 seg.

Come garantire concretamente la disponibilità immediata delle criptovalute al momento dell'iscrizione nel registro di commercio della società?

L'art. 634 CO prevede che i conferimenti in natura valgono quale copertura del capitale azionario solo qualora «*la società, dal momento della sua iscrizione nel registro di commercio, possa disporre immediatamente come proprietaria*». Come indicato in precedenza, il potere di disposizione sulle criptovalute deriva, nella sua forma più pura, dal controllo diretto ed esclusivo da parte della società sulla chiave crittografica privata collegata ai fondi (situazione più sicura). Alternativamente, può discendere dal controllo sulle credenziali d'accesso al conto presso l'intermediario online sul quale sono stati depositati i fondi (situazione a rischio fallimento, blocco e furto).

Tramite il contratto di conferimento, il promotore deve assumere l'obbligo, senza riserve e con effetto alla data d'iscrizione nel registro di commercio della società cessionaria, di eseguire tutte le operazioni necessarie affinché il trasferimento di criptovaluta sia tempestivamente iscritto sulla blockchain all'indirizzo fornito dagli organi della società³¹¹. Si raccomanda di evitare le transazioni *off-chain*, ad esempio sotto forma di semplice consegna alla società della chiave privata da parte del promotore, e meglio ogni scenario operativo che contempli la condivisione della chiave privata, considerato il rischio di atti di disposizione volontari o involontari, perdita o furto delle chiavi / credenziali oppure disagi legati all'eventuale incapacità del promotore.

La disponibilità del conferimento può anche discendere da un diritto contrattuale della società nei confronti di un depositario indipendente (*escrow agent*), in virtù del quale quest'ultimo detenga le criptovalute in nome e per conto della società, senza riserva alcuna, con effetto a far conto dalla data d'iscrizione nel registro di commercio, con l'obbligo di dare seguito tempestivamente alle istruzioni degli organi della società di trasferire le criptovalute sull'indirizzo oppure sull'account online della società. Tale soluzione ha il pregio di levare qualsiasi rischio e incertezza sul corretto adempimento del contratto da parte del promotore, il quale dovrà effettuare il trasferimento sul conto dell'*escrow agent* al più tardi

³¹¹ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, 2017, pag. 1327.

il giorno della costituzione della società. Nel contempo, consente di trasferire automaticamente alla società, tramite una clausola di trasferimento del beneficio (che può essere inserita nel contratto di cessione controfirmato dall'*escrow agent*), ogni diritto / pertinenza sull'apporto in *escrow* contestualmente all'iscrizione nel registro di commercio. Affidare la funzione di *escrow agent* al notaio che ha celebrato l'atto di costituzione, considerato che egli riceve per primo la conferma scritta dell'avvenuta iscrizione della società (sotto forma di estratto telegrafico), assicura la migliore tempistica possibile.

In futuro, in sostituzione dell'*escrow*³¹², si può ipotizzare che il promotore trasferisca la criptovaluta oggetto di conferimento sull'indirizzo di uno *Smart Contract* debitamente istruito di verificare online, attraverso un Oracolo³¹³, l'iscrizione della società nel registro di commercio (ad esempio, tramite la pubblicazione online del FUSC oppure il sito del registro di commercio) e, una volta accertata l'iscrizione, di liberare l'importo del conferimento in favore della società su un indirizzo predisposto a tal fine. In tale ipotesi, appare opportuno allegare alla documentazione una perizia di uno specialista che confermi la corretta programmazione dello *Smart Contract*, posto che in passato vi sono stati casi clamorosi di indirizzi gestiti da *Smart Contract* «svuotati» da criminali informatici a causa di errori di programmazione³¹⁴.

³¹² Nel campo immobiliare: ANDREAS GLARNER/STEPHAN D. MEYER, Smart Contracts in Escrow-Verhältnissen, Jusletter 4 dicembre 2017, No. 4.

³¹³ L'Oracolo (ad esempio, un oggetto, come un sensore di Meteosuisse, oppure una Web API, che consente di far transitare informazioni presenti online) costituisce il punto di congiunzione tra il registro distribuito e il mondo esterno, permettendo di acquisire input da fonti fisiche o virtuali. Sul tema si veda LUKAS MÜLLER/RETO SEILER, Smart Contracts aus Sicht des Vertragsrecht, Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2019, pag. 322.

³¹⁴ Si fa riferimento al caso «TheDAO», che ha condotto alla «hard fork» di Ethereum (Ethereum vs Ethereum Classic), dal cui Smart Contract sono stati sottratti Ether conferiti da una moltitudine di investitori per un equivalente di oltre USD 50mio. Si veda MÜLLER/SEILER, 2019, pag. 320, n. 33 e più in generale – sul caso TheDAO – l'articolo del 18 giugno 2016 per la rivista WIRED di Klint Finley dal titolo «A \$50 million hack just showed that the dao was all too human» (<https://www.wired.com/2016/06/50-million-hack-just-showed-dao-human/>; consultato in data 29.8.2019).

Come allestire la relazione dei promotori e il contratto di conferimento?

Ciascun documento deve contenere gli elementi richiesti dalla legge in maniera chiara, veritiera e completa, citando le fonti e illustrando in maniera documentata e autorevole i dati acquisiti, i ragionamenti fatti e i processi, tecnici e contrattuali, predisposti dai promotori allo scopo di adempiere ai requisiti di legge. Posto che il futuro delle criptovalute è tutt'altro che scontato e prevedibile, date le enormi sfide legali ed economiche che attendono l'intero settore, si raccomanda di farsi guidare dal principio di prudenza e di discutere preventivamente con l'autorità gli aspetti fondamentali dell'operazione. La correttezza della relazione sulla costituzione deve essere verificata da un revisore abilitato (art. 635a CO). Secondo la dottrina più autorevole, la relazione è «veritiera» se le valutazioni sono perlomeno sostenibili (*vertretbar*), anche se non corrispondono esattamente all'opinione del revisore³¹⁵. Si veda anche il paragrafo 4.

Vi sono modi per semplificare l'operazione di costituzione?

Se la società contempla anche solo la possibilità concreta di acquistare dal promotore o da persona a lui vicina delle criptovalute dopo l'iscrizione nel registro di commercio, la costituzione in via ordinaria (a contanti) non è ammissibile. L'operazione si configura infatti quale prevista assunzione di beni assoggettata alle esigenze della costituzione qualificata (paragrafo 2.3). Per contro, in presenza di mercati sufficientemente liquidi, il promotore ha la facoltà di convertire la propria criptovaluta in valuta svizzera o estera e depositare quest'ultima presso una banca ai sensi dell'art. 633 CO ai fini della costituzione con liberazione a contanti, che potrà avvenire in forma semplificata. Nulla vieta alla società, dopo l'iscrizione, di acquisire sul mercato la criptovaluta necessaria per la propria attività, a patto di approvvigionarsi da persone o soggetti non vicini al promotore.

³¹⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, 2018, pag. 468, n. 92.

8. Conseguenze in caso di violazione delle disposizioni legali

Il Codice delle obbligazioni non disciplina in maniera specifica le conseguenze giuridiche della violazione delle norme relative ai conferimenti in natura e alle assunzioni di beni. Secondo la giurisprudenza – la quale ha trattato principalmente la questione della violazione delle prescrizioni inerenti all’assunzione di beni – e la dottrina dominante, la mancata osservanza delle norme applicabili ai conferimenti in natura e alle assunzioni di beni, comporta la nullità assoluta (*ex tunc*) del contratto³¹⁶.

In caso di nullità dell’assunzione di beni, stando alla dottrina dominante, la società ha l’obbligo di restituire i beni assunti, rispettivamente il diritto di ripetere quanto dato in contropartita³¹⁷. Secondo il Tribunale federale, la nullità del contratto di assunzione non può essere sanata invocando il decorrere del tempo, l’adempimento o la ratifica dell’assemblea generale. Il vizio può essere sanato unicamente con la modifica degli statuti e conseguente iscrizione nel registro di commercio (paragrafo 10)³¹⁸. In caso di nullità del conferimento in natura, la liberazione del capitale azionario è considerata come non avvenuta, sicché permane in capo al promotore – conferente l’obbligo di liberare, di principio in denaro, le azioni sottoscritte³¹⁹.

