

00.052

**Messaggio
a sostegno di una legge federale sulla fusione, la scissione,
la trasformazione e il trasferimento di patrimonio
(Legge sulla fusione; LFus)**

del 13 giugno 2000

Onorevoli presidenti e consiglieri,

Con il presente messaggio ci pregiamo sottoporvi per approvazione un disegno di legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (legge sulla fusione).

Gradite, onorevoli presidenti e consiglieri, l'espressione della nostra alta considerazione.

13 giugno 2000

In nome del Consiglio federale svizzero:

Il presidente della Confederazione, Adolf Ogi

La cancelliera della Confederazione, Annemarie Huber-Hotz

Compendio

Il presente disegno disciplina gli aspetti di diritto privato attinenti alla fusione, alla scissione e alla trasformazione di società. Le nuove disposizioni di legge si propongono di sostituire le vigenti norme del Codice delle obbligazioni in materia di fusione e di trasformazione, colmando le gravi lacune della legge in tale campo. In futuro, la fusione va regolamentata dalla legge per tutte le società commerciali (società in nome collettivo e in accomandita, società anonime, società in accomandita per azioni e società a garanzia limitata), per le società cooperative nonché per le fondazioni e le associazioni; il diritto vigente, infatti, disciplina soltanto la fusione di società anonime, di società in accomandita per azioni e di società cooperative). La trasformazione, sinora prevista dalla legge soltanto per l'ipotesi del cambiamento di forma giuridica di una società anonima in una società a garanzia limitata, va inoltre regolamentata in modo generale, a condizione tuttavia che le forme giuridiche in questione presentino strutture fondamentalmente compatibili. La nuova concezione della trasformazione non implica un trasferimento dei rapporti giuridici, bensì consiste in un semplice cambiamento della forma giuridica, che salvaguarda nel contempo l'insieme dei rapporti giuridici patrimoniali e sociali. L'introduzione dell'istituto giuridico della scissione, che consente una nuova ripartizione patrimoniale e sociale all'interno della società, agevola inoltre la ristrutturazione aziendale. Il trasferimento di un'impresa o di una parte di essa è infine facilitato dal nuovo disciplinamento relativo al trasferimento di patrimonio.

La nuova normativa concernente la fusione, la scissione e la trasformazione disciplina tanto le operazioni tra società aventi la stessa forma giuridica (ad es. la fusione di due associazioni), quanto quelle tra società che rivestono forme giuridiche diverse (ad es. la fusione tra un'associazione e una società cooperativa). La normativa proposta si applica anche alle operazioni transfrontaliere, vale a dire alle operazioni che coinvolgono società con sede in Paesi distinti, come pure alle fusioni e alle trasformazioni miranti a «convertire» istituti di diritto pubblico in società di diritto privato (ad es. la trasformazione di una banca cantonale in una società anonima).

Scopo del presente progetto è di conferire maggiore mobilità alle forme giuridiche e consentire alle aziende di adottare una struttura giuridica ottimale. Il disegno garantisce inoltre la certezza del diritto e la trasparenza indispensabili a questo genere di operazioni, senza tuttavia perdere di vista gli interessi dei creditori, dei lavoratori e dei soci minoritari. Esso contribuisce in tal modo a migliorare le condizioni quadro della piazza economica svizzera.

Onde evitare che le nuove possibilità offerte dal diritto privato siano ostacolate da disposizioni di natura fiscale, una revisione parziale della legislazione fiscale, allegata al presente disegno, agevola la ristrutturazione aziendale.

Per un riassunto più completo del messaggio si veda il numero 1.3.

Messaggio

1 **Parte generale**

1.1 **Contesto**

1.1.1 **Situazione giuridica attuale**

La revisione del diritto della società anonima del 1991 (legge federale del 4 ottobre 1991, entrata in vigore il 1° luglio 1992; RU 1992 733) non ha apportato alcuna modifica alle norme sulla fusione e la trasformazione di società. Le relative disposizioni del Codice delle obbligazioni (CO; RS 220) sono pertanto rimaste invariate dal 1937, data della loro entrata in vigore. Tali norme sono caratterizzate da un approccio pragmatico e riferito a una casistica specifica.

Il CO disciplina unicamente la fusione tra società anonime (art. 748 segg. CO), tra società in accomandita per azioni (art. 770 cpv. 3 CO) e tra società cooperative (art. 914 CO). La legge prevede la fusione tra società di diversa forma giuridica soltanto nel caso (assai raro) della fusione tra una società anonima e una società in accomandita per azioni (art. 750 e 770 cpv. 3 CO). Il CO contiene inoltre disposizioni concernenti l'assunzione del patrimonio di una società anonima o di una società cooperativa ad opera di una corporazione di diritto pubblico (art. 751 e 915 CO). Di contro, non esiste una base legale che disciplini la fusione di società a garanzia limitata, di società in nome collettivo, di società in accomandita, di associazioni oppure di fondazioni. Non sono previste neppure chiare norme legali in materia di fusione transfrontaliera, vale a dire tra società con sede in differenti Stati.

Il CO disciplina unicamente la trasformazione di una società anonima in una società a garanzia limitata (art. 824 segg. CO). L'articolo 14 della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (LBCR; RS 952.0) autorizza inoltre il Consiglio federale a emanare norme di carattere generale o per singoli casi atte a facilitare la trasformazione di una banca cooperativa in una società anonima, in una società in accomandita per azioni o in una società a garanzia limitata al fine di evitarne la liquidazione.

Per quanto concerne l'istituto giuridico della scissione di società, esso è totalmente estraneo alla legislazione svizzera.

Il disciplinamento attuale dell'assunzione di un patrimonio (art. 181 CO) non risponde più alle esigenze della prassi, in particolare in caso di assunzione di un gran numero di elementi patrimoniali (assunzione dell'intera azienda o di una parte di essa)¹.

¹ Si veda anche infra 1.3.2.4.

1.1.2 Evoluzione della prassi

La dottrina predominante ha a lungo ritenuto che la legge disciplinasse in modo esaustivo le possibilità di fusione². Di contro, il Tribunale federale ha ammesso, senza affrontare tuttavia la questione dell'assenza di base legale, la fusione tra due associazioni (DTF 57 II 1). In una decisione successiva (DTF 115 II 415), ha espressamente autorizzato la fusione tra due fondazioni, benché non prevista dalla legge. La corte suprema non si è tuttavia pronunciata sulle conseguenze di tale decisione di principio.

A fronte della giurisprudenza del Tribunale federale, una parte della dottrina ha sostenuto che la fusione tra persone giuridiche di diversa forma giuridica dovesse essere autorizzata nonostante l'assenza di base legale³. Nel 1992, l'Ufficio federale del registro di commercio (UFRC) ha dovuto per la prima volta occuparsi di un'iscrizione nel registro di commercio relativa alla fusione tra società aventi forme giuridiche differenti. A causa della complessità delle questioni giuridiche cui doveva dare risposta, l'Ufficio federale di giustizia (UFG) incaricò il professor Frank Vischer (Basilea) di redigere un parere sull'ammissibilità della fusione tra società a garanzia limitata, della fusione tra società di diversa forma giuridica e della fusione transfrontaliera. Il perito ha riconosciuto che tali casi di fusione non contemplati dalla legge devono in linea di principio essere ammessi. Egli si è in particolare basato sulla possibilità di applicare per analogia le disposizioni di legge esistenti in materia di fusione (art. 748 segg. CO), su un'analisi degli interessi in causa e su considerazioni di diritto comparato⁴.

Tale parere ha avuto per conseguenza un'ampia liberalizzazione della prassi seguita dalle autorità del registro di commercio. Attualmente, le fusioni tra società di diversa forma giuridica sono in linea di principio ammesse se le condizioni seguenti sono soddisfatte:

- le strutture giuridiche delle società partecipanti alla fusione sono fondamentalmente compatibili;
- gli interessi diretti o potenziali dei creditori non sono lesi;
- la continuità patrimoniale è garantita;

² La dottrina in materia di diritto societario è unanime nel negare l'ammissibilità di fusioni non previste dalla legge. Si veda in particolare: WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748-750 n. 11; CHRISTOPH VON GREYERZ, Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basilea e Francoforte sul Meno 1982, pag. 287 seg.; A. JANGGEN / H. BECKER, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berner Kommentar, Berna 1939, Art. 823 n. 28; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 6^a ed., Berna 1989, § 14 n. 78, § 16 n. 60 (cfr. tuttavia le edizioni su successive); RUDOLF TSCHÄNI, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, Basilea e Francoforte sul Meno 1991, pag. 63. La dottrina inerente alle associazioni e alle fondazioni non esige invece una base legale per la fusione: ANTON HEINI, Das schweizerische Vereinsrecht, Basilea e Francoforte sul Meno 1988, pag. 37; MARIO M. PEDRAZZINI / NIKLAUS OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 3^a ed., Berna 1989, pag. 262; HANS MICHAEL RIEMER, Die Stiftungen, Berner Kommentar, Berna 1975, Art. 88-89 n. 76 segg. e, dello stesso autore, Die Vereine, Berner Kommentar, Berna 1990, Art. 76-79 n. 71 segg.

³ Cfr. MANFRED KÜNG, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, Revue suisse de droit des affaires 1991, pag. 245 segg.

⁴ Cfr. FRANK VISCHER, Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, Revue suisse de droit des affaires 1993, pag. 1 segg.

- la continuità del societariato è salvaguardata e la fusione non comporta lesioni gravi dello statuto giuridico dei soci, salvo che tutti i soci interessati vi acconsentano.

La liberalizzazione della prassi in materia di fusioni fu in seguito estesa alle trasformazioni. La fusione tra società di forma giuridica differente può infatti essere scomposta nella trasformazione della società trasferente in una società avente la forma della società assuntrice, cui fa seguito la fusione tra due società aventi la stessa forma. Nel 1994, l'UFRC ha pertanto deciso di autorizzare la trasformazione di società alle stesse condizioni previste per le fusioni tra società di diversa forma giuridica e di approvare le relative iscrizioni nel registro di commercio. Tale decisione è stata presa indipendentemente da fattispecie concrete, prima ancora di una qualsiasi richiesta d'iscrizione di una siffatta trasformazione nel registro di commercio.

A tutt'oggi, l'incorporazione di una società a garanzia limitata o di una società cooperativa da parte di una società anonima può essere segnatamente iscritta nel registro di commercio, così come la trasformazione di una società a garanzia limitata⁵ e di una società cooperativa in una società anonima oppure di un'associazione in una società anonima⁶. Sono inoltre ammesse anche l'assunzione di un istituto di diritto pubblico dotato di personalità giuridica (nella fattispecie una banca cantonale) da parte di una società anonima e la «trasformazione» di un simile istituto in una società anonima⁷.

Nell'ambito di una decisione datata 20 novembre 1998 (DTF 125 III 18), il Tribunale federale ha confermato la prassi innovativa delle autorità del registro di commercio, quanto meno per ciò che concerne la trasformazione di una società a garanzia limitata in una società anonima. In tale decisione di principio, il Tribunale federale riconosce espressamente che la legge non disciplina in modo esaustivo le possibilità di fusione e di trasformazione. Per quanto attiene all'ammissibilità di tali operazioni, il Tribunale federale fa sue le condizioni generali elaborate dall'UFRC, vale a dire (DTF 125 III 18, in particolare consid. 4a, pag. 24):

- le forme giuridiche in causa devono essere fundamentalmente compatibili;
- la continuità del societariato e quella patrimoniale vanno garantite;
- l'operazione non deve ledere gli interessi (anche potenziali) dei creditori.

⁵ Quanto alle condizioni poste alla trasformazione di una società a garanzia limitata in una società anonima, cfr. DTF 125 III 18 e ROLAND VON BÜREN / JOHANNES BÜRGI, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG: Das klärende Wort aus Lausanne, REPRAX Revue pour le registre du commerce, 1/99, pag. 3 segg.

⁶ Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister in Fragen betreffend Umwandlungen und rechtsformüberschreitende Fusionen, REPRAX Revue pour le registre du commerce, 1/99, pag. 47 segg.

⁷ Per maggiori dettagli riguardo al cambiamento di prassi delle autorità del registro di commercio, si veda in particolare: ROLAND VON BÜREN, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620ff., Revue suisse de droit des affaires 1995, pag. 85 segg., in particolare pag. 89 segg.

1.2 Elaborazione della legge

1.2.1 Necessità di un intervento legislativo

Le attuali norme concernenti la modifica delle strutture giuridiche delle società possono essere ritenute incomplete, poco flessibili e parzialmente lacunose⁸:

- La legge non prevede la fusione per la maggior parte delle forme giuridiche; è il caso delle associazioni, delle fondazioni, delle società di persone (società in nome collettivo e società in accomandita), delle società a garanzia limitata e degli istituti di diritto pubblico. Non esiste una base legale neppure per la fusione tra società di forma giuridica diversa, ad eccezione della fusione (eccezionale all'atto pratico) tra una società in accomandita per azioni e una società anonima (art. 750 e 770 cpv. 3 CO). Lo stesso vale per quanto concerne la fusione transfrontaliera (vale a dire la fusione tra società con sede in Stati differenti).
- Le attuali disposizioni legali sulla fusione vanno in parte riesaminate dal profilo materiale. È ad esempio il caso dell'esigenza di amministrare separatamente i patrimoni delle società partecipanti alla fusione (art. 748 n. 2 e 914 n. 2 CO) fintanto che i creditori non siano stati disinteressati o non abbiano ottenuto garanzie, il che è in pratica di difficile attuazione⁹. L'ammissibilità della fusione di società che presentano un'eccedenza di debiti è controversa, segnatamente a causa della normativa di cui all'articolo 725 CO e del rischio che tale fusione rappresenta per i creditori della società sana¹⁰. È necessario un chiarimento a livello legislativo.
- La trasformazione della forma giuridica di una società è attualmente disciplinata soltanto in modo sommario (art. 824 segg. CO, art. 14 LBCR). Ai giorni nostri vi è tuttavia il bisogno crescente di poter adeguare la forma giuridica di una società a nuove circostanze, legate ad esempio alla crescita dell'azienda o alla volontà di quest'ultima di accedere al mercato dei capitali. La prassi ha già ammesso talune operazioni, ma è essenziale per l'economia che le relative condizioni siano chiaramente definite dalla legge.
- La legge non prevede attualmente la scissione, che va quindi ritenuta illecita¹¹, nella misura in cui ne consegua la divisione o la riduzione del sostrato di responsabilità di una società. In assenza di una base legale, non è ammessa neppure la scissione asimmetrica – vale a dire la scissione che modifica i

⁸ Vedasi anche l'analisi compiuta dal Groupe de réflexion «Droit des sociétés» nel rapporto finale del 24 settembre 1993, pag. 64 (in seguito: rapporto finale). Il rapporto può essere ordinato presso l'Ufficio centrale federale degli stampati e del materiale (EDMZ), 3003 Berna (art. n. 407.020.f).

⁹ Si veda la critica di PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zurigo 1996, n. 296c, 296g. Cfr. anche il commento all'art. 25.

¹⁰ Si veda in particolare PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zurigo 1996, n. 294f.

¹¹ In merito all'illiceità della scissione secondo il diritto svizzero, si veda: BALTHASAR BESSENICH, Gedanken zu Einführung der Spaltung im schweizerischen Aktienrecht, Revue suisse de droit des affaires 1992, pag. 175; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Berna 1998, 8^a ed., § 24 n. 67; HENRY PETER, La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière, La Semaine Judiciaire 1999 II, pag. 101 segg., in particolare pag. 115; PIERRE-ALAIN RECORDON, La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés, Ginevra 1974, pag. 49.

rapporti di partecipazione dei soci¹² – poiché modifica profondamente lo statuto giuridico dei soci.

- Benché l'assunzione del patrimonio di una società anonima o di una società cooperativa da parte di una corporazione di diritto pubblico (Confederazione, Cantone o Comune) sia prevista dalla legge (art. 751 e 915 CO), il diritto privato non prevede una base legale concernente la conversione, mediante trasformazione o fusione, di un istituto di diritto pubblico in una forma giuridica di diritto privato. La prassi avverte sempre più la necessità di compiere siffatte operazioni, segnatamente per quanto concerne le banche cantonali, gli ospedali e le aziende elettriche pubbliche che desiderano trasformarsi in una società anonima.

In sintesi, va constatata l'assenza di basi legali concernenti importanti operazioni di riorganizzazione delle strutture giuridiche delle imprese. Il fatto che tali lacune siano colmate mediante una prassi liberale delle autorità del registro di commercio¹³, quand'anche avallata dal Tribunale federale (DTF 125 III 18), può costituire una risposta soltanto provvisoria a questioni che, per ragioni inerenti alla certezza del diritto, abbisognano imperativamente di un intervento da parte del legislatore.

Contrariamente a quanto opinato da alcuni¹⁴, il principio dell'autonomia privata legittima inoltre soltanto in misura limitata un ampliamento delle possibilità di fusione e di trasformazione o addirittura l'introduzione della scissione. Nel diritto societario, il ricorso a tale principio è a priori possibile soltanto entro certi limiti, in ragione degli effetti nei confronti dei terzi. Proprio in caso di fusione, di scissione o di trasformazione, non è possibile escludere il rischio di ledere i diritti di terzi (creditori). In caso di modifica dello statuto giuridico dei soci, l'autonomia privata dovrebbe inoltre implicare l'obbligo di approvazione della fusione, della scissione o della trasformazione da parte di tutti i soci interessati. Essa si basa infatti su un accordo contrattuale. Il principio dell'autonomia privata non rappresenta di conseguenza una base sufficiente che consenta alle autorità del registro di commercio di ampliare le possibilità di modifica delle strutture giuridiche nell'ambito del diritto societario. Tali possibilità si fondano piuttosto su un'applicazione analogica del diritto e su un'eliminazione delle lacune che risponde alle esigenze del momento. Parecchie questioni restano tuttavia in sospeso.

Si constata l'ampia assenza di una normativa legale, applicabile per semplice analogia, relativa alla fusione tra società di diversa forma giuridica. Ne conseguono un difetto di trasparenza e una grande incertezza giuridica, le quali nuocciono alla piazza economica svizzera. I progetti di modifica delle strutture giuridiche comportano spesso importanti spese di consulenza che non sono alla portata di qualsiasi piccola impresa. A seconda delle circostanze, la questione dell'ammissibilità della fusione tra società di forma giuridica differente può inoltre risultare talmente complessa dal profilo giuridico da non poter e da non dover essere affidata alla pratica.

A dispetto delle necessità dell'economia, in assenza di una base legale il diritto societario non ammette la possibilità di una scissione.

¹² Per maggiori dettagli, cfr. il commento all'art. 31.

¹³ Si veda supra n. 1.1.2.

¹⁴ In particolare, MANFRED KÜNG, *Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht*, *Revue suisse de droit des affaires* 1991, pag. 245 segg., in particolare pag. 252 seg.; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, *Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht*, *Revue de droit suisse* 1994, pag. 353 segg., in particolare pag. 376.

In virtù di quanto precede, spetta al legislatore prendere le decisioni necessarie tenendo conto dell'insieme degli interessi in causa e garantire la sicurezza giuridica indispensabile a tali operazioni stabilendo chiare condizioni legali. Il legislatore deve in particolare garantire la protezione dei creditori e dei soci minoritari e provvedere a definirne il contenuto.

1.2.2 L'avamprogetto del 1997

Agli inizi degli anni '90, nell'ambito dei negoziati inerenti all'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE), l'UFG aveva preso coscienza delle lacune della legislazione svizzera in materia di fusione e dell'assenza di norme sulla scissione. Nel contempo, l'economia palesava un crescente bisogno di flessibilità delle strutture delle aziende, il che rese necessarie la fusione tra società di diversa forma giuridica e la trasformazione. Nel 1992, l'UFG incaricò quindi il professor Frank Vischer (Basilea) di redigere un progetto di nuova normativa concernente la fusione di persone giuridiche (comprese le associazioni e le fondazioni). Al perito venne inoltre affidato il compito di presentare una proposta di regolamentazione concernente la scissione di società. Il mandato fu in seguito esteso alla trasformazione.

Una volta portata a termine la revisione del diritto della società anonima e alla luce dei numerosi altri postulati di revisione, il Dipartimento federale di giustizia e polizia istituì, nel gennaio del 1993, un Gruppo di riflessione incaricato di esaminare il bisogno d'intervento nel settore del diritto societario. Tale gruppo di lavoro si occupò inoltre di questioni concernenti la fusione, la scissione e la trasformazione di società. Nel rapporto finale, esso ha concluso che il diritto svizzero disciplina fusione e trasformazione soltanto in modo lacunoso e denota una mancanza di flessibilità¹⁵. Il Gruppo di riflessione ha così posto l'accento sulla necessità di intervenire in tale ambito e ha approvato l'elaborazione di una nuova legge sulla fusione, la scissione e la trasformazione. Esso ha tuttavia ritenuto indispensabile che la neutralità fiscale di tali provvedimenti di ristrutturazione sia garantita mediante modifiche del diritto fiscale¹⁶.

Conformemente al parere espresso dal Gruppo di riflessione e a seguito della presentazione di un primo progetto da parte del professor Frank Vischer, abbiamo incaricato l'Amministrazione federale delle contribuzioni (Dipartimento federale delle finanze) di elaborare proposte di revisione del diritto fiscale. A tal fine, l'Amministrazione federale delle contribuzioni ha istituito un gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni». Parallelamente, l'avamprogetto di diritto privato del professor Frank Vischer è stato rimaneggiato in collaborazione con l'UFRC, il quale dispone di grande esperienza in materia di analisi giuridica di complessi casi di fusione e di trasformazione. L'avamprogetto è stato completato da disposizioni concernenti il diritto del registro di commercio e il diritto internazionale privato.

¹⁵ Rapporto finale pag. 64.

¹⁶ Rapporto finale pag. 68 seg. e 83; cfr. anche infra n. 139.

1.2.3 Procedura di consultazione

1.2.3.1 Introduzione

Con decisione del 1° dicembre 1997 abbiamo incaricato il Dipartimento federale di giustizia e polizia e il Dipartimento federale delle finanze di avviare la procedura di consultazione concernente l'avamprogetto di legge federale sulla fusione, la scissione e la trasformazione di soggetti giuridici e il rapporto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni». La procedura si è conclusa il 31 maggio 1998. Il Tribunale federale di Losanna, il Tribunale federale delle assicurazioni di Lucerna, tutti i Cantoni, i partiti rappresentati all'Assemblea federale, le Università svizzere e 66 organizzazioni sono stati invitati a esprimersi. Sono pervenuti complessivamente 72 pareri, provenienti da 25 Cantoni, quattro partiti, sette organizzazioni padronali e sindacali, sette autorità federali e cantonali e 29 organizzazioni e privati interessati (otto dei quali non erano stati ufficialmente consultati). I pareri di numerosi Cantoni si ispirano, in misura più o meno ampia, o rinviano semplicemente al modello elaborato dalla Conferenza dei funzionari fiscali di Stato.

1.2.3.2 Valutazione complessiva dell'avamprogetto di legge sulla fusione

1.2.3.2.1 Approvazione di principio

Le cerchie interessate hanno accolto molto favorevolmente l'avamprogetto di legge sulla fusione. Un solo parere (quello del Cantone di Ginevra) si oppone alla nuova normativa nella sua forma attuale, poiché essa comporterebbe una diminuzione del gettito fiscale e un aumento dei costi globali dell'economia. La necessità di rivedere le disposizioni esistenti in materia di fusione e di trasformazione non è contestata. Analogamente, è unanimemente riconosciuta la necessità di consentire in maniera generale la fusione, la scissione e la trasformazione di aziende, in particolare a prescindere dalla forma giuridica. Secondo i pareri pervenuti, la regolamentazione proposta risponde alle esigenze dell'economia, accresce la mobilità nell'organizzazione aziendale e garantisce la certezza del diritto essenziale a tali operazioni. La creazione di una legge speciale in materia ha inoltre riscontrato accoglienza positiva (soltanto due Cantoni sono scettici). Parecchi partiti e organizzazioni interessate lodano il lavoro svolto e la qualità generale dell'avamprogetto. Sono inoltre auspicati un celere iter parlamentare e una rapida entrata in vigore.

Per quanto concerne l'integrazione nell'avamprogetto delle direttive europee in materia di diritto societario, tutti i pareri sono favorevoli nella misura in cui affrontano la questione; soltanto il Vorort formula alcune riserve.

1.2.3.2.2 Critiche principali

Pur avendo nel suo insieme ottenuto un'approvazione di principio, l'avamprogetto è stato anche oggetto di un certo numero di critiche e di proposte di aggiunte. I pareri affrontano in particolare i temi che seguono¹⁷.

¹⁷ Le osservazioni concernenti questioni di natura tecnica sono menzionate direttamente in sede di commento alla disposizione di legge interessata.

1.2.3.2.2.1 Densità normativa dell'avamprogetto

Parecchi pareri, espressi principalmente da alcuni Cantoni, dai partiti borghesi e da organizzazioni padronali, contestano l'eccessiva densità normativa dell'avamprogetto. Le dimensioni (circa 100 articoli) e il carattere dettagliato della regolamentazione proposta sarebbero spropositati. Ne conseguirebbe una mancanza di flessibilità della nuova normativa; alcuni aspetti andrebbero demandati alla prassi o disciplinati nell'ambito di un'ordinanza del Consiglio federale.

1.2.3.2.2.2 Ampliamento delle possibilità di ristrutturazione permesse

Le opinioni divergono quanto al ventaglio delle operazioni di fusione, scissione e trasformazione che dovrebbero essere ammesse dalla legge. Alcuni pareri si dichiarano espressamente favorevoli alla soluzione proposta dall'avamprogetto, vale a dire un'enumerazione esaustiva («*numerus clausus*»), nella legge, delle possibilità di fusione, scissione e trasformazione; tale soluzione presenterebbe il vantaggio di garantire la certezza del diritto. Altri partecipanti alla consultazione auspicano per contro l'ammissione di un ventaglio di operazioni di ristrutturazione quanto ampio possibile; tale ampiezza potrebbe essere conseguita in particolare mediante una clausola generale in virtù della quale, salvo nel caso di incompatibilità manifesta tra le forme giuridiche in causa, sarebbe ammesso l'insieme di tali operazioni. Una siffatta regolamentazione dovrebbe permettere di tenere conto di eventuali esigenze che attualmente non possono essere previste. La Federazione svizzera degli avvocati propone una soluzione intermedia, vale a dire un'enumerazione esaustiva delle possibilità di ristrutturazione, corredata di una clausola di delega a favore del Consiglio federale, il quale potrebbe autorizzare deroghe.

1.2.3.2.2.3 Procedure di ristrutturazione agevolate per le PMI

Diversi Cantoni e partiti, come pure il Vorort e le organizzazioni agrarie, obiettano che la normativa proposta per la fusione, la scissione e la trasformazione non terrebbe debitamente conto degli interessi e delle esigenze delle piccole e medie imprese (PMI), le quali dovrebbero fruire invece di procedure agevolate. Il fondamento di tale atteggiamento risiede nel fatto che i costi derivanti da un'operazione di ristrutturazione (allestimento di un bilancio intermedio, atto pubblico, onorari dei revisori, ecc.) potrebbero risultare eccessivi per le PMI.

1.2.3.2.2.4 Aspetti sociali – Protezione dei lavoratori in caso di ristrutturazione

Secondo alcuni Cantoni, l'avamprogetto di legge sulla fusione dovrebbe preoccuparsi anche delle conseguenze economiche e sociali legate alle operazioni di ristrutturazione e proporre misure atte ad attenuarne gli effetti negativi. Il Partito socialista e varie organizzazioni sindacali auspicano che nella legge siano integrati provvedimenti miranti a mitigare tali effetti, in particolare per quanto concerne la responsabilità solidale per il versamento dei salari, la sorte dei contratti collettivi di

lavoro e la consultazione dei lavoratori. Pareri isolati postulano che la questione della protezione dei lavoratori in caso di ristrutturazione sia quantomeno analizzata nell'ambito dell'elaborazione della legge sulla fusione.

1.2.3.2.2.5 Istituti di previdenza a favore del personale e fondazioni

L'integrazione nella legge di disposizioni concernenti la fusione e la scissione di istituti di previdenza a favore del personale è controversa. Pareri isolati chiedono che tali operazioni siano disciplinate esclusivamente dalla legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP; RS 831.40) o dalla legge federale del 17 dicembre 1993 sul libero passaggio nella previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (legge sul libero passaggio, LFLP; RS 831.42). Oltre a criticarne la sede, alcuni Cantoni e organizzazioni censurano la regolamentazione proposta in quanto le disposizioni dell'avamprogetto non terrebbero debitamente conto delle peculiarità degli istituti di previdenza e si rivolgerebbero in primo luogo alle società commerciali.

Le critiche formulate nei confronti della normativa proposta per gli istituti di previdenza sono in parte rivolte anche alle proposte concernenti le fondazioni in generale.

1.2.3.3 Valutazione complessiva del rapporto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni»

1.2.3.3.1 In generale

La maggior parte dei Cantoni e numerosi altri partecipanti alla consultazione hanno accolto con favore il proposito di rivedere le norme fiscali in materia di ristrutturazione.

1.2.3.3.1.1 Valutazione sotto il profilo della politica finanziaria

La maggior parte dei Cantoni e alcuni altri partecipanti alla consultazione invitano a non sottovalutare la diminuzione del gettito fiscale derivante dalle proposte del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni».

1.2.3.3.1.2 Riforma 1997 dell'imposizione delle imprese

La maggior parte dei Cantoni e numerosi altri partecipanti alla consultazione osservano che il progetto di legge del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» necessita di essere adeguato alla riforma 1997 dell'imposizione delle imprese.

1.2.3.3.1.3 Entrata in vigore

La maggior parte dei Cantoni nega la necessità di un intervento immediato ai fini di un'applicazione particolarmente celere. La maggioranza degli altri partecipanti alla consultazione ritiene importante che il messaggio sia elaborato celermente e la parte fiscale sia posta in vigore il più presto possibile.

1.2.3.3.2 Modifica della legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD)

1.2.3.3.2.1 In generale

Le proposte di modifica concernenti tanto la LIFD quanto la legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID) sono commentate nella parte relativa alla LIFD.

1.2.3.3.2.2 Conguagli e aumenti del valore nominale

Per quanto concerne le fusioni, il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» aveva proposto di esentare sia dall'imposta sul reddito sia dall'imposta preventiva i conguagli e gli aumenti di valore nominale. Quasi tutti i Cantoni chiedono invece con vigore che i conguagli e gli aumenti di valore nominali continuino a essere imponibili. La maggior parte degli altri partecipanti alla consultazione accolgono con favore l'esenzione fiscale di conguagli e aumenti del valore nominale, ma sottolineano anche una contraddizione con il principio del valore nominale.

1.2.3.3.2.3 Neutralità fiscale delle ristrutturazioni

1.2.3.3.2.3.1 In generale

Tutti i Cantoni (ad eccezione di GE) sono concordi nel ritenere che le fattispecie di ristrutturazione previste dal progetto di legge sulla fusione possano essere attuate in modo fiscalmente neutro. Cinque Cantoni individuano, nel progetto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni», una commistione tra clausola generale e regolamentazione di dettaglio. Numerosi altri partecipanti alla consultazione approvano la proposta del gruppo di lavoro di non enumerare più in modo esaustivo le ristrutturazioni; tra questi, parecchi si dichiarano favorevoli a elencare singolarmente e in modo esaustivo, a fianco della clausola generale, le condizioni supplementari poste a determinate forme di riorganizzazione.

1.2.3.3.2.3.2 Esercizi indipendenti o parti distinte di essi

La maggior parte dei Cantoni sono dell'opinione che una ristrutturazione fiscalmente neutra potrebbe essere riconosciuta già nel caso in cui un esercizio o una parte distinta di esso venga trasferito. Si potrebbe inoltre rinunciare all'aggettivo «indipendente». Tutti gli altri partecipanti alla consultazione che si pronunciano in merito all'esigenza di esercizi indipendenti o di parti distinte di essi la ritengono

troppo restrittiva soprattutto nel caso di trasformazioni e di fusioni di persone giuridiche. In relazione alla nozione di «parte distinta di un esercizio», sono proposte quale alternativa le espressioni «esercizi parziali» e «unità d'esercizio».

1.2.3.3.2.3.3 Continuazione dell'esercizio

La maggioranza dei Cantoni ritiene importante che le unità economiche risultanti da una ristrutturazione continuino l'attività. La neutralità fiscale della scissione non andrebbe tuttavia ostacolata dal fatto che la società oggetto della scissione non continui più l'attività dopo il trasferimento di un esercizio a una filiale. Soltanto due degli altri partecipanti alla consultazione si esprimono in merito all'esigenza della continuazione dell'esercizio. Entrambi ritengono che sia opportuno prevedere condizioni meno restrittive.

1.2.3.3.2.3.4 Garanzia dei diritti di partecipazione o dei diritti societari accordata quale compenso dalla persona giuridica assuntrice

Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» intendeva vincolare la neutralità fiscale della fusione alla condizione che il compenso della persona giuridica assuntrice consistesse sostanzialmente nell'attribuzione di diritti di partecipazione o sociali. Secondo i Cantoni sarebbe a tal fine sufficiente la creazione di un capitale proprio adeguato (e il trasferimento degli attivi al valore determinante per l'imposta sugli utili). Gli altri partecipanti alla consultazione che affrontano tale condizione dell'esenzione fiscale la ritengono troppo restrittiva. La creazione di riserve supplementari e l'assunzione di debiti non dovrebbero comunque escludere la neutralità fiscale di una ristrutturazione.

1.2.3.3.2.3.5 Nuova regolamentazione del termine di attesa

Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» aveva proposto, per quanto concerne il termine di attesa applicabile a talune ristrutturazioni, una concezione basata sull'inversione dell'onere probatorio. La maggior parte dei Cantoni intende mantenere la concezione oggettiva attuale e chiede che il termine d'attesa sia disciplinato in modo chiaro dalla legge. La maggioranza degli altri partecipanti alla consultazione approva quantomeno il principio della regolamentazione proposta dal gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni», ma auspica in parte precisazioni supplementari o un'ulteriore limitazione dell'imposizione complementare.

1.2.3.3.2.3.6 Regolamentazione legale della scissione di società immobiliari e di società holding

La maggior parte dei Cantoni è contraria alla proposta di ritenere operazione fiscalmente neutra la scissione di società immobiliari e di società holding. Per le società immobiliari, andrebbe mantenuta l'esigenza della continuazione dell'esercizio. Per le società holding non sussisterebbe invece alcun bisogno d'intervento in ragione

della riforma 1997 dell'imposizione delle imprese. La maggioranza degli altri partecipanti che si sono pronunciati riguardo a tale tema approva la nuova regolamentazione, ma auspica di norma un regime ancora meno restrittivo.

1.2.3.3.2.3.7 Trasferimento di partecipazioni o aziende all'interno di uno stesso gruppo di società in Svizzera

Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» aveva proposto di disciplinare nella legge il trasferimento di partecipazioni o aziende all'interno di un gruppo di società svizzero. La maggioranza dei Cantoni ritiene che la concessione di un differimento d'imposta a causa della riforma 1997 dell'imposizione delle imprese sia necessaria soltanto per le vecchie partecipazioni fino allo scadere del termine transitorio. Secondo i Cantoni, il trasferimento di aziende all'interno di un gruppo non necessita di alcuna regolamentazione speciale.

La maggior parte degli altri partecipanti alla consultazione che si sono espressi in merito approvano il principio delle nuove disposizioni, ma propongono numerose aggiunte.

1.2.3.3.2.3.8 Trattamento degli utili e delle perdite derivanti da fusioni

La maggioranza dei Cantoni si è dichiarata contraria all'esenzione degli utili risultanti da fusioni proposta dal gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni».

La maggior parte degli altri partecipanti sono di principio d'accordo con la proposta del gruppo di lavoro. In parte, si propongono tuttavia modifiche o si evidenzia la necessità di coordinamento con la riforma 1997 dell'imposizione delle imprese.

1.2.3.3.3 Modifica della legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID)

1.2.3.3.3.1 Differimento dell'imposta sugli utili da sostanza immobiliare e dell'imposta sul trapasso di proprietà

La proposta del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni», secondo cui in caso di ristrutturazioni privilegiate non va prelevata l'imposta sugli utili da sostanza immobiliare, raccoglie ampi consensi tra i partecipanti alla consultazione, eccezion fatta per i Cantoni. Numerosi partecipanti auspicano che i Cantoni, in presenza di tali ristrutturazioni, rinuncino a prelevare anche l'imposta sul trapasso di proprietà, quantomeno qualora non si tratti di emolumenti propriamente detti.

1.2.3.3.3.2 Differimento d'imposta in caso di acquisizione dello statuto di holding

La maggior parte dei Cantoni respinge le proposte del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni», in parte poiché si oppone al termine fissato per il differimento dell'imposta. Fa inoltre valere che il problema sarebbe stato ampiamente risolto dalla riforma 1997 dell'imposizione delle imprese. Gli altri partecipanti alla consultazione valutano positivamente la regolamentazione proposta o quantomeno la considerano un passo nella giusta direzione.

1.2.3.3.3.3 Adeguamento delle legislazioni cantonali

La maggioranza dei Cantoni ritiene troppo esiguo il termine di adeguamento di tre anni. Gli altri partecipanti auspicano invece che le legislazioni cantonali siano adeguate il più presto possibile.

1.2.3.3.4 Modifica della legge federale sull'imposta preventiva (LIP)

I Cantoni chiedono che i conguagli e gli aumenti del valore nominale continuino a essere assoggettati all'imposta preventiva. Gli altri partecipanti approvano per contro il progetto del gruppo di lavoro.

1.2.3.3.5 Modifica della legge federale sulle tasse di bollo (LTB)

1.2.3.3.5.1 Tassa d'emissione

Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» aveva proposto di prelevare la tassa d'emissione, in caso di ristrutturazione di società di persone, di associazioni, di fondazioni o di istituti di diritto pubblico, soltanto sul valore nominale dei diritti di partecipazione creati al momento della ristrutturazione. Tale proposta è stata in generale accolta con favore. Vari partecipanti alla consultazione auspicano che la tassa d'emissione sia riscossa soltanto sul valore nominale dei nuovi diritti di partecipazione anche in caso di trasformazione di ditte individuali in società di capitali.

1.2.3.3.5.2 Tassa di negoziazione

Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» aveva proposto di rinunciare alla riscossione della tassa di negoziazione in caso di fusione, di scissione e di trasformazione. La proposta è stata accolta favorevolmente. Alcuni partecipanti alla consultazione auspicano che anche la trasformazione di ditte individuali in società di capitali sia esentata dalla tassa di negoziazione.

1.2.3.3.6 Modifica dell'ordinanza concernente l'imposta sul valore aggiunto (OIVA)

Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» aveva proposto una modifica della norma concernente la procedura di notifica. L'orientamento della soluzione proposta non è ritenuto soddisfacente. In parte si contesta inoltre che sia corretto prevedere modifiche dell'ordinanza concernente l'imposta sul valore aggiunto, dato che quest'ultima sarà prossimamente sostituita da una legge federale.

1.2.4 Seguito dei lavori

Abbiamo preso atto dei risultati della procedura di consultazione mediante decisione del 15 settembre 1999¹⁸ e abbiamo nel contempo incaricato il Dipartimento federale di giustizia e polizia e il Dipartimento federale delle finanze di allestire il presente messaggio alla luce dei pareri espressi in sede di consultazione.