³¹⁶ DTF 101 IV 145 consid. 2b; DTF 83 II 284 consid. 4; Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1371; LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 356, n. 26; SCHENKER, 2016, art. 628, pag. 336, n. 7 e pag. 338 seg., n. 13; VINCENT JÄGGI, Les actifs de la société sportive, Centre du droit de l’entreprise de l’Université de Lausanne CEDIDAC 2018, pag. 285 seg.; LUKAS MÜLLER, Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolgen bei Verletzung und Revisionsvorschlag, Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2012, pag. 1412 seg.; MARKUS D. VISCHER, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, in Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2012, pag. 296.

³¹⁷ LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 356, n. 26; MÜLLER, 2012, pag. 1413; JÄGGI, 2018, pag. 286; MATTHIAS D. TRAUTMANN, Die qualifizierte Kapitalerhöhung AG, GmbH und Genossenschaft, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW) 2016, pag. 143, n. 460.

³¹⁸ DTF 83 II 284 consid. 4; DTF 64 II 272, pag. 282; LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 356, n. 27; SCHENKER, 2016, art. 628, pag. 338 seg., n. 13; MÜLLER, 2012, *ibidem*.

³¹⁹ DTF 64 II 272, pag. 282; LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 356, n. 26; SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 336, n. 7; JÄGGI, 2018, *ibidem*.

L'obbligo di liberazione del capitale azionario si prescrive nondimeno nel termine di dieci anni³²⁰.

La severa giurisprudenza del Tribunale federale viene criticata dalla dottrina. Alcuni autori sono dell'opinione che la nullità sia contraria agli interessi della società e alle norme sulla buona fede, ritenuto che la società rischia di essere privata di valori patrimoniali necessari per la propria attività, situazione che lederebbe gli interessi dei creditori³²¹. Secondo altri, la nullità sarebbe contraria allo scopo delle disposizioni legali, che mirano a tutelare le persone interessate dalla sotto-capitalizzazione della società, considerato che le vengono tolti beni patrimoniali e quindi ridotto il substrato disponibile per i danneggiati³²². Altri ancora, riferendosi al principio di proporzionalità, sottolineano che occorre prediligere, fra le misure idonee a raggiungere gli scopi prefissati³²³, la misura meno lesiva degli interessi delle parti coinvolte: la nullità apparirebbe in tale ottica problematica³²⁴.

Secondo l'opinione di BÖCKLI, la violazione di mere prescrizioni formali non giustifica la sanzione della nullità assoluta, la quale, tra l'altro, sarebbe contraria al principio della protezione del capitale proprio. Occorre quindi distinguere le transazioni in cui risultano violate solo le prescrizioni formali, in particolare l'obbligo di trasparenza, da quelle in cui risultano violati anche gli altri requisiti di idoneità al conferimento (attività, disponibilità, trasferibilità e realizzabilità)³²⁵.

Böckli distingue tre situazioni³²⁶:

1. in caso di conferimento in natura o assunzione di beni dissimulati («*verschleierte Sachübernahme oder Sacheinlage*»), ossia nel caso in

³²⁰ DTF 102 II 353 consid. 4b.

³²¹ SCHENKER, 2016, art. 628, *ibidem*; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 147 segg., n. 441 segg.; TRAUTMANN, 2016, pag. 129 seg., n. 416 segg.; MÜLLER, 2012, *ibidem*.

³²² TRAUTMANN, 2016, pag. 131 seg., n. 424.

³²³ Ossia la trasparenza e la prevenzione di comportamenti lesivi o elusivi

³²⁴ MÜLLER, 2012, pag. 1423.

³²⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 147 seg., n. 442.

³²⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 148 seg., n. 442a segg.

cui i promotori effettuano in apparenza una costituzione con conferimento in denaro, mentre nella realtà interviene un'assunzione di beni o un conferimento in natura, la nullità appare giustificata; l'impegno del promotore a effettuare il conferimento in denaro resta intatto e il consiglio di amministrazione della società potrà ottenere nella via esecutiva-giudiziaria l'adempimento di tale obbligo³²⁷;

2. se viene omessa la pubblicità del conferimento oppure se essa risulta viziata, il negozio giuridico resta valido; il difetto può essere sanato adeguando gli statuti alle esigenze legali e iscrivendo i nuovi statuti nel registro di commercio (paragrafo 10); la responsabilità del consiglio di amministrazione e del promotore – conferente per i danni derivanti dalla costituzione resta intatta;
3. in caso di sopravvalutazione del conferimento in natura (nel senso che il valore del conferimento indicato nello statuto è superiore a quello reale), l'obbligo di conferimento sino a concorrenza dell'importo mancante permane in capo al promotore – conferente; il Consiglio di amministrazione potrà procedere contro il promotore – conferente postulando il versamento in denaro della differenza e, se del caso, il risarcimento del danno cagionato³²⁸.

Una parte della dottrina ritiene che le disposizioni sulla responsabilità dei promotori e degli organi societari (art. 753 segg. CO) e le sanzioni penali previste dagli artt. 251 e 253 CP offrono delle basi legali sufficienti per far fronte alla violazione delle disposizioni legali, senza dover quindi ricorrere alla nullità della transazione³²⁹.

Il mancato rispetto dei requisiti previsti all'art. 628 cpv. 1 e 2 CO può comportare infine lo scioglimento della società in virtù dell'art. 643 cpv. 3

³²⁷ Vedi anche DTF 64 II 272, pag. 281: «*Ebenfalls aus Gründen der Verkehrssicherheit muss der Aktienzeichner, der sich zu einer simulierten Bargründung hergegeben hat, bei seiner Zeichnung behaftet werden.*».

³²⁸ Della stessa opinione: JÄGGI, 2018, *ibidem*; VISCHER, 2012, pag. 296.

³²⁹ LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 356 seg., n. 28 seg.; SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 336, n. 7 e pag. 338 seg., n. 13; contra: TRAUTMANN, 2016, pag. 132, n. 426.

CO. Ad esempio, in caso di liberazione fittizia del capitale sociale³³⁰, gli interessi degli azionisti e dei creditori potrebbero essere posti in grave pericolo o lesi gravemente, nel qual caso si giustifica lo scioglimento della società³³¹. Nella prassi, tuttavia, l'azione di scioglimento assume una rilevanza molto limitata, dato in particolare il termine di perenzione breve, di soli tre mesi, che decorre dalla data di pubblicazione nel FUSC della costituzione. In effetti, le lacune nella costituzione di una società raramente si manifestano in così breve tempo³³².

9. Responsabilità del promotore, del notaio e del revisore

Giusta l'art. 753 CO i promotori, gli amministratori e tutti coloro che cooperano alla costituzione di una società sono responsabili verso la società, gli azionisti e i creditori sociali del danno derivante dalla violazione delle norme sul conferimento in natura e sulla (prevista) assunzione di beni. Oltre alla responsabilità civile, il mancato rispetto di dette norme può, purché siano adempiute determinate condizioni, ingenerare la responsabilità penale delle parti coinvolte nella costituzione³³³.

La responsabilità degli intervenienti in fase di costituzione mira a rafforzare l'adempimento degli obblighi di pubblicità (*Offenlegungspflichten*) che contraddistinguono le fattispecie qualificate³³⁴. L'art. 753 CO elenca in maniera esaustiva le circostanze che configurano delle violazioni di obblighi legali, rispettivamente degli atti illeciti³³⁵. I promotori e tutti gli

³³⁰ Per liberazione fittizia si intende la mancata liberazione del capitale azionario.

³³¹ JÄGGLI, 2018, pag. 287; LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 357, n. 30.

³³² BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 149, n. 446.

³³³ SCHENKER, 2016, ad art. 628, pag. 336, n. 7.

³³⁴ ROLF WATTER, Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 5^a ed., Basilea 2016, ad art. 753, pag. 1629, n. 1; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht – Begründet von Theo Guhl, Zurigo 2015, pag. 205, n. 34; URS BERTSCHINGER, Orell Füssli Kommentar – Schweizerisches Obligationenrecht, 2^a ed., Zurigo 2009, ad art. 753, pag. 1671, n. 1.