A tal fine, l'avamprogetto di legge sulla fusione è stato elaborato e completato dall'UFG in collaborazione con il professor FRANK VISCHER. Ci si è inoltre avvalsi della consulenza di vari specialisti del diritto della previdenza professionale e del diritto in materia di fondazioni. Sono stati consultati in particolare rappresentanti dell'Associazione svizzera delle casse pensioni (ASIP), della Conferenza delle autorità cantonali di vigilanza sulle CPP e sulle fondazioni, dell'«Arbeitsgemeinschaft für gemeinnützige Stiftungen» e delle autorità di vigilanza cantonali e federali in materia (autorità di vigilanza sugli istituti di previdenza del Cantone di Zurigo, autorità di vigilanza sulle fondazioni del Cantone di Berna, Ufficio federale delle assicurazioni sociali (UFAS), Segreteria generale del Dipartimento federale dell'interno incaricata della vigilanza sulle fondazioni sul piano federale). Specialisti di altri ambiti giuridici hanno inoltre avuto modo di contribuire all'elaborazione del presente messaggio. Si tratta in particolare dell'Ufficio federale per il diritto del registro fondiario e del diritto fondiario, dell'UFRC, dell'Amministrazione federale delle finanze, della Camera fiduciaria svizzera per il diritto contabile e dell'Istituto svizzero di diritto comparato.

Le nuove disposizioni sul trasferimento patrimoniale (art. 69 segg.) sono state sottoposte all'esame critico di due periti. I professori ROLAND VON BÜREN (Berna) e ERNST A. KRAMER (Basilea) sono stati incaricati dall'UFG di esaminare il nuovo istituto giuridico alla luce dei principi generali del diritto privato svizzero e delle altre norme del disegno di legge sulla fusione.

Il progetto di modifica delle norme fiscali presentato dal gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» è stato rimaneggiato dall'Amministrazione federale delle contribuzioni sulla scorta dei risultati della consultazione e in collaborazione con i Cantoni, i quali ne hanno approvato i fondamenti e appoggiano le modifiche fiscali proposte dal presente messaggio.

¹⁸ La raccolta delle risposte inviate nel corso della consultazione è stata pubblicata e può essere ordinata presso l'Ufficio centrale federale degli stampati e del materiale (EDMZ), 3003 Berna.

1.3 Osservazioni generali riguardo al disegno

1.3.1 Obiettivi del disegno

In un'epoca in cui tutto cambia rapidamente, il disegno di legge sulla fusione intende accrescere, mediante la creazione di nuove possibilità nel diritto privato, la mobilità nell'organizzazione giuridica delle imprese, delle associazioni e delle fondazioni. Il disegno deve ovviare alle lacune del diritto vigente¹⁹, creare chiare basi legali per le operazioni di modifica delle strutture giuridiche e garantire così la certezza del diritto e la trasparenza necessarie a tali operazioni. Le nuove norme ampliano considerevolmente le possibilità d'intervento e agevolano l'adeguamento delle strutture giuridiche delle imprese ai bisogni correnti, senza per questo trascurare gli interessi dei creditori, dei lavoratori e dei soci minoritari. Il disegno prevede inoltre basi legali intese a permettere la conversione di istituti di diritto pubblico in soggetti giuridici di diritto privato. Parallelamente, la nuova normativa assicura una certa armonizzazione dell'ordinamento giuridico svizzero con il diritto dell'Unione europea e dei Paesi limitrofi (cfr. infra n. 1.4 e 5).

1.3.2 Elementi principali del disegno

Il disegno comprende una nuova regolamentazione della fusione che amplia considerevolmente il ventaglio delle operazioni ammesse (cfr. infra n. 1.3.2.1). Esso disciplina in maniera generale, a livello legislativo, la scissione e la trasformazione di società (cfr. infra n. 1.3.2.2 e 1.3.2.3) nonché il trasferimento di patrimonio (cfr. infra n. 1.3.2.4). Norme speciali del disegno concernono le operazioni che coinvolgono fondazioni, istituti di previdenza o anche istituti di diritto pubblico. Una revisione parziale della legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (LDIP; RS 291) si occupa delle operazioni transfrontaliere di modifica delle strutture giuridiche.

1.3.2.1 Fusione

Il disegno prevede una nuova regolamentazione della fusione nel diritto privato, destinata a sostituire le vigenti disposizioni del CO. Mentre il diritto vigente disciplina la fusione soltanto per la società anonima, la società in accomandita per azioni e la società cooperativa (art. 748 segg., 770 e 914 CO), il disegno la contempla per tutte le forme di società commerciali, le società cooperative, le associazioni e le fondazioni. Le nuove disposizioni riguardano sia le forme giuridiche previste dal CO, sia quelle contemplate dal Codice civile (CC; RS 210), come pure gli istituti di diritto pubblico (cfr. anche infra n. 1.3.2.5).

Mediante la fusione, due o più società si uniscono senza liquidazione e mediante trasferimento di patrimonio, in generale contro attribuzione di quote o diritti sociali da parte della società assuntrice ai soci della società trasferente. La società che trasferisce il suo patrimonio è sciolta e cancellata dal registro di commercio (art. 3 cpv. 2). L'insieme del patrimonio attivo e passivo è trasferito alla società assuntrice mediante successione a titolo universale (art. 22). La fusione di società può risultare

¹⁹ A tal proposito, cfr. n. 121.

dall'assunzione di una società da parte di un'altra, operazione denominata fusione mediante incorporazione, o dall'unione in una nuova società, processo che prende il nome di fusione mediante combinazione (art. 3 cpv. 1).

Il disegno disciplina sia la fusione tra società aventi la stessa forma giuridica (ad es. la fusione tra due società a garanzia limitata), sia la fusione tra società di diversa forma giuridica (ad es. la fusione tra una società anonima e una società a garanzia limitata). Si tratta quindi di creare norme che tengano conto delle caratteristiche delle diverse forme giuridiche e proteggano sia i creditori, sia i soci minoritari.

Dal profilo della sistemática, la fusione di fondazioni e di istituti di previdenza (in merito a tale nozione, cfr. l'art. 2 lett. i) è ora disciplinata in modo esaustivo in due capitoli distinti (art. 78 segg. e 88 segg.). La nuova struttura del disegno risponde alle obiezioni sollevate nell'ambito della procedura di consultazione (cfr. supra n. 1.2.3.2.2.5)

La LDIP è inoltre completata al fine di regolamentare a livello di legge la fusione transfrontaliera, vale a dire la fusione tra società la cui sede è sita in Stati differenti (art. 163a segg. D-LDIP).

1.3.2.2 Scissione

Il disegno introduce un nuovo istituto giuridico, la scissione, che può essere definita come il trasferimento di parti di patrimonio contro attribuzione di quote o diritti sociali da parte delle società che assumono le parti di patrimonio (società assuntrici) ai soci della società trasferente (art. 29). Il trasferimento di parti di patrimonio mediante scissione ha luogo senza che sia necessario rispettare le regole formali relative al trasferimento dei diversi elementi patrimoniali (a tal proposito, cfr. il commento all'art. 52). La scissione comporta pertanto una nuova ripartizione del patrimonio di una società, come pure delle quote e dei diritti sociali.

Il disegno prevede due forme di scissione (art. 29):

- In caso di divisione, la società è sciolta e il suo patrimonio è diviso in parti, le quali sono trasferite a due o più altre società. I soci della società divisa ricevono quote o diritti sociali delle società assuntrici.
- In caso di separazione, la società trasferisce una o più parti del suo patrimonio ad altre società. Contrariamente a quanto accade nell'ambito della divisione, la società oggetto della separazione (società trasferente) non cessa di esistere. I soci di tale società ricevono quote o diritti sociali delle società che assumono le parti di patrimonio (società assuntrici).

Nei due casi anzidetti, le parti di patrimonio possono essere trasferite a una società preesistente o a una società neocostituita:

- La scissione con trasferimento di parti di patrimonio a società costituente è chiamata scissione a fine di nuova costituzione. In tal caso, la scissione implica la costituzione di una o più nuove società, cui sono trasferite le parti di patrimonio.
- Il trasferimento a società preesistenti è chiamato scissione a fine d'assunzione e consiste nella combinazione tra una scissione e una sorta di «fusione» delle parti di patrimonio con le società assuntrici.

In caso di scissione, i soci della società trasferente ricevono quote o diritti sociali delle società assuntrici. Per l'attribuzione di tali quote o diritti sociali, il disegno prevede due possibilità (art. 31 cpv. 2):

- I soci della società trasferente possono conservare le loro partecipazioni precedenti e, proporzionalmente a tali partecipazioni, ricevere ulteriori quote o diritti sociali di tutte le società assuntrici (scissione simmetrica);
- La scissione può anche modificare i rapporti di partecipazione dei soci della società trasferente (scissione asimmetrica). Ai soci della società trasferente possono essere attribuite quote di partecipazione distinte a talune o a tutte le società assuntrici. Si può anche prevedere che singoli soci non ricevano alcuna quota di partecipazione alle società assuntrici e conservino unicamente le loro quote di partecipazione alla società trasferente, mentre altri soci recedono dalla società trasferente e ricevono una partecipazione a una o più società assuntrici.

Dal profilo della protezione dei creditori e dei soci minoritari, la scissione risulta assai più delicata della fusione, poiché il patrimonio di una società è diviso. L'ammissibilità della scissione presuppone pertanto una regolamentazione legale dettagliata. In caso di scissione asimmetrica, la protezione dei soci minoritari riveste particolare importanza, nella misura in cui ne deriva una nuova ripartizione della partecipazione (indiretta) alle quote del patrimonio di una società.

Il disegno si propone di creare le basi legali necessarie alla scissione di società e di garantire una protezione sufficiente dei creditori e dei soci. La scissione è prevista per le società di capitali (società anonima, società in accomandita per azioni e società a garanzia limitata) e le società cooperative (art. 30). Come già detto, si propone inoltre un disciplinamento della scissione transfrontaliera (art. 163*d* D-LDIP).

Il disciplinamento relativo alla scissione è completato da disposizioni concernenti il trasferimento di patrimonio (art. 69; cfr. infra n. 1.3.2.4). Tali norme sostituiscono quelle dell'avamprogetto concernenti la dissociazione (cfr. l'art. 39 lett. c AP-LFus); il trasferimento di patrimonio possiede tuttavia un campo d'applicazione assai più vasto e non si limita a costituire un'alternativa alla scissione (in merito, cfr. n. 1.3.2.4.4).

1.3.2.3 Trasformazione

Il disegno intende rendere possibile, in maniera generale, la trasformazione della forma giuridica delle società. La trasformazione può essere definita come la modifica della forma giuridica di una società che conserva inalterati i propri rapporti patrimoniali e sociali²⁰.

²⁰ Per una definizione generale della trasformazione, cfr. ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Berna 1998, 8^a ed., § 24 n. 69; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, § 58 n. 24 segg.

Il disegno concepisce tale operazione come una trasformazione volta a modificare la forma giuridica²¹. Mentre in caso di trasformazione mediante trasferimento – così come prevista dal diritto vigente negli articoli 824 segg. CO per la trasformazione di una società anonima in una società a garanzia limitata – la società che cambia forma giuridica è sciolta e il suo patrimonio trasferito a una nuova società, il disegno prevede che la società continua a esistere mutando semplicemente la propria forma giuridica. Secondo tale concezione, la trasformazione non implica una successione; non vi è dunque trasferimento dei rapporti giuridici, bensì un mero cambiamento della forma giuridica. Il vantaggio offerto da tale soluzione è che la società oggetto della trasformazione mantiene invariate le proprie coordinate economiche e giuridiche.

Contrariamente a quanto previsto dalle disposizioni di legge vigenti, il disegno non limita la trasformazione a casi eccezionali, ma la prevede in modo generale, purché le forme giuridiche in causa siano fondamentalmente compatibili sul piano strutturale. Non è pertanto possibile trasformare una società, che può essere definita un gruppo di persone, in una fondazione, la quale costituisce una semplice entità patrimoniale. Una siffatta trasformazione dev'essere imperativamente preceduta dallo scioglimento e dalla liquidazione della società²². Analogamente, non è ammissibile neppure la trasformazione di una società anonima, che possiede la personalità giuridica, in una società in nome collettivo, che ne è priva. Il ruolo di garanzia a favore dei creditori assolto dal capitale azionario e dalle riserve legali presuppone che le norme relative alla liquidazione della società anonima debbano essere rispettate. Lo stesso risultato economico di una trasformazione può tuttavia essere ottenuto mediante un trasferimento di patrimonio (a tal proposito, cfr. n. 1.3.2.4.3).

Il disciplinamento della trasformazione deve tenere conto delle caratteristiche delle diverse forme giuridiche in causa:

- Alcune forme giuridiche prevedono la responsabilità personale dei soci, altre limitano la responsabilità unicamente al patrimonio della società. Nella misura in cui la trasformazione modifichi i rapporti di responsabilità per i debiti societari, la legge deve prevedere le norme necessarie alla protezione dei creditori.
- La normativa legale concernente lo statuto dei soci presenta grandi differenze, ad esempio tra la società anonima e la società cooperativa. Mentre il diritto di voto degli azionisti dipende di norma dalla loro partecipazione al capitale azionario (art. 692 cpv. 1 CO), ogni socio della società cooperativa dispone imperativamente di un diritto di voto nell'assemblea generale (art. 885 CO). Gli azionisti sono tenuti unicamente a liberare il prezzo d'emissione delle loro azioni e non può essere loro imposto alcun obbligo ulteriore (art. 680 cpv. 1 CO). Gli statuti della società cooperativa possono

²¹ Riguardo alle diverse forme di trasformazione in generale, cfr. ROLAND VON BÜREN / JOHANNES BÜRGI, *Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG: Das klärende Wort aus Lausanne*, REPRAX Revue pour le registre du commerce, 1/99, pag. 3 - 5; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, *Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht*, Revue de droit suisse 1994, pag. 374; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Berna 1998, 8^a ed., § 24 n. 69 segg.; HENRY PETER, *La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière*, La Semaine Judiciaire 1999 II, pag. 101 segg., in particolare pag. 105 - 109 e, dello stesso autore, *La transformation des sociétés en droit suisse*, Annuaire du registre du commerce 1995, pag. 33.

²² Nell'ambito della liquidazione, il patrimonio può essere trasferito conformemente agli articoli 69 segg.

per contro prevedere una responsabilità limitata o illimitata dei soci (art. 869 e 870 CO) e un obbligo di effettuare versamenti suppletivi (art. 871 CO)²³. A differenza degli azionisti, i soci della società cooperativa hanno inoltre un obbligo di fedeltà (art. 866 CO). In considerazione delle grandi differenze esistenti tra le regolamentazioni a seconda delle forme giuridiche, l'ammissibilità della trasformazione va affiancata da una protezione sufficiente dei soci minoritari da lesioni del loro statuto.

1.3.2.4 Trasferimento di patrimonio

1.3.2.4.1 Diritto vigente

Il trasferimento di patrimonio è attualmente disciplinato dall'articolo 181 CO, quale caso particolare dell'assunzione di debito (art. 175 segg. CO). Benché l'articolo 181 parli di assunzione di un patrimonio o di un'azienda, utilizzando la stessa espressione prevista per la fusione di società anonime (art. 748 CO) o di società cooperative (art. 914 CO), esso prevede il trasferimento *ex lege* soltanto per i debiti legati al patrimonio o all'azienda²⁴. Gli attivi vanno trasferiti singolarmente secondo le norme applicabili alla successione a titolo particolare²⁵. Onde proteggere i creditori dagli effetti derivanti dal trasferimento legale dei debiti, l'articolo 181 capoverso 2 CO prevede che il debitore precedente e il nuovo debitore siano solidalmente responsabili per due anni. Tale termine perentorio²⁶ decorre a contare dal giorno in cui i creditori sono stati informati del trasferimento o in cui quest'ultimo è stato pubblicato nei giornali; per i debiti non scaduti il termine decorre a partire dal giorno dell'esigibilità.

L'articolo 181 CO consente a una società di trasferire parti considerevoli del suo patrimonio. Tali parti di patrimonio possono ad esempio essere oggetto di un conferimento in natura nell'ambito della costituzione di una società anonima o in occasione di un aumento di capitale. Il trasferimento dell'insieme del patrimonio di una società di capitali o di una società cooperativa può, per cause inerenti al diritto societario, risultare problematico. È il caso in particolare quando tale trasferimento non ha luogo in sede di liquidazione della società. Infatti, se il compenso per il trasferimento di patrimonio non è almeno pari ai fondi propri vincolati della società, il trasferimento comporta una riduzione del sostrato di responsabilità societario. Se ha luogo a favore dei soci, un siffatto trasferimento può anche costituire un caso di re-

²³ La responsabilità personale o un obbligo di effettuare versamenti suppletivi possono anche essere introdotti in un secondo tempo. Una simile decisione necessita del consenso di almeno i tre quarti di tutti i soci (art. 889 CO; cfr. art. 803 CO per la società a garanzia limitata).

²⁴ DTF **108** Ib 447; DTF **109** II 101; DTF **115** II 415, pag. 418; RUDOLF TSCHÄNI, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2^a ed., Basilea e Francoforte sul Meno, 1998, art. 181 n. 1; H. BECKER, Berner Kommentar ad art. 181 n. 22 segg.; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8^a ed., 1991, pag. 270; INGEBORG SCHWENZER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Berna 1998, 19.24; PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÜRGEN SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil vol. II, 7^a ed., Zurigo 1997, n. 3746; RUDOLF TSCHÄNI, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2^a ed., 1991, § 3 n. 19.

²⁵ Si tratta della cessione civile per i crediti, dell'iscrizione nel registro fondiario per i fondi, della trasmissione per le cose mobili, della girata per i titoli all'ordine, ecc.

²⁶ DTF **108** II 107; cfr. EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, 2^a ed., Zurigo 1998, pag. 591 A 79.

stituzione illecita dei versamenti ai sensi dell'articolo 680 capoverso 2 CO. In generale, il trasferimento della totalità del patrimonio di una società di capitali può essere considerato ammissibile *de lege lata* soltanto se sono rispettate le disposizioni imperative concernenti la protezione del capitale e la liquidazione delle persone giuridiche²⁷.

Il trasferimento di tutto o di parte del patrimonio di una società sulla base dell'articolo 181 CO non è attualmente legato ad alcuna norma particolare del diritto societario. Non sono previsti né un obbligo di procedere all'esame del contratto di trasferimento, in particolare per quanto concerne l'adeguatezza del compenso, né un obbligo di informare i soci al di là di quanto previsto dalle norme generali sulla pubblicità (art. 663b-663d CO). I soci non hanno pertanto la possibilità di prendere atto di un trasferimento di patrimonio e delle condizioni dello stesso, in particolare per quanto concerne l'ammontare del compenso.

1.3.2.4.2 Sostituzione della dissociazione, in quanto forma di scissione, mediante il trasferimento di patrimonio

A fianco della divisione e della separazione, l'avamprogetto prevedeva una terza forma di scissione, denominata dissociazione, la quale doveva permettere a società di capitali e società cooperative di trasferire parti del loro patrimonio ad altri soggetti giuridici contro attribuzione di quote sociali del soggetto assuntore o altra forma di indennizzo (art. 39 lett. c AP-LFus; rapporto esplicativo pag. 40, contrariamente a quanto accade in caso di divisione o di separazione, le quote sociali spetterebbero alla società trasferente stessa e non ai suoi soci). Conformemente a quanto previsto dall'avamprogetto, la costituzione di una filiale ad opera di una società anonima o di una società cooperativa avrebbe dovuto compiersi imperativamente per il tramite di una dissociazione (cfr. art. 181 cpv. 4 AP-CO), il che avrebbe implicato il rispetto della procedura applicabile alla scissione.

In sede di consultazione, tale proposta di normativa è stata criticata e ha posto alcuni problemi di comprensione. È stato in particolare criticato l'assoggettamento obbligatorio del trasferimento di parti del patrimonio di società di capitali e di società cooperative alle norme sulla scissione, segnatamente nel caso in cui le parti trasferite siano di scarso valore per le società coinvolte. La farraginosità della procedura e i costi che ne deriverebbero sono inoltre stati ritenuti sproporzionati.