³³⁵ BERNARD CORBOZ/FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Commentaire Romand – Code des obligations II, 2^a ed., Basilea 2017, ad art. 753, pag. 1417, n. 1; WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1630, n. 6; OLIVER FRITSCHI, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu

altri soggetti coinvolti nella costituzione di una società incorrono in una responsabilità civile qualora:

- indichino in modo inesatto o suscettibile d'indurre in errore, sottacciano o dissimolino, intenzionalmente o per negligenza, conferimenti in natura o assunzioni di beni, nello statuto e/o nella relazione dei promotori o d'aumento del capitale (cifra 1);
- inducano, intenzionalmente o per negligenza, a una iscrizione di società nel registro di commercio in base a un'attestazione o un documento contenenti indicazioni inesatte (cifra 2);
- contribuiscano scientemente a far accettare sottoscrizioni da persone insolventi (cifra 3).

Tra le fattispecie rientranti nel campo d'applicazione della norma si annoverano, in particolare, la sopravvalutazione del conferimento in natura³³⁶, la liberazione fittizia del capitale azionario³³⁷ e l'assunzione di beni dissimulata³³⁸. Si rendono pure responsabili i promotori e le altre persone coinvolte che sottacciano un'assunzione prevista di beni³³⁹ oppure attuano un conferimento in natura di cui la società non potrà, di fatto, disporre³⁴⁰.

La responsabilità incombe a *«tutti coloro che cooperano alla costituzione di una società»*. È pertanto necessario definire il novero delle persone interessate. Secondo costante giurisprudenza, rientrano nella cerchia dei soggetti che cooperano alla costituzione le persone che contribuiscono in modo significativo alla costituzione della società³⁴¹. Secondo la dottrina,

den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zurigo/San Gallo 2016, ad art. 753, pag. 823, n. 5.

³³⁶ DTF 90 II 490 consid. 2; WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1631, n. 7; CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, 2017, ad art. 753, pag. 1419 seg., n. 27.

³³⁷ DTF 102 II 353 consid. 2.

³³⁸ DTF 101 IV 145 consid. 2; CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, 2017, ad art. 753, pag. 1419 seg., n. 27.

³³⁹ DTF 83 II 284 consid. 3; WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1630, n. 6.

³⁴⁰ STF 4A_61/2009 del 26 marzo 2009 consid. 4; WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1631, n. 7; FRITSCHI, 2016, ad art. 753, pag. 823 seg., n. 9; CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, 2017, ad art. 753, pag. 1419 seg., n. 27.

³⁴¹ STF 4P.161/2003 del 12 novembre 2003 consid. 4.3.2: *«toutes celles qui ont exercé une influence importante sur la fondation»*; WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1630, n. 5;

fra le funzioni rispettivamente le persone potenzialmente interessate rientrano: azionisti, fiduciari, consulenti, notai, avvocati, ufficiali del registro di commercio, organi di fatto, uomini di paglia (*Strohänner*), finanziatori (in caso di concessione di un mutuo a breve termine ai fini della costituzione) e banche depositarie (nel caso di conferimenti in denaro conformemente all'art. 633 CO)³⁴².

La dottrina maggioritaria riconosce al revisore incaricato della verifica della relazione dei promotori giusta l'art. 635a CO la legittimazione passiva nell'ambito dell'art. 753 CO³⁴³. Altri autori ritengono che la responsabilità del revisore sia retta esclusivamente dall'art. 755 CO (responsabilità per la revisione)³⁴⁴. Altri ancora che sussiste un concorso di responsabilità sulla base delle due norme, fermo restando che la parte danneggiata può ottenere solo una volta il risarcimento del danno³⁴⁵.

Per quanto concerne il perimetro del danno risarcibile, l'art. 753 CO comprende innanzitutto il danno cagionato al creditore della società (o all'azionista) nel caso in cui la propria pretesa non sia integralmente soddisfatta per effetto della diminuzione o della scomparsa del patrimonio sociale. In tale evenienza, è la società a essere direttamente danneggiata, mentre il pregiudizio arrecato al creditore (o all'azionista) è di natura indiretta / riflessa³⁴⁶. Questa norma ammette pure la risarcibilità del danno (diretto) causato al creditore, rispettivamente all'azionista³⁴⁷. Nel caso dell'azionista, ciò si verifica, ad esempio, in caso di sottoscrizione

CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, 2017, ad art. 753, pag. 1417, n. 6 segg.; BERTSCHINGER, 2009, ad art. 753, pag. 1672, n. 9; FRITSCHI, 2016, ad art. 753, pag. 826, n. 22.

³⁴² CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, 2017, ad art. 753, pag. 1418, n. 10 segg.; WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1630, n. 4 seg.; FRITSCHI, 2016, ad art. 753, pag. 826, n. 22; MEYER, 2015, pag. 458, n. 977; BERTSCHINGER, 2009, ad art. 753, pag. 1672, n. 7; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, pag. 447, n. 55; PETER FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2^a ed., Zurigo 1987, pag. 267 segg., n. 916 segg.

³⁴³ WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1630, n. 4, 10; FRITSCHI, 2016, ad art. 753, pag. 827, n. 23.

³⁴⁴ BERTSCHINGER, 2009, ad art. 753, pag. 1672, n. 8.

³⁴⁵ CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, 2017, ad art. 753, pag. 1424, n. 59; FRITSCHI, 2016, ad art. 753, pag. 827, n. 23.

³⁴⁶ WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1632, n. 17.

³⁴⁷ WATTER, 2016, ad art. 753, *ibidem*.

delle azioni sulla base di una falsa rappresentazione della situazione finanziaria della società³⁴⁸.

La dottrina ha precisato che, nel caso di liberazione fittizia del capitale azionario oppure di sopravvalutazione del conferimento in natura, il pregiudizio corrisponde per principio al valore nominale del capitale azionario, rispettivamente al prezzo d'emissione, oltre agli interessi derivanti dal ritardo nella raccolta del capitale³⁴⁹. Applicando il principio *volenti non fit iniuria*, la giurisprudenza ha stabilito che la società non ha alcun diritto o pretesa verso il promotore colpevole se tutti gli altri promotori conoscevano o avrebbero dovuto conoscere l'atto pregiudizievole³⁵⁰.

La violazione delle norme relative all'assunzione di beni e al conferimento in natura può avere anche risvolti penali. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale e la dottrina, la sopravvalutazione del conferimento in natura nel bilancio, nel contratto relativo al conferimento, negli statuti, nell'atto pubblico di costituzione e/o nell'iscrizione nel registro di commercio, integra l'illecito penale della falsità in documenti (art. 251 CP)³⁵¹. Il medesimo reato sussiste in caso di presentazione di una falsa dichiarazione ai sensi dell'art. 43 cpv. 1 lett. h ORC (*Stampa-Erklärung*)³⁵².

Il promotore che, all'atto di costituzione di una società anonima, dichiara falsamente al notaio che il conferimento in natura è a libera disposizione della società oppure effettua solo in apparenza una costituzione con conferimento in denaro, mentre in realtà effettua un'assunzione di beni o un conferimento in natura (*verschleierte Sachübernahme oder Sacheinlage*), realizza gli elementi oggettivi dell'art. 253 CP (conseguimento fraudo-

³⁴⁸ WATTER, 2016, ad art. 753, *ibidem*; CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, 2017, ad art. 753, pag. 1422, n. 46; BERTSCHINGER, 2009, ad art. 753, pag. 1672 seg., n. 11.

³⁴⁹ WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1633, n. 18.

³⁵⁰ DTF 90 II 490 consid. 4; DTF 86 III 154 consid. 2; WATTER, 2016, ad art. 753, pag. 1632, n. 16; CORBOZ/AUBRY GIRARDI, 2017, ad art. 753, pag. 1422 seg., n. 47; BERTSCHINGER, 2009, ad art. 753, pag. 1674, n. 17.

³⁵¹ DTF 81 IV 238; JÄGGI, 2018, pag. 287.

³⁵² BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 150, n. 449.

lento di una falsa attestazione)³⁵³. A tal riguardo, si rinvia alla sentenza del 30 settembre 2014 emanata dalla Corte delle Assise correzionali di Lugano (inc. n. 72.2008.10), dove è stato ritenuto colpevole del reato di conseguimento fraudolento di una falsa attestazione il promotore che ha indotto un pubblico ufficiale ad attestare, contrariamente alla verità, nell'atto costitutivo della società che la totalità del capitale azionario era stata liberata in denaro e che la relativa somma di CHF 100 000.00 era a disposizione della società, mentre in realtà non lo era, essendo stata messa a disposizione solo temporaneamente per la pratica di costituzione.

Fra i reati suscettibili di essere considerati in relazione alla violazione delle disposizioni sul conferimento in natura e sull'assunzione di beni si annoverano inoltre: il reato di false indicazioni su attività commerciale (art. 152 CP), il reato di false comunicazioni alle autorità del registro di commercio (art. 153 CP) e il reato di falsità in atti formati da pubblici ufficiali e funzionari (art. 317 CP)³⁵⁴.

Osserviamo che il notaio assume un ruolo rilevante nell'ambito della prevenzione degli illeciti in fase di costituzione societaria. Egli riveste in effetti una posizione di affidamento nei confronti degli uffici del registro di commercio³⁵⁵ e funge da garante del rispetto della buona fede negli affari³⁵⁶ e della sicurezza del diritto³⁵⁷. Il notaio è tenuto a richiamare le conseguenze penali alle parti nel caso di necessità e di fronte a situazioni di sospetto³⁵⁸. In particolare, deve chiarire le reali intenzioni delle parti e verificare che i loro propositi non siano illeciti o contrari ai buoni costu-

³⁵³ DTF 101 IV 60; DTF 101 IV 145; STF 6B_230/2011 dell'11 agosto 2011 consid. 5.1; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, *ibidem*; JÄGGI, 2018, *ibidem*.

³⁵⁴ WÄTTER, 2016, ad art. 753, pag. 1634, n. 26b; STF 6B_230/2011 dell'11 agosto 2011 consid. 6.4.

³⁵⁵ MARIO POSTIZZI, L'attività ministeriale del notaio – Una lettura «a quadrifoglio», Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (CFPG), Bellinzona 2016, pag. 10, n. 9.

³⁵⁶ PETER GAUCH, Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht, Friburgo 1990, pag. 182.

³⁵⁷ POSTIZZI, 2016, pag. 29, n. 28.

³⁵⁸ POSTIZZI, 2016, pag. 10, n. 10.

mi³⁵⁹ onde evitare che si profili un inganno a suo carico idoneo a configurare una violazione dell'art. 253 CP³⁶⁰. In effetti, dovesse il notaio, nonostante la presenza di seri dubbi in ordine alle dichiarazioni delle parti coinvolte o di fronte a seri indicatori di pericolo, perfezionare l'atto pubblico, agirebbe «*en quelque sorte par dol éventuel*»³⁶¹. Nonostante il notaio abbia il compito generale di impedire la falsa apparenza, anche verso terzi, di un negozio giuridico³⁶², resta inteso che il dovere di esame imposto al notaio rimane di natura sommaria considerato che la decisione ultima in ordine alla validità di un negozio giuridico ricade sul giudice³⁶³.

Infine, osserviamo che, nell'ambito della revisione del Codice delle obbligazioni (Diritto del registro di commercio), è prevista l'introduzione nell'atto pubblico di costituzione delle attestazioni attualmente oggetto della Dichiarazione Stampa allegata alla notificazione d'iscrizione (paragrafo 11.4)³⁶⁴. Tale novità deve indurre il notaio a un'accresciuta sensibilità e cautela su questo tema, dedicando il tempo necessario in fase preparatoria e durante la celebrazione dell'atto all'accertamento della reale volontà delle parti e all'informativa ai comparenti sul regime giuridico applicabile, senza che da ciò possa derivare un dovere di natura indagatoria (nel senso poliziesco del termine), posto che il notaio, in assenza di elementi di sospetto, deve potersi fidare delle affermazioni delle parti, le quali restano pienamente e esclusivamente responsabili dei propri atti.

³⁵⁹ POSTIZZI, 2016, pag. 21, n. 22.

³⁶⁰ POSTIZZI, 2016, pag. 26, n. 25.

³⁶¹ MICHEL MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, 2^a ed., Berna 2014, pag. 108, n. 178a.

³⁶² ARON PFAMMATTER, *Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern*, Berna 2009, ad art. 34, n. 8.

³⁶³ POSTIZZI, 2016, pag. 10, n. 10.

³⁶⁴ FF 2017 2117, pag. 2124.

10. Procedura in sanatoria in caso di mancata notificazione di una fattispecie qualificata

10.1. In generale

Nel caso in cui le disposizioni relative alle fattispecie qualificate non vengano rispettate, l'ufficio del registro di commercio è tenuto a rifiutare l'iscrizione³⁶⁵. Può però accadere che quest'ultimo venga a conoscenza solo successivamente di una mancata o non corretta notificazione di una fattispecie qualificata. In questo caso, qualora non siano più utilizzabili neppure i rimedi giuridici previsti dagli artt. 643 cpv. 3 e 706 cpv. 1 CO, i quali sono soggetti a determinati termini (artt. 643 cpv. 4 e 706a cpv. 1 CO), la società acquista comunque la personalità giuridica (art. 643 CO). La situazione deve tuttavia essere sanata a posteriori³⁶⁶. Secondo il Tribunale federale la conseguenza del mancato rispetto delle disposizioni relative alle fattispecie qualificate è la nullità del contratto (paragrafo 8). In una sua sentenza, ha inoltre stabilito che una tale lacuna (nella fattispecie si trattava di un caso di assunzione di beni) è tuttavia sanabile mediante la modifica dello statuto e la relativa notificazione all'ufficio del registro di commercio. Una semplice approvazione da parte dell'assemblea non è invece sufficiente³⁶⁷. Ciò significa che l'assemblea costitutiva o il consiglio d'amministrazione saranno tenuti a deliberare successivamente la modifica dello statuto e all'atto pubblico andranno allegati tutti i documenti richiesti per la fattispecie qualificata³⁶⁸. Secondo FORSTMOSER devono essere dati gli stessi quorum della deliberazione iniziale. Ciò significa ad esempio che, qualora la violazione sia avvenuta in occasione della costituzione, per la rettifica dello statuto sarà necessario il consenso di tutti gli azionisti³⁶⁹.

³⁶⁵ BAUDENBACHER, 2016, ad art. 624, pag. 319, n. 6; VON DER CRONE, 2014, pag. 76, n. 135; FORSTMOSER, 1981, pag. 320, n. 127 e pag. 332, n. 189; PLÜSS, 2016, ad art. 628, pag. 77, n. 19.

³⁶⁶ FORSTMOSER, 1981, pag. 334, n. 196; PLÜSS, 2016, *ibidem*.

³⁶⁷ DTF 83 II 284, consid. 4.

³⁶⁸ FORSTMOSER, 1981, pag. 333, n. 191; BÖCKLI, Aktienrecht, 2009, pag. 148, n. 443.

³⁶⁹ FORSTMOSER, 1981, *ibidem*.

10.2. *Caso della prevista assunzione di beni*

Ritenuto come nella pratica sia spesso difficoltoso stabilire se le condizioni della prevista assunzione di beni siano adempiute o meno, rispettivamente se il nome dell'alienante e il prezzo restino invariati (paragrafo 2.3), il maggior numero di casi che necessitano di una procedura in sanatoria sono quelli legati a questa fattispecie. Può trattarsi di una mancata notificazione della fattispecie qualificata (*verschleierte Sachübernahme*), oppure di una successiva modifica di queste indicazioni, qualora tra il momento della notificazione della prevista assunzione di beni e quello della sua realizzazione le condizioni siano mutate (ad esempio il nome dell'alienante o il prezzo di acquisto)³⁷⁰.

Dietschi ritiene che un adeguamento dello statuto in caso di variazioni dell'oggetto, del nome dell'alienante e della controprestazione dopo la realizzazione dell'intenzione di assunzione di beni, si rende necessario solo se la modifica dei fatti rispetto a quanto inizialmente notificato possa rappresentare uno svantaggio o un pericolo per la società. Variazioni irrisorie non necessitano invece di una modifica dello statuto³⁷¹. È necessario un adeguamento dello statuto ad esempio qualora inizialmente sia stata notificata l'intenzione di assumere 100 azioni di una società al prezzo massimo di CHF 1'000.000.00 e successivamente ne vengono acquistate solamente 50 azioni per lo stesso prezzo, aumentando di conseguenza la stima delle azioni³⁷².