A seguito di un riesame approfondito dell'avamprogetto, si è giunti alla conclusione che il disciplinamento della scissione è insoddisfacente. La dissociazione presenta infatti poche analogie con le altre forme di scissione. Le quote e i diritti sociali dei soci non sono direttamente interessati da tale operazione. Inoltre, se la controprestazione fornita per la dissociazione è almeno pari al valore della parte di patrimonio trasferita, la dissociazione non ha effetto alcuno sul sostrato di responsabilità della

²⁷ Risulta problematica anche la questione dell'organo competente a decidere del trasferimento. Bisogna partire dal principio che l'assemblea generale della società è di norma competente nella misura in cui il trasferimento della totalità del patrimonio non rientri nello scopo della società o comporti la liquidazione di fatto della stessa. Cfr. anche DTF **116 II 320**; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed., Zurigo 1996, n. 296q; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, § 57 n. 252 seg.

società trasferente. Ne consegue che la dissociazione non è un'operazione inerente al diritto societario (il che non è il caso dell'informazione nei confronti dei soci). Il disciplinamento della procedura di scissione si rivela pertanto inadeguato alle fattispecie di dissociazione.

Nonostante le obiezioni formulate nei confronti della dissociazione quale forma di scissione, è tuttavia indispensabile completare la regolamentazione concernente l'assunzione di un patrimonio o di un'azienda ai sensi dell'articolo 181 CO:

- L'articolo 181 CO non prevede un trasferimento legale degli attivi, bensì unicamente dei debiti. Il rispetto delle regole formali relative al trasferimento di ognuno degli elementi attivi del patrimonio può, in caso di trasferimento di un numero elevato di elementi patrimoniali, risultare problematico ed essere d'ostacolo alla ristrutturazione.
- L'articolo 181 CO non tiene conto delle esigenze legittime dei soci riguardo all'ottenimento di informazioni in caso di operazioni di ristrutturazione importanti. La necessità di una maggiore trasparenza in seno all'impresa circa il trasferimento di parti importanti di patrimonio non è stata contestata in sede di consultazione.

Il disegno rinuncia pertanto alla dissociazione quale forma di scissione (cfr. art. 39 lett. c AP-LFus). È per contro previsto di completare l'insoddisfacente regolamentazione di cui all'articolo 181 CO, in particolare quanto alle transazioni importanti, mediante il nuovo istituto giuridico del trasferimento di patrimonio, il quale intende consentire il trasferimento legale di un patrimonio o di una parte di esso, con attivi e passivi, mirando inoltre a garantire la trasparenza all'interno dell'impresa in occasione di transazioni economiche importanti. Da un punto di vista funzionale, il trasferimento di patrimonio è concepito in modo assai più ampio rispetto a quanto proposto per la dissociazione dall'avamprogetto di legge sulla fusione (in merito, cfr. n. 1.3.2.4.4).

1.3.2.4.3 Elementi principali della nuova regolamentazione sul trasferimento di patrimonio

Gli articoli 69 segg. prevedono che le società e ditte individuali iscritte nel registro di commercio possano trasferire la totalità o parte del loro patrimonio a un altro soggetto giuridico di diritto privato sulla base di un contratto di trasferimento scritto. Il trasferimento può essere effettuato a titolo oneroso o gratuito. Sono tuttavia fatte salve le disposizioni legali o statutarie concernenti la protezione del capitale e la liquidazione delle società. Con l'iscrizione del trasferimento nel registro di commercio, l'insieme degli elementi patrimoniali attivi e passivi figuranti nell'inventario annesso al contratto sono trasferiti *uno actu* al soggetto assuntore senza che debbano essere rispettate le regole formali relative al trasferimento di ciascuno di tali elementi. Il trasferimento di patrimonio è oggetto di un resoconto all'indirizzo dei soci, inserito nell'allegato al conto annuale o presentato nel corso dell'assemblea generale successiva. I creditori della società trasferente sono protetti dalla responsabilità solidale del soggetto giuridico assuntore e della società trasferente per un periodo di tre anni e, se tale responsabilità non offre una protezione sufficiente, dal diritto di esigere la costituzione di garanzie (art. 75).

1.3.2.4.4

Funzione e casi d'applicazione del trasferimento di patrimonio

Il trasferimento di patrimonio sostituisce la regolamentazione dell'avamprogetto relativa alla dissociazione (cfr. n. 1.3.2.4.2); non si tratta tuttavia di un mero succedaneo della dissociazione, ma di un vero e proprio complemento all'articolo 181 CO. Dal profilo funzionale, il trasferimento di patrimonio può costituire una valida alternativa a una fusione, a una scissione o a una trasformazione, benché esso si limiti a disciplinare gli aspetti patrimoniali senza curarsi delle questioni inerenti al societariato (fatti salvi gli obblighi d'informazione derivanti dal diritto societario). Esso è un istituto giuridico autonomo della legge sulla fusione, inteso a completare la fusione, la scissione e la trasformazione.

La nuova regolamentazione facilita notevolmente il trasferimento di un patrimonio o di parti di esso, senza tuttavia trascurare il bisogno di protezione e di informazione dei soci (minoritari) e dei creditori. Essa consente una serie di operazioni di modifica delle strutture giuridiche delle società, quali in particolare:

- La creazione di una filiale. Con un trasferimento di patrimonio, una società può trasferire, mediante un conferimento in natura (art. 628 cpv. 1 e 634 CO), una parte del proprio patrimonio a un'altra società. In tal caso, la società riceve una quota di partecipazione alla filiale quale compenso per il trasferimento.
- La semplificazione delle operazioni di liquidazione di una società. Poiché si consente il trasferimento di una massa di beni con una sola operazione, la liquidazione può risultare, a seconda delle circostanze, notevolmente semplificata.
- L'alienazione di una parte di un'azienda. Il trasferimento di patrimonio deve in generale facilitare la vendita di parte di un'azienda, soprattutto qualora essa si componga di un numero elevato di elementi patrimoniali.

Il trasferimento di patrimonio consente peraltro di compiere operazioni che, da un punto di vista economico, possono essere simili a una fusione, a una scissione o anche a una trasformazione. Esso costituisce un succedaneo delle operazioni di fusione o di trasformazione che non sono previste dal disegno di legge sulla fusione a causa dell'incompatibilità qualificata di talune forme giuridiche; consente di compiere in modo adeguato operazioni di modifica delle strutture giuridiche. È quindi possibile trasferire la totalità del patrimonio di una società di capitali a una società di persone o a una fondazione; una siffatta operazione costituisce un succedaneo di una fusione o di una trasformazione vere e proprie, le quali non sono previste dal disegno di legge sulla fusione a causa dell'incompatibilità delle forme giuridiche in causa²⁸. Il trasferimento di patrimonio consente di eseguire operazioni di ristrutturazione a prescindere dalla forma giuridica dei soggetti che vi prendono parte e ovvia in tal modo agli inconvenienti (poco numerosi) derivanti da un disciplinamento esaustivo delle possibilità di fusione, di scissione e di trasformazione (*numerus clausus*).

²⁸ A tal proposito, cfr. il commento agli articoli 4, 30 e 54.

1.3.2.5

Fusioni, trasformazioni e trasferimenti di patrimonio a cui partecipano istituti di diritto pubblico

Una delle principali innovazioni del disegno di legge sulla fusione risiede nell'ammettere la conversione di istituti di diritto pubblico (per la definizione di tale nozione, cfr. l'art. 2 lett. d) in soggetti giuridici di diritto privato, sia che ciò avvenga mediante una fusione con un soggetto giuridico di diritto privato, sia che risulti da una trasformazione in un soggetto giuridico di diritto privato (art. 99). Tali disposizioni disciplinano tuttavia soltanto un aspetto dell'operazione di fusione o di trasformazione, vale a dire l'aspetto privatistico. Spetta per contro al diritto pubblico determinare se e a quali condizioni un istituto di diritto pubblico possa assoggettarsi al diritto privato. L'istituzione di chiare basi legali di diritto privato intende agevolare l'organizzazione di aziende statali secondo le forme giuridiche del diritto privato.

Mentre il diritto vigente disciplina unicamente il trasferimento del patrimonio di una società anonima o di una società cooperativa a una corporazione di diritto pubblico (art. 751 e 915 CO), il disegno di legge sulla fusione prevede in maniera generale il trasferimento del patrimonio di un soggetto iscritto nel registro di commercio a una corporazione o a un istituto di diritto pubblico (art. 99 cpv. 3).

1.3.3

Creazione di una legge speciale

Stando al suo oggetto, la regolamentazione proposta dal disegno di legge sulla fusione rientra ampiamente nel diritto societario. Sotto quest'aspetto, essa dovrebbe quindi essere integrata nel CO, ma la sua ampiezza vi si oppone. D'altra parte, le disposizioni del disegno di legge sulla fusione non concernono soltanto le società commerciali e le società cooperative, ma anche le associazioni e le fondazioni, disciplinate dal CC, nonché gli istituti di diritto pubblico, che non sono regolati da alcuna legge federale di carattere generale. È pertanto più opportuno creare una legge speciale. Data la coerenza intrinseca della regolamentazione, in materia di tecnica giuridica non vi sono ostacoli di sorta a tale soluzione²⁹, la quale è stata del resto ampiamente approvata nell'ambito della procedura di consultazione (cfr. supra n. 1.2.3.2.1).

La regolamentazione delle fusioni e delle scissioni transfrontaliere va dal canto suo inserita nella LDIP. Per quanto concerne le disposizioni fiscali, va da sé che queste ultime vanno integrate nelle differenti leggi federali in materia (legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta [LIFD; RS 642.11], legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni [LAID; RS 642.14], legge federale del 27 giugno 1973 sulle tasse di bollo [LTB; RS 641.10]).

1.3.4

Titolo della legge

Data la relativa lunghezza del titolo del disegno di legge, è opportuno prevedere un titolo abbreviato. Si propone a tal fine la denominazione «legge sulla fusione». L'ab-

²⁹ FRANK VISCHER, Einführung in das Fusionsgesetz, in: Revue de la société des juristes bernois 1999, vol. 135^{bis}, pag. 13.

breviazione «legge sull'adeguamento delle strutture», parimenti presa in considerazione, è stata scartata a causa del rischio di confusione con atti legislativi in materia di politica strutturale. Poiché non esiste una nozione generale capace di abbracciare l'insieme degli istituti giuridici contemplati dal disegno, l'abbreviazione menziona soltanto la fusione in quanto elemento più noto del presente atto legislativo.

1.3.5 Trasferimento dei rapporti di lavoro

Il vigente articolo 333 CO disciplina il trasferimento del rapporto di lavoro in relazione con il trasferimento dell'azienda o di una parte di essa. Secondo tale disposizione, il rapporto di lavoro passa con tutti i diritti e gli obblighi all'acquirente al momento del trasferimento dell'azienda (art. 333 cpv. 1 CO). Il lavoratore può tuttavia opporsi al trasferimento; in tal caso, il rapporto di lavoro è sciolto alla scadenza del termine legale di disdetta (art. 333 cpv. 2 CO). Se al rapporto di lavoro è applicabile un contratto collettivo, quest'ultimo continua ad applicarsi per un anno, a meno che il contratto collettivo non cessi prima dello scadere di tale termine (art. 333 cpv. 1^{bis} CO). Il precedente datore di lavoro e l'acquirente dell'azienda rispondono solidalmente dei crediti del lavoratore divenuti esigibili prima del trasferimento e dopo sino al momento in cui il rapporto di lavoro può essere sciolto normalmente o è sciolto per opposizione del lavoratore al trasferimento (art. 333 cpv. 3 CO). Il lavoratore non può inoltre trasferire a un terzo i diritti derivanti dal rapporto di lavoro, in quanto il contrario non risulti da un accordo o dalle circostanze (art. 333 cpv. 4 CO).

Se l'avamprogetto di legge sulla fusione posto in consultazione non prevedeva alcuna disposizione particolare concernente il trasferimento dei rapporti di lavoro, il relativo rapporto esplicativo partiva dal principio che l'articolo 333 fosse direttamente applicabile in materia di fusione e di scissione³⁰. I lavori concernenti l'iniziativa parlamentare Jost Gross «Licenziamenti collettivi. Tutela degli interessi dei lavoratori³¹» hanno tuttavia dimostrato che l'applicazione di tale disposizione in occasione di fusioni e di scissioni permane controversa. Onde garantire la certezza del diritto, tale questione necessita quindi dell'intervento del legislatore.

A tal fine, gli articoli 27, 49 e 76 prevedono dunque espressamente che il trasferimento dei rapporti di lavoro nell'ambito di una fusione, di una scissione o di un trasferimento di patrimonio è retto dall'articolo 333 CO. Tale proposta concreta quindi l'iniziativa parlamentare summenzionata.

In caso di trasformazione, la questione dell'applicazione dell'articolo 333 CO non si pone affatto. Il disegno di legge concepisce infatti la trasformazione come una semplice modifica della forma giuridica, senza trasferimento patrimoniale e senza costituzione di una nuova società (a tal proposito, cfr. n. 1.3.2.3 e il commento all'art. 53). In occasione di una trasformazione, non può quindi aver luogo un trasferimento dei rapporti di lavoro ai sensi dell'articolo 333 CO.

³⁰ Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto di legge sulla fusione, la scissione e la trasformazione di soggetti giuridici, novembre 1997, pag. 10 e 12.

³¹ 97.407; Boll. uff. N 1998 pag. 579 segg. Cfr. soprattutto l'avamprogetto e il rapporto esplicativo della sottocommissione diritto del lavoro all'indirizzo della Commissione degli affari giuridici, del 16 agosto 1999.

1.3.6

Informazione e partecipazione dei lavoratori

Le questioni dell'informazione e della partecipazione dei lavoratori in caso di fusione, di scissione e di trasferimento di patrimonio sono disciplinate principalmente dall'articolo 333a CO e dalla legge federale del 17 dicembre 1993 sull'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese (legge sulla partecipazione; RS 822.14). Il disegno di legge sulla fusione (art. 28, 50 e 77) precisa che in caso di fusione, scissione e trasferimento di patrimonio si applicano le disposizioni di cui all'articolo 333a CO. Giusta l'articolo 333a CO, la rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, i lavoratori medesimi vanno informati tempestivamente prima dell'attuazione della fusione, della scissione o del trasferimento di patrimonio. L'informazione deve vertere sul motivo e le conseguenze giuridiche, economiche e sociali dell'operazione per i lavoratori. In materia di fusione, scissione e trasferimento di patrimonio, l'obbligo d'informazione è previsto nei confronti di tutte le società che partecipano all'operazione (e non solamente nei confronti della società trasferente); la ristrutturazione può infatti ledere nella stessa misura i lavoratori della società trasferente e quelli della società assuntrice. L'informazione deve avvenire prima che l'organo supremo della società (assemblea generale o assemblea dei soci) si sia pronunciato in merito all'operazione.

In caso di mancato rispetto dell'obbligo d'informazione, la rappresentanza dei lavoratori può chiedere al tribunale di vietare l'iscrizione della fusione, della scissione o del trasferimento di patrimonio nel registro di commercio.

Il rapporto di fusione deve inoltre esprimersi in merito alle conseguenze della fusione per i lavoratori e fornire indicazioni in merito a un eventuale piano sociale (art. 14 cpv. 3 lett. i). Disposizioni analoghe sono previste in materia di scissione (art. 39 cpv. 3 lett. g) e trasferimento di patrimonio (art. 74 cpv. 2 lett. d).

1.3.7

Fusione, scissione e trasformazione di PMI

L'avamprogetto non faceva alcuna distinzione in funzione delle dimensioni delle società partecipanti alle operazioni di modifica delle strutture giuridiche. In sede di consultazione, si è in particolare obiettato che le procedure di fusione, scissione e trasformazione erano troppo elaborate e costose per le PMI (cfr. n. 1.2.3.2.2.3). Il disegno di legge sulla fusione tiene debitamente conto di tali critiche, ma anche degli altri interessi in causa, segnatamente quelli delle minoranze e dei creditori. Le misure speciali previste per le PMI non devono infatti arrecare danno a creditori e a soci minoritari.

Il disegno di legge sulla fusione istituisce una categoria particolare di società: le PMI. La relativa nozione è oggetto di una definizione legale (art. 2 lett. e). I criteri di distinzione utilizzati si ispirano all'articolo 727b CO (bilancio, cifra d'affari, numero di dipendenti). Il campo d'applicazione della definizione è naturalmente ristretto al disegno di legge. È opportuno sottolineare che i criteri di definizione delle

PMI sono determinati in modo tale che un'ampia maggioranza delle imprese svizzere potrà beneficiare delle agevolazioni proposte³².

Le PMI beneficeranno di un certo numero di semplificazioni o di agevolazioni concernenti l'obbligo di redigere un rapporto di fusione (art. 14 cpv. 2), l'obbligo di sottoporre a verifica il contratto, il rapporto e il bilancio di fusione (art. 15 cpv. 2) e l'obbligo di garantire ai soci la consultazione dei documenti su cui si basa la fusione (art. 16 cpv. 2). Previo consenso di tutti i soci, le PMI possono rinunciare a tali esigenze. Identiche agevolazioni sono previste in materia di scissione (art. 39 cpv. 2, 40 e 41 cpv. 2) e di trasformazione (art. 61 cpv. 2, 62 cpv. 2 e 63 cpv. 2). Se la PMI riveste la forma giuridica di società anonima, tali deroghe sono tuttavia in contrasto con le norme della direttive europee relative alla fusione e alla scissione, le quali si applicano a tutte le società anonime, a prescindere dalle loro dimensioni.

Le PMI fruiranno di agevolazioni supplementari grazie al fatto che, spesso, esse adempiono i requisiti della procedura di fusione agevolata (art. 23 seg.; in merito cfr. n. 2.1.2.6). Oltre al caso della fusione tra una società madre e una filiale, la fusione agevolata è infatti autorizzata se una persona fisica o un gruppo di persone fondato su un contratto o sulla legge (società semplice, comunione ereditaria, ecc.) detiene l'insieme delle quote sociali che conferiscono diritto di voto nelle società partecipanti alla fusione.

1.3.8 Rapporto con la legge sui cartelli

Come il disegno di legge sulla fusione, anche la legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (legge sui cartelli, LCart; RS 251) disciplina la concentrazione di imprese, che sottopone a un controllo dal profilo della politica della concorrenza (art. 9 segg. e art. 32 segg. LCart). Ai sensi della LCart, è considerata concentrazione di imprese:

- la fusione di due o più imprese fino ad allora indipendenti le une dalle altre (art. 4 cpv. 3 lett. a LCart);
- qualsiasi operazione mediante la quale una o più imprese assumono il controllo diretto o indiretto di una o più imprese fino allora indipendenti o di una parte di esse (art. 4 cpv. 3 lett. b LCart).

Non vi è dubbio che non soltanto le fusioni, ma anche talune scissioni, in particolare le scissioni a fini d'assunzione, come pure taluni trasferimenti di patrimonio costituiscono concentrazioni di imprese ai sensi della LCart. Perché siano assoggettate al controllo previsto dalla LCart, le operazioni di concentrazione devono adempiere le condizioni di cui all'articolo 9 LCart. L'articolo 1 capoverso 4 contempla d'altronde una riserva a favore delle disposizioni della LCart.