Secondo la prassi, in caso di mutazione delle condizioni relative ad una prevista intenzione di assunzione di beni, la società deve procedere a sanare la situazione in linea di principio unicamente dopo che la fattispecie si è realizzata. Solo da questo momento in avanti è infatti possibile conoscere con certezza la persona dell'alienante e il prezzo effettivamente pagato dalla società. È tuttavia possibile procedere ad una rettifica delle condizioni anche al di fuori della realizzazione, ovvero prima che il prospettato negozio giuridico sia stato adempiuto. In questo caso la procedu-

³⁷⁰ BÖCKLI, 2009, Aktienrecht, pag. 148, n. 442a segg.

³⁷¹ DIETSCHI, 2012, pag. 173, n. 403.

³⁷² DIETSCHI, 2012, pag. 173, nota a piè di pagina 985 ad n. 403.

ra in sanatoria presuppone l'aggiunta nello statuto di una nuova clausola relativa alla prevista assunzione di beni, la redazione di una nuova relazione scritta e dell'attestazione di verifica, nonché la relativa iscrizione nel registro di commercio, la quale, oltre ad indicare la data del nuovo statuto, in caso di modifica del prezzo di acquisto, dovrà contenere una nuova indicazione nella rubrica «fatti particolari», con il nuovo prezzo. Questo testo deve avere in linea di massima il seguente tenore: *«A seguito del superamento dell'importo massimo della prevista assunzione di beni notificata in occasione della costituzione [oppure dell'aumento del capitale] iscritto nel registro di commercio in data (...), la società ha modificato successivamente il proprio statuto in merito alla clausola della prevista assunzione di beni come segue: la società intende assumere (...)»*.

11. Evoluzione legislativa

11.1. Alla ricerca della soluzione ideale

Come anticipato nell'introduzione, le fattispecie di costituzione qualificata sono codificate in Svizzera sin dal Codice delle obbligazioni del 1881 e successivamente affinate con le revisioni del 1936 e 1991. L'aggiustamento più importante è tuttavia avvenuto solo nel 2005 (con entrata in vigore il 1° gennaio 2008), sulla scia della revisione del diritto della Società a garanzia limitata. Dopo 125 anni l'applicazione – fino ad allora sproporzionata – delle norme relative alla fattispecie della (prevista) assunzione di beni è stata limitata ai soli negozi conclusi con persone che rientrano nella sfera di influenza degli azionisti o di persone a loro vicine e non più in modo indiscriminato a ogni negozio con terzi (paragrafo 2.3.3)³⁷³.

Anche la revisione attualmente in corso si occupa delle fattispecie qualificate di costituzione, con oscillazioni e mutamenti di direzione anche sorprendenti, come esposto di seguito.

³⁷³ MEYER, 2015, pag. 41, n. 72; LOMBARDINI/CLEMETSON, 2017, ad art. 628, pag. 354, n. 13.

11.2. *Il conferimento in natura*

Il Consiglio federale propone di codificare esplicitamente la consolidata prassi vigente relativa ai conferimenti in natura, segnatamente per quanto attiene ai presupposti cumulativi di conferibilità (paragrafo 3). Essi saranno enumerati all'art. 634 cpv. 1 D-CO, con contestuale abrogazione dell'art. 628 CO³⁷⁴. Se questa proposta legislativa non costituisce di per sé un'innovazione, non così la proposta di base legale che permetterebbe al notaio del luogo di sede della costituenda società di rogare pure gli atti di conferimento di fondi siti in più Cantoni (art. 634 cpv. 3 D-CO). Nel Cantone X, sede della costituenda società, potrà essere infatti rogato l'atto di conferimento di fondi siti nei Cantoni X e Y ma anche di fondi siti solo nei Cantoni Y e Z. La norma creerebbe così una competenza intercantonale variabile per il trasferimento dei fondi, comportando un'importante eccezione al principio della *lex rei sitae*. Ispirata apertamente all'art. 70 cpv. 2 LFus, la norma è di sicuro interesse e di palese efficacia per la costituenda società³⁷⁵. Essa nasconde cionondimeno delle insidie, soprattutto in capo al notaio rogante. Infatti se per le operazioni di trasferimento di patrimonio ex LFus il passaggio di proprietà dei fondi avviene per successione universale (*extra tabula*), per il conferimento di fondi – come visto al paragrafo 6.2 – l'iscrizione nel registro fondiario è costitutiva. Il notaio dovrà quindi conoscere le leggi cantonali e comunali che potrebbero incidere o ostacolare l'iscrizione e darne compiuta informazione ai promotori-conferenti (ad esempio le tasse e imposte cantonali connesse con l'operazione fondiaria, l'eventuale richiesta di acconti, le autorità cantonali alle quali chiedere consensi o autorizzazioni, ecc.). Questa apertura rende quindi oggettivamente difficile l'adempimento dell'obbligo in capo al notaio (domiciliato in un altro Cantone) di informare e fornire alle parti tutti gli elementi giuridici rilevanti per l'atto³⁷⁶.

³⁷⁴ Messaggio n. 16.077 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima) del 23 novembre 2016 (Messaggio n. 16.077) in FF 2017 325, pag. 417, con rinvio all'UFRC, Comunicazione 2001.

³⁷⁵ Messaggio n. 16.077, FF 2017 325, pag. 417 seg.; Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1369.

³⁷⁶ HANS MARTI, Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Berna 1989, pag. 50: «Ohne Kenntnis dieses rechtlichen Umfeldes ist eine

Il Tribunale federale, evidenziando le peculiarità della Svizzera, su questo aspetto è stato lapidario: «*Im Beurkundungsverfahren komme der Aufklärung und Beratung der Parteien besondere Bedeutung zu. Zweifelsohne könne diese Aufgabe am Ort der gelegenen Sache besser erfüllt werden als anderswo in der Schweiz.*»³⁷⁷ e aggiunge: «*Vor allem das kantonale öffentliche Recht, aber auch ortsgebundenes Privatrecht nehmen in vielfältiger Weise auf den Liegenschaftsverkehr und auf die Grundstücke selber Einfluss, ohne dass dies aus dem Grundbuch ersichtlich wäre. Diese Besonderheiten gilt es den an einem Rechtsgeschäft über eine Liegenschaft beteiligten Parteien zu vermitteln. An sich sind diese Kenntnisse auch einer aussenstehenden Urkundsperson zugänglich, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge allerdings kaum ohne Mithilfe eines ortskundigen Fachmannes, so dass die öffentliche Beurkundung durch eine kantonsfremde Urkundsperson nur zu zusätzlichen Umtrieben und Kosten und möglicherweise auch zu einer Verwischung von Verantwortlichkeiten führt.*»³⁷⁸. Considerato come la violazione dell'obbligo di informare costituisca un atto illecito ai sensi dell'art. 41 cpv. 1 CO, come ricordato dall'Alta corte in una recentissima decisione³⁷⁹, la responsabilità che si assumerà il notaio rogante sarà oltremodo gravosa. Ma l'aspetto giuridico più controverso e profondo è senza dubbio il conflitto che questa proposta normativa innesca con l'art. 55 Titolo finale del CC e con la sua declinazione ticinese nell'art. 3 LN³⁸⁰, secondo cui gli atti pubblici stesi nel territorio del Cantone o riguardanti diritti reali relativi a fondi siti nel Cantone, sono di esclusiva competenza di un notaio ammesso all'esercizio nel Cantone Ticino. La facoltà dei Cantoni di legiferare in materia di negozi giuridici concernenti beni immobili è stata riconosciuta da una cristallizzata giurisprudenza del Tribunale federa-

sach- und rechtsrichtige Abfassung der öffentlichen Urkunde in Frage gestellt; es würde auch eine ausreichende Rechtsbelehrung des Urkundsparteien fehlen.».

³⁷⁷ DTF 113 II 501 consid 3a *in fine*.

³⁷⁸ DTF 113 II 501 consid 3b *in fine*.