Il fatto che talune operazioni di modifica delle strutture giuridiche siano assoggettate simultaneamente alla normativa della legge sulla fusione e a quella della LCart non

³² Secondo l'art. 2 lett. e, due dei tre criteri seguenti devono essere soddisfatti per non essere più ritenuti una PMI: bilancio complessivo superiore a 20 milioni di franchi, cifra d'affari superiore a 40 milioni di franchi e numero di dipendenti superiore a 200. Non esiste una statistica nazionale relativa al bilancio complessivo e alla cifra d'affari. Per contro, secondo l'Ufficio federale di statistica 5544 imprese possiedono tra 50 e 250 dipendenti e soltanto 1020 imprese danno lavoro a più di 250 dipendenti. Le altre imprese svizzere (n. imprecisato) hanno meno di 50 dipendenti.

pone difficoltà particolari. Gli obiettivi dei due atti legislativi sono infatti assai differenti. La LCart si propone di «impedire gli effetti nocivi di ordine economico o sociale dovuti ai cartelli e alle altre limitazioni della concorrenza e di promuovere in tal modo la concorrenza nell'interesse di un'economia di mercato fondata su un ordine liberale» (art. 1 LCart). Tale fine va realizzato tra l'altro esaminando la concentrazione di imprese economicamente importanti dal profilo della politica della concorrenza. La legge sulla fusione intende disciplinare la fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio a livello di diritto privato, garantendo nel contempo una protezione sufficiente dei creditori e dei soci minoritari. I due ambiti normativi proteggono pertanto interessi differenti. Non vi è dunque alcuna incompatibilità vera e propria tra la LCart da un lato, che impedisce le concentrazioni che compromettono una concorrenza efficace (art. 10 cpv. 2 LCart), e il disegno di legge sulla fusione dall'altro, che amplia e perfeziona le possibilità di fusione e di scissione.

1.3.9 Diritto fiscale

1.3.9.1 Analisi del diritto vigente

Il diritto vigente disciplina fusione, scissione e trasformazione di imprese in modo tale che le ristrutturazioni possano di norma avvenire senza conseguenze sul piano fiscale. Giusta l'articolo 5 capoverso 1 lettera a della legge federale del 13 ottobre 1965 sull'imposta preventiva (LIP), non sono soggetti all'imposta le riserve e gli utili di una società di capitali o di una società cooperativa che in occasione di una fusione, di una scissione o di una trasformazione sono trasferiti nelle riserve di un'altra società di capitali o cooperativa svizzera. In virtù dell'articolo 6 capoverso 1 lettera ^{abis} della legge federale del 27 giugno 1973 sulle tasse di bollo, dal 1° aprile 1993 non soggiacciono alla tassa d'emissione la ristrutturazione e le riunioni analoghe a fusioni di società di capitali e cooperative.

Anche la legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta (LIFD) e la legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID) disciplinano espressamente le ristrutturazioni. Gli articoli 19 e 61 LIFD (come pure gli analoghi art. 8 cpv. 3 e 24 cpv. 3 LAID) sanciscono le condizioni alle quali non sono imponibili le riserve occulte trasferite a un altro soggetto fiscale in occasione di una ristrutturazione. L'articolo 12 capoverso 4 LAID disciplina inoltre, per talune fattispecie di ristrutturazione, l'assoggettamento delle riserve occulte all'imposta sugli utili da sostanza immobiliare nel caso di fondi facenti parte della sostanza immobiliare. In materia di imposte dirette federali, cantonali e comunali, le ristrutturazioni non hanno di norma conseguenze fiscali nella misura in cui siano mantenuti i valori determinanti per l'imposta sul reddito e per l'imposta sull'utile e l'assoggettamento permanga in Svizzera.

In materia di imposta sul valore aggiunto, in virtù degli articoli 5 capoverso 5 e 6 capoverso 3 dell'ordinanza del 22 giugno 1994 concernente l'imposta sul valore aggiunto (OIVA), nonché dell'articolo 47 capoverso 3 della legge federale del 2 settembre 1999 concernente l'imposta sul valore aggiunto (LIVA), vige il principio secondo il quale l'obbligo fiscale concernente il trasferimento di elementi patrimoniali derivante da una ristrutturazione (comprese le prestazioni di servizi fornite in tale contesto) può essere soddisfatto mediante notifica delle prestazioni imponibili. Altre questioni inerenti all'imposta sul valore aggiunto si pongono qualora una

ristrutturazione sia connessa con una modifica dell'utilizzazione. Giusta l'articolo 26 capoverso 3 lettera a numero 3 OIVA, l'imposta di consumo proprio per i beni immobili viene calcolata al massimo sul valore delle spese che a suo tempo hanno dato diritto alla deduzione dell'imposta precedente. L'articolo 34 capoverso 2 LIVA ha fissato il limite superiore di tale imposta secondo identici criteri. Un altro problema viene a porsi quando un bene impiegato precedentemente per un'attività esente da imposta viene utilizzato, in seguito a una ristrutturazione, per un'attività imponibile. Giusta l'articolo 33 OIVA, la successiva deduzione dell'imposta precedente è possibile soltanto se il bene in questione non è stato ancora utilizzato. L'articolo 42 LIVA estende per contro lo sgravio degli investimenti a prestazioni di servizi e a beni già utilizzati.

1.3.9.2 Principi direttori della revisione del diritto fiscale

Mediante la LIFD e la LAID si è cercato di disciplinare legalmente la neutralità fiscale di determinate ristrutturazioni. Con gli articoli 19 e 61 LIFD, il legislatore ha inteso anzitutto codificare la prassi vigente. Le formulazioni rigide impiegate nella LIFD e nella LAID non permettono tuttavia di individuare con precisione i presupposti di una ristrutturazione neutra dal punto di vista fiscale, in quanto le condizioni per la rinuncia all'imposizione delle riserve occulte per le fattispecie di fusione, trasformazione e scissione sono enumerate in modo formale. Le norme sulla ristrutturazione contenute nella LIFD e nella LAID danno inoltre la falsa impressione che il diritto federale fiscale armonizzato si basi su una nozione puramente formale della realizzazione di riserve occulte, benché tali norme disciplinino la rinuncia all'imposizione delle riserve occulte soltanto per il caso in cui possa essere ammessa, sulla base delle disposizioni generali relative alla determinazione dell'utile, la presenza di una fattispecie di realizzazione. Per di più, la trasformazione di una società di capitali in un'impresa di persone non è disciplinata né dalla LIFD né dalla LAID. Un altro inconveniente è dato dal fatto che non è stata disciplinata la questione della realizzazione delle riserve dei titolari di diritti di partecipazione a imprese toccate dalla ristrutturazione.

La creazione di una legge sulla fusione consente di formulare in modo più chiaro e al passo coi tempi le norme sulla ristrutturazione della LIFD e della LAID, adeguandole inoltre alle modifiche del diritto civile. Si tratta in particolare di impedire che le possibilità di strutturazione offerte dal diritto civile siano vanificate dal diritto fiscale.

La modifica del diritto fiscale deve nel contempo inserirsi nella concezione della LIFD e della LAID applicabile all'imposizione delle imprese. Non è quindi possibile rinunciare all'imposizione degli utili delle imprese. È più opportuno che l'imposizione delle riserve occulte non avvenga al momento della ristrutturazione, bensì sia posticipata al momento della realizzazione effettiva dell'utile d'impresa.

Il disegno di modifica della LIFD e della LAID si fonda pertanto sui principi direttori seguenti:

- Le norme sulla ristrutturazione contenute nella LIFD e nella LAID vanno concepite in modo più chiaro e moderno.
- Le ristrutturazioni fiscalmente neutre devono essere chiaramente distinte dalle operazioni di alienazione imponibili.

- Le ristrutturazioni previste dal disegno di legge sulla fusione vanno agevolate nel limite del possibile.

1.3.9.3 Modifiche nell'ambito delle imposte dirette federali, cantonali e comunali

Le proposte di modifica della LIFD e della LAID sono in sintesi le seguenti:

- La possibilità di trasferire riserve occulte senza conseguenze fiscali in seguito a una ristrutturazione non va concessa soltanto alle società di capitali e alle società cooperative, bensì a tutte le persone giuridiche, ossia anche alle associazioni e alle fondazioni.
- Tutte le fattispecie di differimento dell'imposta devono applicarsi non solo alle imposte ordinarie sul reddito e sull'utile, bensì anche alle imposte sugli utili da sostanza immobiliare. Per la ristrutturazione di istituti di previdenza, ciò risulta già dalle disposizioni speciali della legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP).
- Lo scambio di partecipazioni derivante da una fusione o da una riunione analoga a una fusione non deve comportare un'imposizione degli utili in capitale a livello dell'azionista, neppure qualora questi sia una persona giuridica o una persona fisica con partecipazione alla sostanza commerciale.
- Le riserve occulte non vanno imposte neppure in caso di trasferimento di partecipazioni determinanti o di aziende all'interno di uno stesso gruppo di società.

Alla luce della riforma 1997 dell'imposizione delle imprese, va inoltre previsto quanto segue:

- L'articolo 61 LIFD va completato in modo tale che partecipazioni importanti o aziende all'interno di un gruppo di società svizzero possano essere trasferite a un altro gruppo di società svizzero sulla base dei valori precedentemente determinanti per la riscossione dell'imposta sull'utile.
- La neutralità fiscale della scissione (compresa la scissione orizzontale, ossia il trasferimento di valori patrimoniali a una filiale) va vincolata alla condizione che sia trasferita un'azienda o una parte di essa e sia rispettato il termine di attesa di cinque anni. A tal proposito, la regolamentazione del termine di attesa non deve basarsi su considerazioni inerenti all'elusione d'imposta, bensì su una concezione oggettiva.

1.3.9.4 Rapporto con il diritto civile

Il principio che regge il disegno di revisione della LIFD e della LAID permette di attuare in modo fiscalmente neutro tutte le ristrutturazioni conformi previste dal disegno di legge sulla fusione, le quali per motivi di ordine economico si propongono sostanzialmente di adeguare le strutture esistenti a nuove realtà ed esigenze. Una certa limitazione risulta dal fatto che la neutralità fiscale va vincolata a due condizioni fondamentali, derivanti dal nostro sistema fiscale:

- La prima condizione posta a tutte le ristrutturazioni consiste nel fatto che gli attivi e i passivi vanno trasferiti sulla base degli elementi determinanti per l'imposta sul reddito o l'imposta sull'utile.
- La seconda condizione – parimenti applicabile a tutte le ristrutturazioni – consiste nella continuità dell'assoggettamento fiscale in Svizzera.

Non rientra pertanto tra le fusioni privilegiate dal punto di vista fiscale l'assunzione, di cui agli articoli 751 e 915 CO, del patrimonio di una società di capitali o di una società cooperativa da parte della Confederazione, di un Cantone o di un Comune; tali enti pubblici sono infatti esentati dalle imposte dirette, ragione per cui non si giustifica una rinuncia all'assoggettamento fiscale delle riserve occulte trasferite. Una riflessione analoga vale per il caso in cui una società svizzera sia assunta tramite fusione da una società con sede all'estero. In tal caso, si può prescindere dall'imposizione delle riserve occulte solamente qualora la società assuntrice continui in Svizzera l'esercizio sotto forma di stabilimento. Non pone per contro nessun problema la fusione intercantonale, poiché la LAID non prevede alcuna «clausola dello stabilimento». Per quanto concerne le perdite derivanti da esercizi precedenti, in materia di imposte federali dirette si può desumere dall'articolo 67 capoverso 1 LIFD che nelle perdite dei sette esercizi precedenti il periodo fiscale rientrano anche le perdite di una persona giuridica incorporata in modo fiscalmente neutro. Per quanto riguarda le imposte cantonali, in caso di fusione intercantonale i Cantoni non sono per contro tenuti a prendere in considerazione le perdite risultanti dalla fusione. Tale conclusione risulta dalla giurisprudenza del Tribunale federale relativa all'articolo 46 capoverso 2 della vecchia Costituzione federale e concernente il caso analogo del trasferimento della sede societaria da un Cantone all'altro. La commissione per l'armonizzazione delle imposte dirette della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni condivide invece le conclusioni del gruppo di lavoro «Ripartizione fiscale intercantonale e internazionale», istituito dalla Conferenza dei funzionari fiscali di Stato, secondo cui tutte le conseguenze di un cambiamento di domicilio fiscale vanno disciplinate nell'ambito di una revisione della LAID. Il messaggio concernente la revisione della LAID sarà presentato prossimamente alle Camere federali.

In materia di diritto fiscale vi è d'altro canto l'esigenza di disciplinare in modo chiaro due forme di ristrutturazione non contemplate dal disegno di legge sulla fusione. Si tratta da un lato del trasferimento di una ditta individuale in una società di capitali, frequente nella prassi. Dall'altro, sembra essere opportuno disciplinare in modo chiaro anche le operazioni che dal punto di vista economico sono assimilabili alla trasformazione di una società di capitali in un'impresa di persone.

Questioni particolari si pongono inoltre in relazione al trasferimento di patrimonio previsto dal disegno di legge sulla fusione. Dato che a priori si tratta di uno strumento per il trasferimento di diritti che può essere utilizzato per scopi economici diversi, nel diritto fiscale non è possibile equiparare in modo generale il trasferimento di patrimonio alla fusione, alla scissione o alla trasformazione. Il trasferimento di patrimonio può essere utilizzato per operazioni di ristrutturazione per i quali il diritto civile non mette a disposizione alcun istituto di diritto societario, ma può anche servire ad alienare a un terzo i beni appartenenti a una società o a trasferire agli azionisti, quali dividendi in natura, gli attivi di una società. Il presente disegno di legge tiene conto delle connesse difficoltà di delimitazione nella misura in cui non elenca in modo esaustivo le forme di ristrutturazione fiscalmente neutre (fusione, scissione e trasformazione). Anche le ristrutturazioni fondate su un trasferi-

mento di patrimonio possono pertanto essere compiute senza conseguenze dal punto di vista fiscale nella misura in cui sono economicamente assimilabili a una fusione, a una scissione o a una trasformazione. Possono essere menzionati quali esempi il trasferimento di un'azienda a una filiale (cosiddetta scissione orizzontale), la riunione e la separazione di fondazioni, l'assunzione di una società cooperativa da parte di una fondazione o il summenzionato trasferimento di una società di capitali in una società di persone.

1.3.9.5 Questioni specifiche

1.3.9.5.1 Ristrutturazione di imprese di persone (ditte individuali e società di persone)

Il progetto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» posto in consultazione si prefiggeva di vincolare in modo generale la neutralità fiscale della ristrutturazione di imprese di persone al trasferimento di «esercizi indipendenti o di parti di essi», in occasione della fusione, della scissione o del trasferimento. In sede di consultazione, parecchi partecipanti hanno rilevato che tale limitazione non è necessaria nei casi in cui valori patrimoniali di un'impresa di persone sono trasferiti a un'altra impresa di persone (ad es. da una ditta individuale a una società in nome collettivo). Il presente disegno mantiene tuttavia l'esigenza del trasferimento di un esercizio (o di un ramo di attività), al fine di distinguere chiaramente il trasferimento (imponibile) di un singolo posto attivo della sostanza commerciale – che non costituisce un esercizio – previsto all'articolo 18 capoverso 2 LIFD, dalla ristrutturazione (esente da imposta) ai sensi dell'articolo 19 capoverso 1 LIFD.

Se la condizione del mantenimento degli «elementi fino allora determinanti per l'imposta sul reddito» non è soddisfatta, ciò significa che, come previsto dal diritto vigente, sono state realizzate riserve occulte nella misura delle modifiche di valore operate (e soltanto in tale misura). Una simile realizzazione può basarsi sulla rivalutazione di attivi o sul trasferimento di singoli elementi patrimoniali nella sostanza privata.

Per quanto riguarda il termine di attesa, è in linea di principio indiscusso che i rapporti di partecipazione debbano rimanere invariati per cinque anni sia in caso di assunzione di un'impresa di persone da parte di una società di capitali, sia in caso di trasformazione di una società di persone in una società di capitali. È altresì incontestato che un trasferimento a titolo gratuito di diritti di partecipazione o sociali (ad es. in seguito a successione, anticipo ereditario o donazione) debba essere privo di conseguenze fiscali. Lo stesso principio vale per il caso in cui tali diritti di partecipazione siano alienati a un prezzo inferiore al loro valore nominale. È per contro controversa la nuova concezione della normativa sul termine di attesa, proposta dal gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» e basata sull'inversione dell'onere probatorio; sia i Cantoni, sia altri partecipanti alla consultazione si dichiarano contrari all'accantonamento della concezione (oggettiva) vigente. L'articolo 19 capoverso 2 LIFD nel tenore del presente disegno di legge si fonda sulla giurisprudenza recente del Tribunale federale, secondo cui il fondamento oggettivo del termine di attesa non è costituito da considerazioni attinenti all'elusione d'imposta, bensì dalla concezione realizzativa legale o dalla concezione delimitativa. Se una società di persone è trasformata in una società di capitali, il differimento d'imposta presuppone che l'imprenditore precedente continui a essere impegnato nell'impresa. Qualora ciò

non avvenga e l'imprenditore alieni le sue azioni in un breve lasso di tempo, si considera che egli realizza le riserve occulte dell'impresa di persone preesistente. Ciò è sufficiente a fondare l'imposizione – l'intento supplementare di eludere le imposte non è necessario (decisione del Tribunale federale del 28 dicembre 1998, pubblicata in: Archiv für Schweizerisches Abgaberecht vol. 68 pag. 71). La situazione è diversa in caso di scissione di una persona giuridica (cfr. n. 1.3.9.5.2).

La natura dell'assunzione mediante fusione di un'impresa di persone da parte di una persona giuridica implica che i titolari dell'impresa trasferente siano indennizzati con diritti di partecipazione o sociali della persona giuridica assuntrice (cfr. in merito l'art. 7 cpv. 1 del disegno di legge sulla fusione). L'alienazione a titolo oneroso del patrimonio di un'impresa di persone non appartiene pertanto alle ristrutturazioni fiscalmente neutre. Onde chiarire tale punto, il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» ha proposto una formulazione secondo la quale il compenso fornito dalla persona giuridica assuntrice deve consistere essenzialmente nell'attribuzione di diritti di partecipazione o sociali. In sede di consultazione, è stato giustamente osservato che il compenso fornito dalla società assuntrice – ad esempio in caso di trasformazione di un'impresa di persone in una società di capitali – potrebbe spesso includere anche un accredito a favore di un conto di creditori. Nell'ambito della consultazione si è inoltre osservato, a giusta ragione, che anche l'assunzione di debiti nei confronti di terzi, generalmente connessa con una ristrutturazione, costituisce una controprestazione ai sensi della giurisprudenza del Tribunale federale in materia di cifra d'affari; in sede di consultazione si è pertanto fatto valere che la neutralità fiscale di ristrutturazioni non può essere compromessa da tale fattore. Il presente disegno di legge esige quindi unicamente, all'articolo 19 capoverso 1 lettera b LIFD, che il compenso (eventuale) della persona giuridica assuntrice od oggetto della trasformazione includa l'attribuzione di diritti di partecipazione o sociali.

1.3.9.5.2 Ristrutturazione di persone giuridiche

Alla luce dei lavori del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni», si propone di considerare in generale operazione fiscalmente neutra il trasferimento di valori patrimoniali «ad altre persone giuridiche» nell'ambito di una ristrutturazione. Si intende in tal modo garantire il differimento d'imposta anche nei confronti delle seguenti fusioni previste dal disegno di legge sulla fusione:

- assunzione di un'associazione da parte di una società di capitali o di una società cooperativa,
- fusione di due associazioni,
- fusione di due fondazioni,
- fusione di due istituti di previdenza a favore del personale,
- assunzione di una società cooperativa senza certificati di quota da parte di un'associazione,
- assunzione di un istituto di diritto pubblico da parte di un'associazione, di una fondazione, di una società di capitali o di una società cooperativa.

Per quel che riguarda la scissione, entrano pure in linea di conto:

- la scissione mediante costituzione di società succedtrici (divisione ai sensi dell'art. 29 lett. a del disegno di legge sulla fusione),

- la scissione verticale, nell’ambito della quale un’azienda è trasferita a un’altra società (in particolare una consorella) e gli azionisti della società oggetto della scissione sono indennizzati mediante azioni della società assuntrice (dissociazione ai sensi dell’art. 29 lett. b del disegno di legge sulla fusione),
- la fattispecie della «joint venture», nell’ambito della quale due imprese tra loro indipendenti apportano ciascuna un’azienda nella nuova società controllata da entrambe.