³⁷⁹ STF 4A_337/2018 del 9 maggio 2019 consid 4.4.1; si veda anche MOOSER, 2014, pag. 205 seg., n. 312 seg., con rinvio a pag. 129 segg., n. 211 segg. relativa all'obbligo di informare.

³⁸⁰ Legge sul notariato del 26 novembre 2013; RL 952.100.

le³⁸¹. L'Alta corte, pur ricordando il principio della libera scelta del luogo di stipulazione del contratto e la comodità dalla *lex loci contractus* per le transazioni, ha affermato che deve prevalere la sicurezza della transazione immobiliare e la tutela delle parti, privilegiando così il principio della *lex rei sitae*: «*Indessen stehe beim Abschluss von Verträgen über dingliche Rechte an Liegenschaften der Erleichterung des Geschäftsverkehrs durch die lex loci contractus das Bedürfnis nach Verkehrssicherheit und nach Schutz der Parteien gegen Übereilung und gegen die Abfassung von ungenauen, unklaren und den örtlichen Verhältnissen zuwiderlaufenden Verträgen gegenüber. Dieses Bedürfnis sei stärker zu gewichten.*»³⁸². La dottrina ha manifestato per contro opinioni discordanti³⁸³. Il messaggio – in modo invero poco trasparente – si limita ad affermare che la *lex rei sitae* si applica alle transazioni fondiarie «*secondo l'opinione dominante*»³⁸⁴, omettendo ogni riferimento alla chiara e consolidata giurisprudenza del Tribunale federale. La motivazione della proposta legislativa di deroga da questo principio si limita a un generico parallelismo (o ispirazione) con l'art. 70 cpv. 2 LFus. Tuttavia non si considera la natura giuridica diversa, *quo* al trapasso di proprietà fondiaria, delle due tipologie di negozi. Con l'iscrizione nel registro di commercio di un'operazione ai sensi della LFus, i diritti reali sui fondi sono trasferiti *ex lege*, in modo extra tabulare (paragrafo 5.3). L'iscrizione nel registro fondiario riveste mero carattere dichiarativo³⁸⁵. Per contro il conferimento di un fondo nel contesto di una costituzione qualificata avviene singolarmente e l'iscrizione nel registro fondiario è costitutiva per il tra-

³⁸¹ DTF 113 II 501 consid. 3; DTF 47 II 383; DTF 46 II 391.

³⁸² DTF 113 II 501 consid. 3a.

³⁸³ A favore: ETIENNE JEANDIN, *La profession de notaire*, Ginevra/Zurigo/Basilea 2017, pag. 140; MOOSER, 2014, pag. 329 seg., n. 489a; MARTI, 1989, *ibidem*. Contro: JÖRG SCHMID, *Die interkantonale Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bei Grundstückgeschäften*, in *Une empreinte sur le Code civil – Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berna 203, pag. 582; CHRISTIAN BRÜCKNER, *Beurkundungsrecht*, Zurigo 1993, pag. 223 segg., n. 725 segg.

³⁸⁴ Messaggio n. 16.077, FF 2017 325, pag. 417.

³⁸⁵ Messaggio n. 00.052 a sostegno di una legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio del 13 giugno 2000 (Messaggio n. 00.052) in FF 2000 3765, pag. 3905 segg.; BRÜCKNER/KUSTER, 2016, pag. 478 segg., n. 2318 segg.

passo della proprietà fondiaria. La portata dell'atto pubblico di conferimento del fondo è quindi ben più incisiva. Per questo motivo siamo favorevoli al mantenimento dello *statu quo*, quindi del mantenimento inalterato dell'applicazione del principio della *lex rei sitae*. In ogni caso, dovesse essere accolta questa proposta legislativa, essa costituirebbe un primo decisivo passo verso la libera circolazione degli atti pubblici in Svizzera.

11.3. La (prevista) assunzione di beni

La trattazione della fattispecie della (prevista) assunzione di beni mostra la tensione tra l'obiettivo di un'efficace protezione del capitale azionario, da una parte, e l'obiettivo di snellimento del sistema burocratico che grava le imprese³⁸⁶. In un primo tempo il Consiglio federale aveva proposto di introdurre un nuovo articolo (art. 634a D2007-CO) al fine di precisare i presupposti della (prevista) assunzione di beni e di ovviare così all'incertezza di diritto esistente³⁸⁷. Dopo alcuni anni, ecco il ripensamento del Consiglio federale giustificato da una serie di disparate considerazioni. In primo luogo ha sottolineato la difficoltà nel determinare quale operazione debba essere qualificata come assunzione di beni e quanto tempo dopo la costituzione della società abbia ancora un nesso rilevante. La disposizione di legge che ne discende è quindi giocoforza generica, ciò che implica la necessità di interpretazione. Al proposito dottrina e prassi sono spesso discordanti, fatto deleterio se rapportato alle conseguenze che una violazione delle norme sulla (prevista) assunzione di beni può comportare: la nullità dell'operazione. Il Disegno di legge del 2007 avrebbe quindi risolto solo in parte questi problemi³⁸⁸. In secondo luogo il Consiglio federale ha ritenuto che vi siano già oggi prescrizioni di legge in materia di salvaguardia del capitale e di responsabilità che intervengono contro l'assunzione di elementi patrimoniali degli azionisti e di persone a loro vicine, quali l'art. 678 CO (restituzione di

³⁸⁶ Sull'agevolazione in favore delle piccole e medie imprese (PMI) in Svizzera si veda ALBISETTI/PORRINI, 2019, pag. 737 segg.

³⁸⁷ Messaggio n. 08.011, FF 2008 1321, pag. 1370 seg.

³⁸⁸ Messaggio n. 16.077, FF 2017 325, pag. 359.

prestazioni, che nel D2016-CO si vuole maggiormente incisiva³⁸⁹) e l'art. 680 CO (versamenti degli azionisti). Un'operazione di sopravvalutazione dei beni assunti farebbe inoltre sorgere la responsabilità degli amministratori (art. 717 cpv. 1 CO in combinazione con l'art. 754 CO), che potrebbe sfociare anche in una responsabilità penale (false indicazioni su attività commerciali, art. 152 CP; amministrazione infedele, art. 158 CP; bancarotta fraudolenta, art. 163 CP; diminuzione dell'attivo in danno dei creditori, art. 164 CP e cattiva gestione, art. 165 CP)³⁹⁰. Infine anche le norme più rigorose in materia di presentazione dei conti (art. 957 segg. CO) nonché i rimedi giuridici previsti dalla legislazione in materia di esecuzione e fallimento (quale ad esempio l'azione revocatoria) svolgono un'ulteriore funzione protettiva rispetto all'assunzione di beni patrimoniali. Tutti questi meccanismi di protezione esistenti, in parte inaspriti nel disegno di legge, sono così stati ritenuti sufficienti alla tutela del capitale, tanto da indurre il Consiglio federale alla drastica proposta di abolire *sic et simpliciter* le norme sulla (prevista) assunzione di beni³⁹¹. Non da ultimo il Consiglio federale ha osservato che la soppressione di questa fattispecie da quelle considerate come qualificate nella costituzione societaria «*farà risparmiare alle società i costi delle relazioni sulla costituzione e sull'aumento di capitale e dell'attestato di verifica.*»³⁹². L'abolizione di questa fattispecie qualificata ha suscitato un vivace confronto dottrinale, unanime sul fatto di ritenere che con tale abolizione andrebbe anche conseguentemente abolita la fattispecie del conferimento di beni ma divisa sull'opportunità di questa misura e sulla reale efficacia

³⁸⁹ Messaggio n. 16.077, FF 2017 325, pag. 387: «*Il campo d'applicazione personale e quello materiale vengono dunque precisati. La situazione economica della società non è più un elemento della fattispecie. Se esiste una sproporzione manifesta tra prestazione e controprestazione a sfavore della società, sorge ora un obbligo di restituzione, anche se la società è in buone condizioni economiche. Inoltre, ai creditori sarà riconosciuta la legittimazione attiva per le prestazioni infragruppo.*».

³⁹⁰ Messaggio n. 16.077, FF 2017 325, pag. 360 seg. Sui meccanismi di protezione già presenti nelle leggi si veda DIETSCHI, 2012, pag. 193 segg., n. 450 segg.

³⁹¹ Messaggio n. 16.077, FF 2017 325, *ibidem*.

³⁹² Messaggio n. 16.077, FF 2017 325, pag. 576.

dei meccanismi di protezione già in essere³⁹³. Il tema è altrettanto dibattuto anche in sede parlamentare e non è dato a sapere se la proposta sarà accolta.

11.4. La «Dichiarazione Stampa»

L'art. 43 cpv. 1 lett. h ORC obbliga i promotori a dichiarare all'ufficio del registro di commercio con un documento giustificativo che non vi sono altri conferimenti in natura, assunzioni di beni, compensazioni di crediti o vantaggi speciali oltre a quelli menzionati nei documenti giustificativi (analoga norma per l'aumento di capitale, cfr. art. 46 cpv. 2 lett. g ORC). Nella prassi ciò avviene mediante la sottoscrizione della Dichiarazione Stampa. Il Tribunale federale ha indicato che tale dichiarazione deve essere trasmessa per tutte le costituzioni societarie (rispettivamente aumenti di capitale societario o di conferimento ulteriore), per motivi di praticità e di certezza del diritto³⁹⁴.

Sulla scorta di quanto precede il Consiglio federale ha proposto di integrare la dichiarazione dei fatti di cui alla Dichiarazione Stampa direttamente nell'atto pubblico, di costituzione o di deliberazione di aumento di capitale (art. 629 cpv. 2 n. 4 e art. 652g cpv. 1 n. 4 D-CO)³⁹⁵. Secondo il futuro testo di legge, i promotori rispettivamente il consiglio d'ammi-

³⁹³ Si veda ad esempio: CRAMER, 2016, pag. 726 seg., n. 47 segg.; MEYER, 2015, pag. 46 seg., n. 86; HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGSTMANN, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, in *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW)* 1/2017, pag. 3 segg., pag. 4 seg.; DIETER GERICKE/ANDREAS MÜLLER/DANIEL HAUSERMANN/NINA HAGMANN, Aktienrechtsentwurf 2016: Verbesserungen aber auch Schachstellen, in *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* 1/2017, pag. 25 segg., pag. 27. Postula l'abolizione di tutte le disposizioni sulle fattispecie qualificate LOÏC HORISBERGER, La suppression des règles sur la reprise de biens sans allègement des règles sur les apports en nature – une incohérence?, *REPRAX* 4/2017, pag. 183 segg.

³⁹⁴ DTF 119 II 463 consid. 2c: «Die Pflicht, eine Stampaerklärung auf jeden Fall einzureichen, ergibt sich bereits aus Praktikabilitätsgründen sowie aus Gründen der Rechtssicherheit. Würde differenziert, wann sie einzureichen ist und wann nicht, ergäben sich diesbezügliche Unklarheiten und zusätzlicher administrativer Aufwand.».

³⁹⁵ Messaggio n. 15.034 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto del registro di commercio) del 15 aprile 2015 (Messaggio n. 15.034) in *FF* 2015 2849, pag. 2857 seg. e pag. 2883 seg.; Messaggio n. 16.077, *FF* 2017 325, pag. 414 seg.; Testo di legge finale in *FF* 2017 2117, pag. 2124.

nistrazione dovranno accertare nell'atto pubblico che non vi sono altri conferimenti in natura, assunzioni di beni e previste assunzioni di beni, compensazioni di crediti o vantaggi speciali oltre a quelli menzionati nei documenti giustificativi. La proposta è stata adottata dalle Camere federali il 17 marzo 2017; l'entrata in vigore tuttavia non è ancora stata fissata anche se prevista nel 2020. È evidente che la decisione di incorporare la dichiarazione nell'atto pubblico comporterà per il notaio una responsabilità accresciuta nel dovere di informazione al momento della rogazione dell'atto (paragrafo 9).

12. Conclusione

È sempre rassicurante trovare istituti giuridici che affondano le proprie radici nei secoli passati. Nella loro continuità e immutabilità, quasi fosse un marchio astratto di imperitura garanzia, ci infondono un senso di certezza. Ma si tratta solo di un'affascinante chimera. Se si guarda bene, il contesto attorno alla norma cambia in continuazione, sotto la spinta dei mutamenti sociali, culturali, politici, economici e tecnici. È allora la norma stessa a cambiare, se non nella sua forma, nel risultato ottenuto dalla sua applicazione.

Le fattispecie qualificate sono istituti particolari, spesso di difficile trattazione e valutazione. Nate dal cambiamento di paradigma che ha portato all'assunzione di un sistema normativo, esse intendono arginare le pericolose derive di elusione delle norme sul capitale così da accogliere nel grande gioco del mercato solo attori che garantiscono la loro reale capitalizzazione.

Il legislatore contemporaneo, comprensibilmente assorbito dall'imperativo di snellimento degli oneri amministrativi che gravano le piccole e piccolissime imprese (fondamento del tessuto economico e, di riflesso, sociale del nostro Stato)³⁹⁶, si interroga sull'utilità di mantenere – in parte – queste fattispecie qualificate, giacché l'obiettivo di tutela con esse ricer-

³⁹⁶ Nel 2016 le microimprese in Svizzera (con 1-9 dipendenti) erano 526 162, corrispondente all'89,76% delle imprese commerciali. Si veda ALBISETTI/PORRINI, 2019, pag. 740 seg.

cato verrebbe raggiunto attraverso altri meccanismi di protezione già in essere. Non si accorge tuttavia che la vera partita si sta giocando altrove, su un altro fronte, quello delle criptovalute. Esse hanno iniziato, senza molto clamore, ad affiancarsi al franco svizzero nella capitalizzazione delle costituende società. È ben vero che con le regole in essere vengono accettate unicamente le principali criptovalute³⁹⁷, ossia quelle con un mercato interessato a tale bene così da permetterne l'eventuale realizzabilità. Si tratta tuttavia di mezzi di scambio spesso dai padri ignoti³⁹⁸ con un elevato tasso di volatilità, le cui transazioni via *blockchain* sono certificate da *server* (*server farm*) situati all'estero. Il Consiglio federale stesso considera le criptovalute come un investimento speculativo piuttosto che un mezzo di pagamento, pur non ritenendole costituire attualmente un vero rischio per la stabilità finanziaria³⁹⁹. Tale è l'attuale percezione diffusa⁴⁰⁰. Ipotizzando la sostituzione del capitale azionario delle nostre piccole e piccolissime imprese, oggi costituito per la quasi totalità dalla moneta nazionale, con tali beni, quali scenari si potranno prospettare all'orizzonte? Ancora una volta sarà il mercato, in questo caso quello delle criptovalute, a determinarne il successo e quindi a garantirne il valore e con esso la stabilità del substrato di garanzia delle nostre imprese. Forse però il legislatore dovrebbe interrogarsi se lasciare la porta completamente aperta all'innesto di queste valute volatili nel tessuto societa-

³⁹⁷ Il 19 agosto 2018 erano disponibili oltre 1600 tipi di criptovalute, il cui numero è costantemente in progressione (https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cryptocurrencies, consultato in data 29.8.2019).

³⁹⁸ Si pensi che la prima criptovaluta, il bitcoin, è stata concepita da un inventore anonimo sotto lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto alla fine 2008, nel pieno della crisi economico-finanziaria globale dei *subprime*. <https://www.nzz.ch/finanzen/bitcoin-kryptowaehrungen-im-ueberblick-ld.1336477> (consultato in data 29.8.2019).

³⁹⁹ Parere del Consiglio federale del 14 febbraio 2018 n. 2/3 all'interpellanza n. 17.4144 «Criptovalute. Occorre intervenire?» depositata dal parlamentare Leo Müller (<https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20174144>, consultato il 12 luglio 2019).

⁴⁰⁰ Ad esempio si veda il rapporto della *Bank of England* «*The economics of digital currencies*» pubblicato nel Quarterly Bulletin 2014 Q3, pag. 276 segg. (<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/digital-currencies/the-economics-of-digital-currencies>, consultato il 12 luglio 2019). Per approfondimento CHARLES PROCTOR, Cryptocurrencies in international and public law conceptions of money, in AA.VV., Cryptocurrencies in public and private law, Oxford 2019, pag. 50 seg.

rio svizzero o se mettere dei paletti per contenere i rischi oggi intrinseci a questo prodotto⁴⁰¹.