In materia di trasformazioni, a fianco della trasformazione di una società di capitali o di una società cooperativa in un’altra società di capitali o società cooperativa, la neutralità fiscale si applicherà in caso di:

- trasformazione di una società cooperativa senza capitale sociale in un’associazione,
- trasformazione di un’associazione in una società di capitali o in una società cooperativa,
- trasformazione di un istituto di diritto pubblico in un’associazione, una fondazione, una società di capitali o una società cooperativa.

Il progetto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» posto in consultazione intendeva vincolare la neutralità fiscale della ristrutturazione di persone giuridiche, anche in caso di fusione, alla condizione del trasferimento di «esercizi indipendenti o parti distinte di essi». Il presente disegno mantiene l’esigenza del trasferimento di un esercizio (o di un ramo di attività) soltanto per le fattispecie di scissione. Secondo il diritto e la prassi vigenti, le scissioni verticali, legate al trasferimento di un’azienda a una società consorella o parallela, possono essere attuate in modo fiscalmente neutro soltanto se viene trasferito un esercizio (o un ramo di attività).

Per quel che riguarda il termine di attesa, l’articolo 61 capoverso 1^{bis} LIFD del presente disegno di legge si basa sulla concezione discussa dal gruppo di lavoro, la quale prevede il capovolgimento dell’onere della prova. Secondo tale concezione non vi è neutralità fiscale se vi era intenzione di vendere già al momento della scissione. Si considera che tale intenzione sussista allorché i diritti di partecipazione o di societariato interessati siano alienati nei cinque anni successivi a un prezzo superiore al loro valore nominale e l’azionista non possa provare di non aver avuto l’intenzione di vendere al momento della scissione.

1.3.9.5.3 Trasferimento di partecipazioni o di aziende all’interno di un gruppo di società svizzero

Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» ha proposto di sancire in modo chiaro nella LIFD e nella LAID la neutralità fiscale del trasferimento di partecipazioni e di aziende all’interno di un gruppo di società situato in Svizzera. In sede di consultazione, in merito a tale proposta si è obiettato che, in virtù della riforma 1997 dell’imposizione delle imprese, norme corrispondenti non sono più necessarie. Tale opinione non può essere condivisa. Nell’ambito della summenzionata riforma dell’imposizione delle imprese è stato infatti disciplinato esclusivamente il trasferimento di partecipazioni a gruppi di società stranieri. Non è per contro regolamentato il caso in cui una partecipazione sia trasferita all’interno di un gruppo di società

svizzero, ad esempio a una filiale. Lo stesso vale per il caso in cui un esercizio (o un ramo di attività) sia trasferito a un altro gruppo di società al valore sino ad allora determinante per l'imposta sull'utile. Nell'articolo 61 capoverso 2 LIFD va pertanto esplicitamente previsto che partecipazioni rilevanti o aziende possano essere trasferite a un altro gruppo di società al valore sino ad allora determinante per l'imposta sull'utile.

Secondo la prassi sviluppatasi sotto l'egida del vecchio diritto, era possibile trasferire in modo fiscalmente neutro a una filiale singoli elementi patrimoniali. A seguito della riforma 1997 dell'imposizione delle imprese, gli utili in capitale delle partecipazioni sono oggi invece considerati reddito da partecipazioni e beneficiano (indirettamente) dell'esenzione fiscale. I conferimenti in capitale mascherati comportano perciò di norma l'imposizione delle riserve occulte e un conseguente aumento del valore determinante per l'imposta sull'utile e dei costi d'investimento della partecipazione. Di conseguenza, la rinuncia all'imposizione in caso di scissione orizzontale si giustifica soltanto qualora un esercizio (o un ramo di attività) sia trasferito a una filiale al valore determinante per l'imposta sull'utile. Contrariamente a quanto accade nel caso della scissione verticale, non è necessario che dopo la ristrutturazione un esercizio permanga presso la società (madre) oggetto della scissione.

In caso di trasferimento di partecipazioni, di un esercizio o di rami di attività a un gruppo di società con sede in Svizzera, le riserve occulte sono anch'esse trasferite a un altro soggetto fiscale. Se il trasferimento avviene verso una società consorella o verso la società madre, vi è dislocazione della sostanza fiscale. In caso di trasferimento a un filiale, ciò significa che una riduzione per partecipazione può essere chiesta relativamente alla quota di utile realizzato con un'alienazione. Se le partecipazioni, l'esercizio e i rami d'attività trasferiti sono alienati durante il termine di attesa, occorre poter garantire che l'imposta sugli utili venga prelevata presso la società trasferente. Per questo motivo, l'articolo 61 capoverso 2^{bis} LIFD poggia sulla concezione oggettiva esposta nel numero 1.3.9.5.1. Questa soluzione corrisponde alla prassi attuale che prevede un termine di cinque anni per l'imposizione degli utili in caso di trasferimento di un esercizio o di rami d'attività a una filiale (cfr. circolare dell'AFC del 9 luglio 1998, n. 2.5.3 lett. d). Pertanto, il diritto in vigore permette già di evitare che utili in capitale imponibili siano artificiosamente trasformati in guadagni da partecipazioni esenti da imposta. Ciò non esclude però che, in caso di trasferimento di una «nuova partecipazione» ai sensi dell'articolo 270a capoverso 1 LIFD, in violazione del termine di attesa, si possa far valere la riduzione per partecipazione prevista dagli articoli 69 e 70 LIFD.

1.3.9.5.4 Utili e perdite derivanti da fusioni

Se una società madre incorpora tramite fusione la filiale da lei controllata, la concentrazione può comportare presso la società madre assuntrice – a seconda del valore della partecipazione figurante nel bilancio di quest'ultima – un utile contabile o una perdita contabile. Se il saldo del valore contabile degli attivi e dei passivi ripresi è inferiore al valore contabile della partecipazione, si è in presenza di una differenza d'assunzione negativa (cosiddetta perdita di fusione). Nel caso inverso, vi è una differenza positiva (cosiddetto utile di fusione). Le ragioni di tali differenze possono essere molteplici. Nonostante una perdita di fusione contabile, non vi è economicamente realizzazione di perdita se le riserve occulte della filiale passano alla società

madre almeno in misura equivalente alla differenza del valore contabile (caso della cosiddetta perdita di fusione impropriamente detta). Se per contro le riserve occulte sono inesistenti o modeste, ciò significa che la partecipazione era sopravvalutata già prima della fusione e che il suo valore avrebbe dovuto essere corretto. Anche l'utile di fusione può avere più cause. Può derivare dal fatto che gli ammortamenti sulle partecipazioni effettuati in precedenza si rivelino eccessivi o siano stati compensati da un successivo aumento di valore. L'utile di fusione può tuttavia provenire anche dagli utili accumulati trasferiti alla società madre quali riserve palesi nell'ambito della fusione.

Nel caso della perdita di fusione, il diritto vigente (art. 61 cpv. 3 LIFD) prescrive che una perdita contabile sulla partecipazione non può essere dedotta sul piano fiscale. Per quel che concerne l'utile di fusione, l'articolo 61 capoverso 3 LIFD dispone che il relativo utile contabile è imponibile. Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» ritiene tale regolamentazione inadeguata, adducendo che l'utile di fusione rappresenta semplicemente un importo iscritto nel bilancio, mentre per determinare l'utile imponibile è necessario fondarsi sul saldo del conto profitti e perdite (art. 58 cpv. 1 LIFD). La questione dell'imposizione dell'utile di fusione, controversa nell'ambito della consultazione, può essere ritenuta puramente accademica in quanto la società madre assuntrice può far valere la deduzione di partecipazione nella misura dell'utile imputato. Dall'introduzione della tariffa proporzionale dell'imposta sull'utile, l'esenzione dell'utile di fusione non comporterebbe in pratica alcuna diminuzione del gettito delle imposte federali dirette. Diversa è la situazione dei Cantoni che non hanno ancora introdotto la tariffa proporzionale per le loro imposte. Quanto all'argomentazione del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni», i Cantoni hanno giustamente osservato che l'utile oggetto di imposta federale e cantonale include anche i redditi, gli utili in capitale, di liquidazione e di rivalutazione (art. 58 cpv. 1 lett. c LIFD; art. 24 cpv. 1 lett. b LAID). In tale contesto, è di fondamentale importanza la riforma 1997 dell'imposizione delle imprese, che ha mantenuto il principio secondo cui redditi e utili di partecipazioni non vanno esentati direttamente, bensì indirettamente (mediante la deduzione per partecipazione). Bisogna pertanto attenersi alla normativa secondo la quale l'utile di fusione è parte dell'utile netto imponibile. L'utile di fusione appartiene tuttavia in modo indiscusso ai ricavi da partecipazioni di cui all'articolo 70 capoverso 1 LIFD, per i quali l'articolo 69 LIFD prevede una riduzione dell'imposta sull'utile.

1.3.9.5.5 Scissione di istituti di previdenza

In virtù dell'articolo 80 capoverso 2 della legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP), gli istituti di previdenza di diritto pubblico e privato dotati di personalità giuridica sono esenti dalle imposte ordinarie sull'utile di Confederazione, Cantoni e Comuni nonché dalle imposte cantonali e comunali sulle successioni e sulle donazioni nella misura in cui le loro entrate e i loro valori patrimoniali servono esclusivamente alla previdenza professionale. I beni immobili possono essere gravati con imposte fondiari, segnatamente con imposte immobiliari sul valore lordo del bene immobile e con tasse di mutazione (art. 80 cpv. 3 LPP). I plusvalori derivanti dall'alienazione di beni immobili possono essere gravati con l'imposta generale sugli utili o con un'imposta speciale sugli utili fondiari. Nessuna imposta sugli utili può per contro essere riscossa in caso di fusione o di divisione degli istituti di previdenza (art. 80 cpv. 4 LPP). Ci

si riferisce in particolare all'imposta sugli utili da sostanza immobiliare, alla cui riscossione, secondo il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni», è opportuno rinunciare in caso di fusione o di scissione di istituti di previdenza a favore del personale. Permane invece ammissibile la riscossione di imposte sul trapasso di proprietà (in merito cfr. n. 1.3.9.7). Il timore espresso in sede di consultazione che l'esenzione dall'imposta sugli utili da sostanza immobiliare in caso di scissione di un istituto di previdenza possa essere vanificata dalla cosiddetta clausola d'esercizio si rivela pertanto infondato. Il fatto che un istituto di previdenza a favore del personale possa essere considerato in generale un esercizio ai sensi del diritto fiscale è in tale contesto irrilevante, in quanto la neutralità fiscale della scissione scaturisce – a prescindere dalla restrittiva clausola d'esercizio – direttamente dall'articolo 80 capoverso 4 LPP.

1.3.9.5.6 Trasformazione di una società di capitali o di una società cooperativa in una società di persone

Lo scioglimento di una società di capitali o di una società cooperativa comporta di norma:

- a livello di società di capitali o società cooperativa, l'imposizione dell'utile di liquidazione, che di regola corrisponde al totale delle riserve occulte (ossia alla differenza tra il valore contabile e il valore venale degli attivi e dei passivi), e
- a livello di azionista o di socio della società cooperativa, l'imposizione del dividendo di liquidazione.

La prassi di alcuni Cantoni in materia di imposta federale diretta e di imposte cantonali considera l'utile di liquidazione imponibile esclusivamente a livello della società di capitali o della società cooperativa. Altri Cantoni tendono invece a imporre a titolo di reddito il dividendo di liquidazione spettante all'azionista o al socio della società cooperativa.

Il legislatore ha ommesso di menzionare esplicitamente tale fattispecie nell'articolo 61 LIFD (e nell'art. 24 LAID). La dottrina ha così desunto che il legislatore avesse risolto che le riserve trasferite fossero imponibili sia a livello della società, sia a livello dell'azionista.

Sulla base del rapporto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni», è lecito concludere che il cumulo dell'imposizione, a livello della società e a livello dell'azionista, non sia sostenibile. Ciò non toglie che l'imposizione sia indispensabile al fine di impedire che l'azionista che progetta la liquidazione dell'impresa trasformi la società anonima in una società di persone allo scopo di procedere alla liquidazione prevista soltanto posteriormente alla trasformazione. Unitamente al gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» riteniamo che le riserve occulte possano essere trasferite al nuovo soggetto giuridico (ossia all'imprenditore) senza essere imposte, ma che in compenso l'azionista sia oggetto d'imposizione sui dividendi di liquidazione o in natura ricevuti sotto forma di beni trasferiti. Proponiamo pertanto che la trasformazione di una persona giuridica in una società di persone sia disciplinata esplicitamente nell'articolo 61 capoverso 1 lettera A LIFD (e nell'art. 24 cpv. 3 lett. A LAID). Si chiarisce in tal modo che l'imposizione non deve aver luogo a livello della persona giuridica, bensì a livello dell'azionista. Tale nor-

mativa deve applicarsi per analogia al caso in cui una persona giuridica sia trasformata in un'associazione o in una fondazione.

1.3.9.5.7 Conguagli e aumenti del valore nominale

Rapporti di valore differenti possono implicare, in caso di fusione, che gli azionisti della società assunta siano indennizzati con azioni dell'impresa assuntrice aventi un valore nominale più elevato o che sia loro corrisposto un conguaglio (cfr. art. 7 cpv. 2 del disegno di legge sulla fusione). In base alla legislazione e alla prassi vigenti, in entrambi i casi viene prelevata l'imposta preventiva, in modo che il relativo importo possa essere imposto presso l'azionista privato quale reddito ai sensi dell'articolo 20 capoverso 1 lettera c LIFD.

Per evitare che le ristrutturazioni capitolino dinanzi a ostacoli di natura fiscale, il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» ha proposto di escludere tali utili da valore nominale e conguagli sia dalle imposte federali, cantonali e comunali sul reddito sia dall'imposta preventiva. Il gruppo di lavoro ha inoltre ritenuto che, in caso di fusione di società consorelle, non si impongano né aumenti del valore nominale né conguagli. Per la scissione ai sensi dell'articolo 37 lettera b del relativo disegno di legge, il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» ha proposto uno sgravio analogo per gli aumenti del valore nominale e i conguagli.

In merito alla proposta del gruppo di lavoro, i Cantoni e altri partecipanti alla consultazione hanno obiettato che essa comporterebbe la violazione di un principio fondamentale, quello del valore nominale. Riguardo ai conguagli, il fatto di considerare la nozione di reddito della sostanza da un punto di vista oggettivo avrebbe senso qualora gli utili di beni mobili privati non fossero imposti. Va preso sul serio anche il monito secondo cui l'imposizione delle azioni gratuite sarebbe pressoché ingiustificata se, in materia di aumenti del valore nominale e di conguagli, il principio del valore nominale non si applicasse più né alle imposte sul reddito, né all'imposta preventiva. I Cantoni ammoniscono inoltre che la diminuzione del gettito non va sottovalutata. Non può essere escluso il rischio che, in caso di fusione, sia creato capitale proprio supplementare a danno delle riserve, per procedere in seguito a una riduzione del capitale (esente da imposta).

1.3.9.5.8 Scissione di società holding e di società immobiliari

Secondo la prassi vigente, la divisione di società immobiliari o di società holding non è esente da problemi dal punto di vista fiscale, in quanto tali società, in generale, non possiedono aziende. Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» è giunto alla conclusione che sarebbe possibile rinunciare a tali restrizioni; esso ha di conseguenza proposto di considerare anche la scissione di società immobiliari e di società holding (nel rispetto del termine di attesa) un'operazione neutra sotto il profilo fiscale.

Il presente disegno di legge non fa sua tale proposta. Come illustrato nel numero 1.3.9.5.2, dal varo della riforma 1997 dell'imposizione delle imprese il requisito dell'azienda riveste importanza accresciuta. Se, in occasione di una scissione, un immobile è trasferito a una consorella o a una filiale, la neutralità fiscale di tale operazione si giustifica soltanto nel caso in cui l'immobile in questione serva a un'a-

zienda che è trasferita nel suo complesso. Qualora sia invece trasferito soltanto un singolo immobile, non si può prescindere dall'imposizione delle riserve occulte. Per quanto concerne le società holding, la prassi vigente ammette la presenza di una ristrutturazione fiscalmente neutra nella misura in cui la scissione sia connessa con il trasferimento di partecipazioni a società d'esercizio o a società commerciali. Tale prassi può essere seguita anche in futuro.

1.3.9.5.9 Acquisizione dello statuto di holding

Se una società mista passa dalla condizione di casa madre a quella di holding, trasferendo nel corso di una scissione orizzontale la sua azienda originaria a una filiale, la società oggetto della scissione acquisisce lo statuto di una pura società holding che, giusta l'articolo 28 capoverso 2 LAID, non è tenuta a versare alcuna imposta sull'utile. In questi casi, diversi Cantoni hanno sinora avuto tendenza a usare come pretesto il cambiamento dello statuto fiscale per imporre – in modo sistematico – le riserve occulte. In base a nuove disposizioni legali o alle cosiddette soluzioni reversali, i Cantoni si sono di recente dimostrati più flessibili nel concedere il differimento d'imposta fino alla realizzazione effettiva o contabile delle riserve occulte.

Il presente disegno di legge rinuncia a inserire nella LAID il differimento d'imposta proposto dal gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni». In sede di consultazione, i Cantoni hanno rilevato che, in seguito alla riforma 1997 dell'imposizione delle imprese, il problema è divenuto ampiamente privo di oggetto. A tal proposito, i Cantoni hanno inoltre osservato che la neutralità fiscale della scissione orizzontale non dipende dal fatto che la società madre oggetto della scissione conservi un'azienda.

1.3.9.6 Tasse di bollo

In materia di tasse di bollo, il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» ha proposto uno sgravio della tassa d'emissione. La proposta raccomanda che la tassa d'emissione sui diritti di partecipazione costituiti o aumentati in occasione dell'esecuzione di decisioni di fusione con società commerciali senza personalità giuridica, associazioni, fondazioni o imprese di diritto pubblico, sia riscossa soltanto sul valore nominale dei diritti di partecipazione creati al momento della ristrutturazione e non sul valore venale delle imprese coinvolte. Un simile sgravio, comportante una consistente diminuzione del gettito fiscale, non è compatibile con il postulato secondo cui le ristrutturazioni vanno agevolate in materia di tassa d'emissione soltanto nel caso in cui le imprese interessate siano già tenute a versare la tassa in questione. Lo sgravio risulterebbe problematico anche sotto il profilo dell'uguaglianza dinanzi alla legge nella misura in cui implicherebbe un trattamento privilegiato delle società di capitali costituite in occasione della privatizzazione di istituti di diritto pubblico. In materia di PMI e di trasformazione di imprese di persone in società di capitali, va osservato che a tali casi si applica già il limite d'esenzione di 250 000 franchi previsto dall'articolo 6 capoverso 1 lettera h della legge sulle tasse di bollo (LTB).

Due altre preoccupazioni concernono la tassa di negoziazione:

- In virtù dell'articolo 14 capoverso 1 lettera b LTB, non soggiace alla tassa il conferimento di documenti che servono a liberare azioni, quote in società a

garanzia limitata e in società cooperative, buoni di partecipazione e quote in fondi d'investimento svizzeri. In occasione di una costituzione o di un aumento del capitale, una società anonima svizzera può per esempio liberare il capitale azionario di una filiale svizzera senza essere soggetta a imposta, nella misura in cui conferisca titoli di credito. Proponiamo ora di esentare dalla tassa di bollo anche la liberazione di azioni, quote sociali in società a garanzia limitata o in società cooperative, buoni di partecipazione e quote in fondi d'investimento stranieri mediante il conferimento di documenti. Ciò consentirà in particolare a società holding di utilizzare partecipazioni per liberare azioni di gruppi di società stranieri, senza essere soggette alle tasse di bollo. Dato che spesso simili operazioni sono effettuate nell'ambito di ristrutturazioni, tale sgravio supplementare tiene conto di una parte considerevole delle esigenze formulate dalla mozione Bühler, del 22 aprile 1999, concernente l'esenzione dalla tassa di negoziazione in caso di ristrutturazioni interne a un gruppo.

- Se tra le imprese coinvolte in una ristrutturazione figura un negoziatore di titoli ai sensi dell'articolo 13 capoverso 3 LTB, conformemente alla prassi approvata dal Tribunale federale l'AFC può procedere alla riscossione della tassa di negoziazione nella misura in cui, nell'ambito della ristrutturazione, sia trasferita la proprietà di titoli di credito e siano assunti debiti nei confronti di terzi; la controprestazione determinante per il calcolo della tassa di negoziazione consiste in tali casi nella parte degli impegni assunti corrispondente al rapporto tra il valore dei titoli trasferiti e il totale degli attivi assunti. Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» ha proposto di sopprimere tale imposta poiché il trasferimento di beni connesso con una ristrutturazione non si fonda su un'alienazione. In virtù di tale argomento, appare legittima una corrispondente modifica della legge sulle tasse di bollo. L'esenzione dalla tassa di negoziazione concerne anche le fattispecie transfrontaliere, il che realizza un altro importante obiettivo della summenzionata mozione Bühler.

1.3.9.7 Imposte sul trapasso di proprietà

Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» auspica che i Cantoni, in caso di neutralità fiscale per le imposte dirette o di differimento d'imposta per l'imposta sugli utili da sostanza immobiliare, rinuncino anche alla riscossione delle imposte sul trapasso di proprietà, così da non ostacolare le possibilità di ristrutturazione previste dal disegno di legge sulla fusione.

L'imposta sul trapasso di proprietà è un'imposta generale sui negozi giuridici che colpisce il trasferimento della proprietà di fondi. Oggetto dell'imposta è il trapasso di proprietà in quanto tale e (a differenza dell'imposta sugli utili da sostanza immobiliare) non l'utile realizzato con esso. L'imposta sul trapasso di proprietà è di norma riscossa in funzione del prezzo d'acquisto, è proporzionale e oscilla, nella maggior parte dei Cantoni/Comuni, tra l'1 e il 3 per cento del prezzo d'acquisto.

Dall'interpretazione dell'articolo 129 Cost. (art. 42^{quies} della vecchia Cost.) risulta che la Confederazione non può imporre l'armonizzazione delle imposte sul trapasso di proprietà poiché, secondo l'opinione dominante, queste ultime fanno parte delle imposte indirette. In sede di consultazione, tale opinione non è stata og-

getto di obiezione alcuna. Singoli partecipanti hanno tuttavia sostenuto che la facoltà della Confederazione di intervenire in modo puntuale nella competenza cantonale in materia di riscossione delle imposte possa essere desunta dall'articolo 122 Cost. (art. 64 della vecchia Cost.), tanto più che non appare opportuno che taluni Cantoni sopprimano, mediante un'«imposta di dubbia costituzionalità», la libertà di scelta della forma giuridica.

Tradizionalmente, numerosi Cantoni riscuotono, sotto forma di imposte sui negozi giuridici, imposte indirette concernenti operazioni di diritto privato. Si tratta in particolare delle imposte sulle successioni, sulle donazioni e sul trapasso di proprietà. Già da un'interpretazione storica dell'articolo 122 Cost. si desume che la Confederazione non può riscuotere – nel caso specifico o in generale – tali imposte. Una competenza federale a intervenire in modo puntuale nella sovranità fiscale dei Cantoni può essere desunta dall'articolo 122 Cost. nel caso in cui norme di diritto civile federale siano notevolmente compromesse o addirittura vanificate dal diritto fiscale cantonale. Un conflitto generico di finalità non è tuttavia sufficiente ad ammettere la presenza di un'incompatibilità con il diritto federale. Per potere limitare o addirittura sopprimere una simile imposta andrebbero previste condizioni severe.

In caso di ristrutturazione, l'eventuale imposta sul trapasso di proprietà è dovuta sull'intera proprietà fondiaria trasferita nell'ambito della ristrutturazione a un nuovo soggetto giuridico. La sostanziale agevolazione prevista dal presente disegno di legge è data dal fatto che in caso di ristrutturazione non vanno calcolate – nell'ambito dell'imposta sugli utili da sostanza immobiliare – le riserve occulte in immobili, spesso consistenti. Riteniamo che le residue imposte cantonali sul trapasso di proprietà, il cui tasso oscilla tra l'1 e il 3 per cento, siano troppo poco incisive per poter compromettere notevolmente o addirittura vanificare la realizzazione degli obiettivi della legge sulla fusione.

In sintesi, la Confederazione non può vietare ai Cantoni la riscossione di imposte sul trapasso di proprietà in caso di ristrutturazione né sulla base dell'articolo 129 Cost., né sulla base dell'articolo 122 Cost. (si veda anche GAAC 63.83, www.vpb.admin.ch/ital/doc/63/63.83.html). I Cantoni non devono tuttavia trascurare il fatto che la concessione di un differimento d'imposta agevolerebbe l'attuazione di ristrutturazioni.

1.3.9.8 Imposta sul valore aggiunto

Il rapporto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» tratta anche della modifica dell'ordinanza concernente l'imposta sul valore aggiunto (OIVA). A tal proposito, il gruppo di lavoro ha approvato la modifica dell'articolo 26 capoverso 3 OIVA, adottata il 18 settembre 1995, secondo la quale, in caso di modifica dell'utilizzazione, l'imposta di consumo proprio per i beni immobili è calcolata al massimo sul valore delle spese che a suo tempo ha dato diritto alla deduzione dell'imposta precedente. Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» ha inoltre accolto con favore l'aggiornamento di tale normativa nell'articolo 34 capoverso 2 LIVA, secondo cui il limite superiore per il calcolo dell'imposta sul consumo proprio risiede nell'importo corrispondente alla deduzione dell'imposta precedente operata sull'oggetto in questione. Analogamente, il gruppo di lavoro ha approvato la nuova normativa concernente lo sgravio degli investimenti, di cui all'articolo 42 LIVA.

Dopo che le Camere federali hanno varato, il 2 settembre 1999, la legge sull'imposta sul valore aggiunto, non vi è motivo di dibattere ulteriormente la questione di una modifica dell'OIVA, attualmente ancora in vigore.

1.4 Diritto comparato

1.4.1 In generale

Numerosi Stati europei prevedono già una normativa volta ad agevolare la ristrutturazione delle imprese a livello di diritto societario. In generale, va constatato che gli ordinamenti giuridici menzionati qui di seguito sono contraddistinti da una maggiore flessibilità per quanto concerne la modifica delle strutture giuridiche delle imprese e da una maggiore certezza giuridica rispetto alle disposizioni vigenti del diritto svizzero.

1.4.2 Germania

1.4.2.1 In generale

La «Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwG)» del 28 ottobre 1994 (legge sulle «trasformazioni») disciplina in modo esaustivo, in oltre 325 articoli, la fusione, la scissione, il trasferimento di patrimonio e la trasformazione di soggetti giuridici («Rechtsträger»). Tale legge riunisce in una legge speciale le vecchie disposizioni sulla fusione, la scissione, il trasferimento di patrimonio e la trasformazione, fino ad allora disperse in leggi diverse, nonché ne amplia il campo d'applicazione. Una delle principali innovazioni consiste nell'introduzione della «successione universale parziale» (in opposizione alla successione a titolo particolare, prevalente sino ad allora), la quale semplifica notevolmente la scissione di società.

1.4.2.2 Fusione

La fusione («Verschmelzung») di soggetti giuridici («Rechtsträger») può risultare dall'assunzione di un soggetto ad opera di un altro («Verschmelzung zur Aufnahme») o dalla loro unione in seno a un nuovo soggetto («Verschmelzung zur Neugründung»). In ambedue i casi, la fusione ha luogo contro l'attribuzione di quote o diritti sociali del soggetto giuridico assunto ai soci dei soggetti giuridici trasferenti (§ 2 UmwG).

Le società commerciali di persone («Personenhandelsgesellschaften»), le società di capitali, le società cooperative e le associazioni possono in particolare prendere parte a una fusione (§ 3 UmwG). Tale operazione può coinvolgere soggetti giuridici aventi la stessa forma giuridica o di forma giuridica differente.

La fusione si basa su un contratto concluso mediante atto notarile (§ 4 - 6 UmwG), su un rapporto allestito dagli organi d'amministrazione (§ 8 UmwG) e, in linea di principio, su un rapporto di verifica redatto da un perito (§ 9 UmwG). Il contratto di fusione va quindi approvato dall'assemblea dei soci (§ 13 UmwG; la decisione è oggetto di atto notarile) e la fusione è iscritta nel registro di commercio affinché possa esplicare gli effetti previsti (§ 16 UmwG).

1.4.2.3 Scissione

La legge (§ 123 UmwG) prevede tre forme di scissione:

- la «Aufspaltung»: a seguito del proprio scioglimento senza liquidazione, un soggetto giuridico può scindere il suo patrimonio; i soci del soggetto giuridico trasferente acquisiscono quote o diritti sociali dei soggetti giuridici assuntori;
- la «Abspaltung»: un soggetto giuridico può incorporare una o più parti del suo patrimonio; i soci del soggetto giuridico trasferente acquisiscono quote o diritti sociali dei soggetti giuridici assuntori;
- la «Ausgliederung»: un soggetto giuridico può dissociare una o più parti del suo patrimonio; il soggetto giuridico trasferente acquisisce quote o diritti sociali dei soggetti giuridici assuntori.

Le forme di società che possono partecipare a una scissione sono in linea di principio identiche a quelle che prendono parte a una fusione (§ 124 UmwG).

Le disposizioni concernenti la fusione si applicano per analogia alla scissione (§ 125 UmwG). La procedura di scissione è assai simile a quella prevista per la fusione. La scissione si fonda su un contratto di scissione, un rapporto di scissione e un rapporto di verifica. La scissione è in seguito approvata dall'assemblea dei soci e iscritta nel registro di commercio. L'iscrizione nel registro provoca il trasferimento delle parti di patrimonio, così come definito dal contratto di scissione.

1.4.2.4 Trasformazione

Mediante la trasformazione («Formwechsel»), un soggetto giuridico acquisisce una nuova forma giuridica (§ 190 UmwG).

Possono partecipare a una trasformazione in particolare le società commerciali di persone («Personenhandelsgesellschaften»), le società di capitali, le società cooperative, le associazioni e gli istituti di diritto pubblico.

La procedura di trasformazione è analoga a quella prevista per fusione e scissione. È redatto un rapporto di trasformazione. L'assemblea dei soci deve approvare il cambiamento di forma giuridica mediante una decisione di trasformazione avente forma di atto notarile. La trasformazione esplica effetto a partire dalla sua iscrizione nel registro di commercio.

1.4.3 Francia

1.4.3.1 In generale

Nel 1966, il legislatore ha disciplinato in modo esaustivo le operazioni di fusione e di scissione (art. 371-389 della legge n. 66-537 del 24 luglio «sur les sociétés commerciales»³³). Tali disposizioni concernono essenzialmente le società anonime e le

³³ Denominata anche «Code des sociétés».

società a garanzia limitata e sono state più volte rimaneggiate³⁴. La riforma del 1988 ha provveduto ad adeguare il diritto francese alla terza e alla sesta direttiva europea relative al diritto delle società.

1.4.3.2 Fusione

La fusione è l'operazione mediante la quale due società si uniscono per formarne una sola. La fusione può comportare la costituzione di una nuova società o risultare dall'incorporazione di una società ad opera di un'altra (art. L 371-1).

La fusione provoca lo scioglimento senza liquidazione della società incorporata (art. L 372-1) e comporta la trasmissione universale dell'insieme delle componenti attive e passive del suo patrimonio (art. L 371-1). Essa implica inoltre, quale corollario, lo scambio dei diritti sociali: i soci della società sciolta divengono soci della società assuntrice (art. L 372-1). La fusione può compiersi anche tra società di forma giuridica differente (ad es. una società anonima e una società a garanzia limitata).

La decisione di fusione compete a ciascuna delle società coinvolte sulla base del progetto di fusione redatto dai loro dirigenti e del rapporto dei commissari. Il progetto di fusione (art. L 374-1) è depositato presso la cancelleria del tribunale commerciale della sede delle società e va pubblicato in un bollettino di annunci legali. Il progetto di fusione è in seguito sottoposto per approvazione alle assemblee. In caso di fusione mediante costituzione di una nuova società, la fusione acquisisce validità giuridica (art. 372-1) a partire dalla data dell'immatricolazione della nuova società nel registro di commercio. In caso di fusione mediante incorporazione, la fusione produce effetto, salvo accordo contrario, a contare dal giorno in cui l'ultima assemblea generale ha approvato l'operazione.

1.4.3.3 Scissione

Una società può, mediante scissione, trasferire il suo patrimonio a più società preesistenti o a più società neocostituite (art. L 371). La legge parla di scissione senza fornire altre precisazioni in merito. Secondo la giurisprudenza, la scissione presuppone lo scioglimento della società che ne è oggetto. Essa è quindi caratterizzata dalle tre seguenti componenti essenziali:

- lo scioglimento senza liquidazione della società scissa;
- la trasmissione universale del patrimonio della società scissa alle società assuntrici;
- lo scambio dei diritti sociali; i soci della società ricevono titoli dalle società che beneficiano dei conferimenti.

Una scissione può essere operata a favore di società di forma giuridica differente (art. L 372-1 del Code des sociétés). Una società a garanzia limitata può così scin-

³⁴ Decreto del 23 marzo 1967 (art. D 254 - D 265), legge 78-9 del 4 gennaio 1978 (che introduce nel code civil un art. 1844-4 che ricalca quasi alla lettera la definizione di cui all'art. L 371 della legge del 1966, ma la estende a tutte le forme di società) e legge 88-17 del 5 gennaio 1988, completata dal decreto n. 88-418 del 22 aprile 1988.

dersi a favore di una società anonima preesistente e di una società a garanzia limitata.

Una società può inoltre, senza dover essere sciolta, trasferire una parte del suo patrimonio a un'altra società; una simile operazione è alquanto simile a una scissione. Gli articoli L 387 e 388 –1 del Code des sociétés permettono quindi di assoggettare siffatti trasferimenti al regime della scissione.

Secondo il diritto francese, la procedura segue l'iter seguente: i dirigenti delle società interessate definiscono un progetto di scissione (art. L 374-1 e D 254-1 del decreto del 23 marzo 1967, emendato con decreto del 22 aprile 1988); il progetto va quindi depositato presso la cancelleria dei tribunali commerciali interessati (quelli della sede di ciascuna società) ed è oggetto di un parere legale pubblicato in un bollettino di annunci legali (art. L 374); va quindi sottoposto per approvazione ai soci delle società in questione.

1.4.3.4 Trasformazione

La trasformazione consiste nel cambiare la forma giuridica di una società, lasciando immutata la personalità giuridica. Essa non comporta la costituzione di una nuova persona giuridica, bensì una semplice modifica dello statuto. La trasformazione è prevista per le società in generale, vale a dire le società in nome collettivo, in accomandita semplice, a garanzia limitata, anonime e civili (art. 1844-3 del code civil). Gli effetti della trasformazione sono caratterizzati dal mantenimento della personalità giuridica; i diritti e gli obblighi contratti dalla società nella sua forma giuridica antecedente sussistono. Lo statuto va tuttavia modificato al fine di tenere conto della nuova forma giuridica.

1.4.4 Italia

1.4.4.1 In generale

Il diritto italiano disciplina in modo uniforme la fusione e la scissione di società a partire dal 1991. Tale revisione legislativa³⁵ ha introdotto la scissione e ha riveduto le disposizioni sulla fusione, in precedenza disciplinate in modo lacunoso dal codice civile (CCI).

1.4.4.2 Fusione

La legge non definisce la fusione. Secondo la dottrina, questa consiste nell'unione di società contro attribuzione ai soci della società sciolta di una partecipazione alla società assuntrice. La fusione può derivare dalla costituzione di una nuova società o dall'incorporazione di una società da parte di un'altra (art. 2501 comma 1 CCI).

La fusione è ammessa per tutte le società commerciali, ossia la società per azioni, la società in accomandita per azioni, la società a responsabilità limitata, la società in

³⁵ Decreto legislativo n. 22 del 16 gennaio 1991, in Gazzetta Ufficiale del 23 gennaio 1991, n. 19.

nome collettivo e la società in accomandita semplice. In assenza di norme legali esplicite, la dottrina ritiene che la fusione tra società di forma giuridica differente non sia sempre possibile; è il caso in particolare dell'incorporazione di una società cooperativa ad opera di una società per azioni.

La fusione si basa su un contratto (art. 2501^{bis} e 2504^{octies} CCI), il quale è completato da un rapporto di fusione e dal rapporto di un perito indipendente. Il contratto di fusione è in seguito sottoposto per approvazione ai soci (art. 2502 CCI). La fusione è quindi iscritta nel registro di commercio e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale.

1.4.4.3 Scissione

Sono previste due forme di scissione (art. 2504^{septies} CCI):

- la società scissa è sciolta e l'insieme del suo patrimonio è trasferito a più società preesistenti o neocostituite; i soci della società scissa acquisiscono quote sociali delle società assuntrici;
- la società scissa trasferisce soltanto una parte del suo patrimonio e non cessa quindi di esistere; i suoi soci acquisiscono quote sociali delle società assuntrici.

La procedura di scissione è identica a quella prevista per la fusione.

1.4.4.4 Trasformazione

La trasformazione è l'operazione mediante la quale una società assume una nuova forma giuridica mantenendo la propria identità (art. 2498 comma 3 CCI). Il codice civile (art. 2498 CCI) disciplina unicamente la trasformazione di una società in nome collettivo o di una società in accomandita in una società per azioni, una società in accomandita per azioni o una società a responsabilità limitata. La dottrina è unanime nell'ammettere anche la trasformazione di una società di capitali in una società di capitali di forma giuridica differente o in una società di persone. Inoltre, anche una società semplice (art. 2251 segg. CCI) può partecipare a una trasformazione.

La decisione di trasformazione di una società di persone in una società di capitali deve contenere gli elementi necessari alla costituzione della forma giuridica desiderata e dev'essere oggetto di atto pubblico (art. 2498 comma 1 CCI). La decisione è affiancata da un rapporto sul valore del patrimonio sociale (art. 2343 CCI) ed è iscritta nel registro di commercio (art. 2498 comma 2 CCI).

2 Parte speciale

2.1 Commento alle disposizioni del disegno

2.1.1 Capitolo 1: Oggetto e definizioni

Art. 1 **Oggetto**

Il *capoverso 1* enumera le operazioni di adeguamento delle strutture giuridiche disciplinate dal disegno; vale a dire la fusione, la scissione, la trasformazione e il tra-

sferimento di patrimonio. A ciascuna di tali operazioni è dedicato un capitolo specifico. Le operazioni che coinvolgono fondazioni e istituti di previdenza sono disciplinate in capitoli a parte. Il capoverso 1 contempla anche l'elenco dei soggetti giuridici di diritto privato interessati da tali operazioni (società di capitali, società in nome collettivo, società in accomandita, società cooperative, associazioni, fondazioni e ditte individuali).

Per una panoramica dell'insieme delle possibili operazioni di modifica delle strutture giuridiche, si rimanda alla tabella di cui al capitolo 73.

Il *capoverso 2* enuncia gli obiettivi perseguiti dal disegno, ossia garantire la certezza del diritto e la trasparenza, assicurando nel contempo la protezione dei creditori e dei soci minoritari. Benché la portata di una simile disposizione possa apparire limitata, essa è tuttavia utile all'interpretazione della legge. Se più interpretazioni sono possibili, è opportuno optare per quella che meglio realizza gli obiettivi perseguiti.