Ma la posta in gioco è ben più ampia e ne sono consci nuovi attori globali, che intendono affacciarsi al mercato delle criptovalute: questa volta, tuttavia, non come semplici giocatori. Il 18 giugno 2019 Facebook ha annunciato l'intenzione di lanciare una sua valuta digitale: Libra. Essa dovrebbe essere meno volatile delle altre criptovalute, poiché il suo valore dovrebbe basarsi su un paniere di attivi reali (titoli di Stato, valute reali – come dollari, euro o yen – e altri non meglio precisati *assets*)⁴⁰². Il prof. Edoardo Beretta al proposito osserva: «*si sta di fatto permettendo che sorgano una serie di <potentati> (non statali) emettitori di altrettante monete, il cui valore e la cui stabilità sarebbero solo <ancorate> all'affidabilità di una data tecnologia piuttosto che all'apprezzamento collettivo del gruppo di aziende sottostantevi*»⁴⁰³. Un'evoluzione che porterebbe nel medio-lungo termine le banche centrali a essere spogliate *de facto* del loro monopolio di emissione di moneta nazionale, ormai senza più alcun interesse per il cittadino⁴⁰⁴. In un simile scenario, il nostro Stato, oggi garante del sistema normativo regolante il diritto societario e – attraverso l'istituto indipendente della Banca Nazionale – di una politica monetaria

⁴⁰¹ Come rileva il direttore generale della Banca dei regolamenti internazionali, Agustín Carstens, «*if authorities do not act pre-emptively, cryptocurrencies could become more interconnected with the main financial system and become a threat to financial stability.*», in: Money in the digital age: what role for central banks?, Discorso tenuto alla Goethe-Universität di Francoforte il 6 febbraio 2018, pag. 9 (<https://www.bis.org/speeches/sp180206.pdf>, consultato in data 29.8.2019). Si veda anche PROCTOR, 2019, pag. 52.

⁴⁰² ERICA LANZI, Libra: rivoluzione o fuoco di paglia?, in Corriere del Ticino 6 luglio 2019, pag. 3; CHRISTIAN ROCCA, Se Facebook batte moneta, in Azione 1 luglio 2019, pag. 27; NATHANIEL POPPER/MIKE ISAAC, How Libra, Facebook's Cryptocurrency, Would Work for You, in The New York Times 18 giugno 2019 (<https://www.nytimes.com/2019/06/18/technology/how-libra-would-work-for-you.html>, consultato in data 29.8.2019).

⁴⁰³ EDOARDO BERETTA, Moderno «Medioevo monetario», in Corriere del Ticino 12 luglio 2019, pag. 34.

⁴⁰⁴ BERETTA, 2019, *ibidem*. Così anche PROCTOR, 2019, pag. 54 seg.

nell'interesse del Paese stesso⁴⁰⁵, rivestirebbe il pallido ruolo di comprimario. I veri giochi si svolgeranno allora altrove, secondo altre regole non più in mano ma nemmeno più influenzabili dal diritto nazionale.

Tuttavia la partita è solo agli albori e ancora aperta. In questo scacchiere la Svizzera si pone, per il tramite della FINMA, con un atteggiamento di accorta apertura. Riconosce infatti il potenziale innovativo che le nuove tecnologie comportano per i mercati finanziari, in particolare i modelli basati sulla tecnologia *blockchain*, ma impone da subito anche a tale settore le disposizioni legali riguardanti la lotta contro il riciclaggio di denaro. In questa vorticosa evoluzione tecno-economica eccola quindi a conferire per la prima volta un'autorizzazione bancaria e un'autorizzazione al commercio di valori mobiliari a due fornitori di servizi finanziari *blockchain*⁴⁰⁶. Se confrontata con i tempi di gestazione delle leggi, la velocità di questi cambiamenti disorienta. Al legislatore, in perenne e affannosa rincorsa, il decisivo compito di comprendere fino in fondo questi nuovi prodotti di tecno-finanza e di fornire un quadro legislativo funzionale ma soprattutto attuale.

⁴⁰⁵ Art. 99 cpv. 1 e 2 Costituzione federale della Confederazione svizzera, RS 101 («*Il settore monetario compete alla Confederazione; essa soltanto ha il diritto di battere moneta e di emettere banconote.*»; «*La Banca nazionale svizzera, in quanto banca centrale indipendente, conduce una politica monetaria nell'interesse generale del Paese; è amministrata con la collaborazione e sotto la vigilanza della Confederazione.*»).

⁴⁰⁶ Comunicazione FINMA sulla vigilanza: lotta sistematica contro il riciclaggio di denaro nel settore blockchain del 26 agosto 2019 e Comunicazione FINMA sulla vigilanza 02/2019: Il traffico di pagamenti nella blockchain del 26 agosto 2019, scaricabili dal sito <https://www.finma.ch/it/news/2019/08/20190826-mm-kryptogwg/> (consultato in data 29.8.2019).

Annesso

Canton Zugo

Direzione dell'economia
Ufficio del registro di commercio
e Ufficio fallimenti
Ufficio del registro di commercio

Foglio informativo sulla liberazione con la criptovaluta

Il 25 settembre 2017, l'Ufficio del registro di commercio del Canton Zugo è stato il primo in Svizzera a iscrivere nel registro di commercio la costituzione di una società mediante conferimento in natura con la criptovaluta Bitcoin (BTC). Nel frattempo, sono state effettuate ulteriori iscrizioni e sono sempre più numerose le domande su questo argomento. Cosa occorre considerare?

1. Conferimento in natura

La liberazione del capitale sociale nell'ambito di una costituzione, di un aumento del capitale o di un conferimento ulteriore con criptovaluta non costituisce un conferimento in denaro, ma una liberazione del capitale mediante conferimento in natura. A tale riguardo occorre osservare le corrispondenti disposizioni del Codice delle obbligazioni (CO; RS 220) e dell'Ordinanza sul registro di commercio (ORC; RS 221.411).

2. Quali criptovalute possono essere utilizzate?

Affinché un bene patrimoniale possa essere oggetto di un conferimento in natura, il bene apportato deve, in particolare, essere attivabile, liberamente cedibile, disponibile e realizzabile. Quanto più diffusa è la criptovaluta e quanto più attivamente essa viene negoziata, tanto prima tali condizioni saranno soddisfatte. Nella sua valutazione in merito, l'Ufficio del registro di commercio di Zugo si basa sull'elenco consultabile all'indirizzo <https://coinmarketcap.com/>. Più alto è il «posizionamento» di una criptovaluta, più è probabile che possa essere oggetto di un conferimento in natura. Senz'altro l'Ufficio del registro di commercio di Zugo

accetta al momento Bitcoin (BTC) e Ether (ETH) quale conferimento in natura. Chi intende effettuare delle transazioni con altre criptovalute deve rivolgersi innanzitutto all'Ufficio del registro di commercio di Zugo. A seconda dei casi, possono essere richiesti ulteriori documenti comprovanti il rispetto delle condizioni applicabili ai conferimenti in natura.

3. Denominazione della criptovaluta

La criptovaluta deve essere chiaramente identificata. Ad esempio, il termine «Bitcoin» da solo non è sufficiente. Si consiglia di aggiungere le rispettive abbreviazioni. Per Bitcoin (Core) si utilizza l'acronimo «BTC», per Bitcoin Cash «BCH» o «BCC» e infine per Bitcoin Gold «BTG».

4. Relazione sulla costituzione

Il metodo di valutazione deve essere indicato nella relazione sulla costituzione. La piattaforma di negoziazione utilizzata per la valutazione e il valore di mercato ivi indicato devono pertanto essere stabiliti. L'Ufficio del registro di commercio di Zugo utilizza per i propri scopi il convertitore disponibile su *www.finanzen.ch*.

5. Copertura del capitale / raccomandazione

Il capitale in franchi svizzeri deve essere coperto sia al momento dell'atto pubblico sia al momento dell'iscrizione nel registro di commercio. A causa delle oscillazioni dei corsi valutari, si consiglia di prevedere un «margine di sicurezza» nell'ambito dei conferimenti in natura mediante l'impiego di criptovaluta.