Il *capoverso 3* concerne la partecipazione di istituti di diritto pubblico (in merito alla definizione di tale nozione, cfr. l'art. 2 lett. d) alle operazioni di modifica delle strutture giuridiche che coinvolgono anche soggetti giuridici di diritto privato. Esso enuncia le operazioni a cui tali istituti possono partecipare, vale a dire la fusione con soggetti giuridici di diritto privato, la trasformazione in soggetti giuridici di diritto privato e il trasferimento di patrimonio. A tal proposito, si rimanda alle osservazioni concernenti gli articoli 99 segg.

Il *capoverso 4* prevede una riserva a favore delle disposizioni della legge sui cartelli concernenti la valutazione delle concentrazioni di imprese (art. 9 segg. LCart). L'ammissibilità di un'operazione di fusione, di scissione o di trasferimento di patrimonio ai sensi della legge sulla fusione non implica infatti la sua ammissibilità dal punto di vista della legge sui cartelli (in merito si veda anche il n. 1.3.8). Tale riserva precisa che la legge sulla fusione non disciplina in modo esaustivo le questioni relative alla modifica delle strutture giuridiche delle imprese, bensì soltanto gli aspetti di diritto privato.

Art. 2 Definizioni

Il disegno di legge sulla fusione disciplina la fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio a prescindere dalla forma giuridica dei soggetti che prendono parte a tali operazioni. Era perciò necessario definire un certo numero di nozioni al fine di snellire il testo di legge e creare una terminologia indipendente dalle forme giuridiche in causa. Vi è d'altra parte la necessità di unificare la terminologia in quest'ambito del diritto. Dottrina e giurisprudenza, in particolare, qualificano in modo differente fattispecie identiche o quasi³⁶. L'*articolo 2* contiene una definizione della maggior parte delle nozioni utilizzate. Anche altre disposizioni del disegno prevedono definizioni legali. L'*articolo 3* distingue la fusione mediante incorporazione dalla fusione mediante combinazione; l'*articolo 27* definisce la divisione e la separazione, vale a dire le due forme di scissione; l'*articolo 31 capoverso 2* distingue la scissione simmetrica dalla scissione asimmetrica.

³⁶ Si veda ad esempio la nuova terminologia proposta da HENRY PETER in: La restructuring des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière, La Semaine Judiciaire 1999 II, pag. 101 segg., in particolare pag. 109.

L'articolo 2 prevede le definizioni seguenti:

- Soggetto giuridico (*lett. a*).
Il disegno introduce la nozione di «soggetto giuridico» («Rechtsträger», «sujet»), già utilizzata come denominazione generica dal diritto tedesco. Tale espressione designa in modo astratto l'insieme delle forme giuridiche che rientrano nel campo d'applicazione della legge. Sono considerati soggetti giuridici ai sensi del disegno le ditte individuali iscritte nel registro di commercio, le società in nome collettivo, le società in accomandita, le società anonime, le società in accomandita per azioni, le società a garanzia limitata, le società cooperative, le associazioni, le fondazioni e gli istituti di diritto pubblico (cfr. lett. d).

A dispetto delle critiche mosse in sede di consultazione, il termine francese «sujet» è stato mantenuto in mancanza di soluzioni più soddisfacenti. Gli altri termini ipotizzabili possono infatti indurre in errore. È il caso ad esempio di «sujet de droit»; le società in nome collettivo, le società in accomandita e taluni istituti di diritto pubblico sono infatti privi di personalità giuridica e non possono quindi essere ritenuti «sujets de droit». La nozione di «entité», utilizzata come designazione generica all'articolo 2 capoverso 3 dell'avamprogetto di legge federale sul rendiconto e la revisione contabile (LRR), del 29 giugno 1998, non è inoltre sufficientemente tecnica.

- Società (*lett. b*).
La nozione di «società» comprende la società in nome collettivo, la società in accomandita, la società anonima, la società in accomandita per azioni, la società a garanzia limitata, la società cooperativa e l'associazione. Va rilevato che, secondo il disegno, le associazioni sono considerate società. L'integrazione dell'associazione nella nozione di società non crea particolari difficoltà, nella misura in cui l'associazione soddisfa i criteri di definizione della società proposti dalla dottrina³⁷. Di contro, gli istituti di previdenza (cfr. lett. i) che rivestono la forma giuridica di società cooperativa non sono considerati società ai sensi di tale disposizione. Tale eccezione va ritenuta legittima poiché il disegno prevede norme speciali concernenti la modifica delle strutture degli istituti di previdenza a prescindere dalla loro forma giuridica (art. 88 segg.).

La definizione di società è resa necessaria dalla struttura del disegno di legge. Dato che le fondazioni, gli istituti di previdenza e gli istituti di diritto pubblico sono oggetto di una regolamentazione distinta (art. 78 segg. e art. 88 segg.), è indispensabile prevedere un termine generico per tutte le altre forme giuridiche.

- Società di capitali (*lett. c*).
Le società anonime, le società in accomandita per azioni e le società a garanzia limitata sono designate con il termine generico di «società di capitali»,

³⁷ L'associazione è un gruppo di persone che si fonda su un contratto e persegue un obiettivo comune; cfr. ANTON HEINI, Schweizerisches Privatrecht II, Die Vereine, Basilea e Stoccarda 1967, § 53, pag. 518; dello stesso autore, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basilea e Francoforte sul Meno 1996, Vorbemerkungen zu den Art. 60-79 ZGB n. 1 seg.; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^a ed., Berna 1998, § 1 n. 2 segg.

conformemente alla terminologia utilizzata dalla dottrina³⁸. Non sono per contro considerate società di capitali le società cooperative, neppure qualora dispongano di un capitale sociale.

- Istituti di diritto pubblico (*lett. d*).
Come accennato in precedenza (cfr. n. 1.3.2.5), il disegno di legge sulla fusione disciplina anche la «conversione» di istituti di diritto pubblico in soggetti giuridici di diritto privato (art. 99 segg.). Poiché la legge e la dottrina non prevedono una terminologia uniforme per quanto concerne la qualifica delle entità giuridiche di diritto pubblico, è necessario che la legge determini quali tra queste rientrino nel suo campo d'applicazione. A tal proposito, la definizione di cui alla *lettera d* è intenzionalmente formulata in modo assai ampio. Essa abbraccia tutti gli istituti di diritto pubblico federali, cantonali e comunali, a prescindere dal fatto che si tratti di un gruppo di persone (corporazione di diritto pubblico) o di un patrimonio (stabilimento di diritto pubblico). Perché il soggetto in questione possa essere ritenuto un istituto di diritto pubblico ai sensi del disegno di legge, esso deve soltanto essere iscritto nel registro di commercio e godere di autonomia organizzativa. Si è optato per tale criterio in quanto, per partecipare a una fusione o a una trasformazione, l'istituto di diritto pubblico deve poter essere separato dalla Confederazione, dal Cantone o dal Comune da cui dipende. A tale riguardo, l'autonomia organizzativa non coincide necessariamente con il criterio della personalità giuridica. Un istituto di diritto pubblico privo di personalità giuridica, ma dotato di autonomia organizzativa può infatti partecipare a un'operazione prevista dal disegno di legge sulla fusione.
- Piccole e medie imprese (*lett. e*).
Il disegno di legge prevede un certo numero di agevolazioni a favore delle piccole e medie imprese (PMI), segnatamente negli articoli 14 cpv. 2, 15 cpv. 2, 16 cpv. 2, 39 cpv. 2, 40, 41 cpv. 2, 61 cpv. 2, 62 cpv. 2 e 63 cpv. 2. Poiché non esiste una definizione legale delle PMI, l'articolo 2 lettera e provvede a definirne la nozione. Sono quindi ritenute PMI le società:
 - che non sono debtrici di un prestito in obbligazioni (art. 1156 segg. CO),
 - le cui quote non sono quotate in borsa, e
 - che superano due dei tre valori seguenti durante al massimo uno dei due esercizi precedenti la decisione di fusione, di scissione o di trasformazione: bilancio complessivo di 20 milioni di franchi / cifra d'affari di 40 milioni di franchi / media annua di 200 dipendenti a tempo pieno.Tali criteri, risultanti dall'articolo 727b capoverso 1 CO, sono cumulativi. Le società che non li soddisfano non sono PMI ai sensi della legge sulla fusione.
- Soci (*lett. f*).
La nozione di «socio» funge da designazione generica per tutte le forme di partecipazione a una società (comprese le associazioni) che conferiscono di-

³⁸ Cfr. in particolare ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^a ed. Berna 1998 § 3 n. 1 segg.

ritti sociali; poco importa che la partecipazione sia incorporata o meno in una quota sociale. I titolari di quote (cfr. lett. g), i soci di società in nome collettivo e di società in accomandita, i soci di società cooperative senza certificati di quota³⁹ e i membri di associazioni sono quindi considerati soci ai sensi del disegno.

- Titolari di quote (*lett. g*).
Sono ritenuti tali gli azionisti, i partecipanti (art. 656b segg. CO), i titolari di buoni di godimento (art. 657 CO), i soci di società a garanzia limitata e i soci di società cooperative titolari di certificati di quota.
- Assemblea generale (*lett. h*).
Il termine «assemblea generale» designa genericamente l'organo supremo della società anonima, della società in accomandita per azioni, della società a garanzia limitata, della società cooperativa e dell'associazione. Le società in nome collettivo e in accomandita, come pure le fondazioni, non sono per contro menzionate in quanto non dispongono di un organo analogo.
- Istituti di previdenza (*lett. i*).
Tale nozione comprende tutti gli istituti soggiacenti alla vigilanza di cui agli articoli 61 segg. LPP e dotati di personalità giuridica. Quest'ultima condizione concerne tuttavia unicamente gli istituti di previdenza di diritto pubblico, in quanto gli istituti di diritto privato sono in ogni caso dotati di personalità giuridica, dato che sono organizzati sotto forma di fondazioni o di società cooperative. Ai sensi della legge sulla fusione, sono ritenuti istituti di previdenza sia gli istituti di previdenza registrati ai sensi della LPP, sia le fondazioni di previdenza a favore del personale ai sensi dell'articolo 89^{bis} capoverso 6 CC. Di contro, non rientrano nella definizione le fondazioni annesse al secondo pilastro (ad es. le fondazioni d'investimento, le fondazioni di finanziamento e le fondazioni di libero passaggio), le fondazioni di lavoratori, le fondazioni di professionisti e le fondazioni del pilastro 3a.

2.1.2 Capitolo 2: Fusione di società

Il capitolo 2 del disegno di legge sulla fusione disciplina unicamente la fusione di società (in merito alla nozione di società, cfr. art. 2 lett. b). La fusione di fondazioni, di istituti di previdenza e di istituti di diritto pubblico è invece retta dalle norme speciali di cui agli articoli 78 segg., 88 segg. e 99 segg..

2.1.2.1 Sezione 1: Disposizioni generali

Art. 3 Principio

La fusione può essere definita un'unione giuridica senza liquidazione di due o più società mediante un trasferimento patrimoniale e, di norma, contro attribuzione di

³⁹ I soci di società cooperative titolari di certificati di quota rientrano nella definizione di cui alla lett. g.

quote o diritti sociali della società assuntrice ai soci della società trasferente⁴⁰. La società che trasferisce il suo patrimonio è sciolta e l'insieme dei suoi attivi e dei suoi passivi è trasferito mediante successione a titolo universale⁴¹ alla società assuntrice.

Il *capoverso 1* riprende le due forme di fusione previste dal diritto vigente negli articoli 748 e 749 CO per la società anonima, vale a dire⁴²:

- la fusione mediante incorporazione: una o più società trasferenti sono sciolte e i loro patrimoni sono trasferiti a una società preesistente (lett. a);
- la fusione mediante combinazione: due o più società sono sciolte e i loro patrimoni sono trasferiti a una società neocostituita (lett. b).

La fusione mediante incorporazione e la fusione mediante combinazione seguono gli stessi meccanismi. L'unica differenza tra le due forme risiede nella costituzione di una nuova società ad hoc (o nell'assenza di una siffatta costituzione). Il disegno di legge prevede pertanto la stessa regolamentazione per entrambe, eccezion fatta per alcune norme concernenti soltanto l'una o l'altra delle due forme⁴³. A tal proposito, va rilevato che l'espressione «società assuntrice» si riferisce sia a una società preesistente (fusione mediante incorporazione), sia a una società neocostituita (fusione mediante combinazione). L'impiego di un termine unico per designare la società cui sono trasferiti i patrimoni delle società sciolte è intesa a semplificare e a snellire il testo di legge.

Contrariamente a quanto previsto dalle vigenti disposizioni del CO (art. 748 n. 7 e art. 914 n. 7 CO), l'iscrizione della fusione nel registro di commercio ha per conseguenza la simultanea cancellazione della società trasferente (art. 3 cpv. 2)⁴⁴. Tale cambiamento di sistema è connesso con le nuove disposizioni concernenti la protezione dei creditori⁴⁵ (accantonamento dell'amministrazione separata del patrimonio di cui all'art. 748 n. 2 CO).

Il disegno prevede sia la fusione tra società aventi la stessa forma giuridica sia, nel contesto delle operazioni autorizzate dall'articolo 4, quella tra società di diversa forma giuridica (ad es. la fusione tra una società anonima e una società cooperativa). In linea di principio, la fusione tra società di diversa forma giuridica può compiersi anche sulla base di una decisione dell'assemblea generale presa a maggioranza e non all'unanimità (art. 18). I soci non dispongono pertanto di un diritto inalienabile alla salvaguardia della forma giuridica anteriore della società a cui appartengono. L'ap-

⁴⁰ In relazione con gli articoli 748 e 749 CO, cfr. anche: PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed. Zurigo 1996, n. 294a e 294b; WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748-750, n. 10; BURKHARD K. GANTENBEIN, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, tesi Friburgo 1995, pag. 41 e 209; MANFRED KÜNG, *Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht*, *Revue suisse de droit des affaires* 1991, pag. 245; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^a ed. Berna 1998 § 24 n. 9 e n. 16; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996 § 57 n. 7 et n. 14 seg.; RUDOLF TSCHÄNI, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basilea e Francoforte sul Meno 1994, Art. 748 n. 1.

⁴¹ In merito alla nozione di successione a titolo universale e alla sua portata, cfr. il commento all'art. 22 cpv. 1.

⁴² Un diagramma delle due forme di fusione si trova in allegato.

⁴³ Gli articoli 10, 13 cpv. 1 lett. a in fine e 14 cpv. 4 concernono unicamente la fusione mediante combinazione, mentre l'art. 9 riguarda la fusione mediante incorporazione.

⁴⁴ A tal proposito, si rinvia alle osservazioni concernenti l'art. 21.

⁴⁵ Cfr. le osservazioni relative all'art. 25.

provazione di tutti i soci della società trasferente è tuttavia necessaria nel caso in cui la fusione tra società di diversa forma giuridica possa comportare l'introduzione o l'estensione dell'obbligo di effettuare versamenti suppletivi, dell'obbligo di fornire altre prestazioni personali o della responsabilità personale dei soci (art. 18 cpv. 1 lett. b e 18 cpv. 4).

Secondo la dottrina dominante⁴⁶, il trasferimento del patrimonio contro l'attribuzione di quote o diritti sociali ai soci della società trasferente è uno dei tratti caratteristici della fusione. Anche la terza direttiva europea in materia di diritto societario⁴⁷ parte da tale presupposto. Sorprende del resto che tale principio non sia espressamente menzionato dalle attuali norme sulla fusione di società anonime (art. 748 CO) e che la legge si riferisca unicamente al trasferimento di attivi e passivi. Benché l'articolo 748 numero 8 CO disponga che le azioni della società assuntrice destinate a soddisfare gli azionisti della società disciolta vanno loro consegnate in conformità del contratto di fusione, il fatto che il principio della continuità del societariato vada considerato una condizione indispensabile della fusione permane controverso⁴⁸.

Il disegno parte dal principio che il diritto alla continuità del societariato non possa, di norma, essere soppresso contro la volontà dei soci. Nessun socio può pertanto essere escluso dalla società in occasione di una fusione. È tuttavia previsto che le società partecipanti a una fusione possano offrire ai soci un diritto d'opzione tra la continuità del societariato e un indennizzo (cfr. art. 8). Se il 90 per cento almeno dei soci della società trasferente che dispongono di un diritto di voto dà il suo assenso, è addirittura possibile rinunciare per intero all'attribuzione di quote o di diritti sociali (art. 8 cpv. 2 e 18 cpv. 5).

Art. 4 Fusioni permesse

Giusta questa disposizione, possono in linea di principio partecipare a una fusione tutte le società commerciali, le società cooperative e le associazioni. Per le fondazioni, gli istituti di previdenza e gli istituti di diritto pubblico (art. 78, 88 e 99) sono inoltre previste operazioni di fusione supplementari.

⁴⁶ PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed. Zurigo 1996, n. 294b; WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748-750 n. 15 segg.; BURKHARD K. GANTENBEIN, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, tesi Friburgo 1995, pag. 32 e i rinvii menzionati; MANFRED KÜNG, *Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht*, *Revue suisse de droit des affaires* 1991, pag. 246; ROBERT MEIER, *Barabgeltungen bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurigo 1993, pag. 131 segg., in particolare 135 segg.; dello stesso autore, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, tesi Zurigo 1986, pag. 100; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^a ed. Berna 1998 § 24 n. 12; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996 § 57 n. 10; MARTIN STEHLI, *Aktionärschutz bei Fusionen*, tesi Zurigo 1975, pag. 22; RUDOLF TSCHÄNI, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basilea e Francoforte sul Meno 1994, Art. 748 n. 1.

⁴⁷ 78/855/CEE; GU L 295 del 20 ottobre 1978, pag. 36 segg.; art. 3 paragrafo 1 e art. 4 paragrafo 1; in seguito: terza direttiva europea.

⁴⁸ Nel diritto vigente, cfr. in particolare WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748-750 n. 25; BURKHARD K. GANTENBEIN, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, tesi Friburgo 1995, pag. 37 segg.; ROBERT MEIER, *Barabgeltung bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurigo 1993, pag. 141 segg.; RUDOLF TSCHÄNI, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basilea e Francoforte sul Meno 1994, Art. 748 n. 19; ROLF WATTER, *Unternehmensübernahmen*, Zurigo 1991, pag. 301.

Le ditte individuali sono per contro escluse dalla cerchia dei soggetti che possono partecipare a una fusione. Se si eccettua il trasferimento di patrimonio (art. 69), esse sono d'altronde interamente escluse dal campo d'applicazione del disegno di legge sulla fusione. La partecipazione di persone fisiche (quali le ditte individuali) a operazioni di fusione, scissione o trasformazione sarebbe fonte di numerose difficoltà. Le strutture delle ditte individuali e delle società sono troppo differenti per poter essere convertite mediante operazioni di diritto societario. Lo strumento del trasferimento di patrimonio si confà maggiormente alle operazioni che coinvolgono una ditta individuale e una società. La ristrutturazione prospettata può in tal modo essere realizzata tenendo conto nel contempo delle differenti forme d'organizzazione.

La determinazione dell'elenco delle operazioni di fusione permesse pone quesiti attinenti alla politica giuridica e alla tecnica legislativa. A causa delle strutture societarie esistenti, si impone di limitare le possibilità di fusione ai casi in cui non vi sia incompatibilità qualificata tra le forme giuridiche in causa. Nonostante talune critiche mosse in sede di consultazione (cfr. n. 1.2.3.2.2.2), l'articolo 4 si basa quindi su un elenco ampio ed esaustivo delle operazioni di fusione permesse. Tale soluzione garantisce la certezza del diritto e tiene inoltre conto, nella misura del necessario, delle prerogative delle differenti forme giuridiche. Essa è inoltre conforme al metodo applicato dagli ordinamenti giuridici degli Stati limitrofi⁴⁹.

Abbiamo rinunciato ad introdurre una clausola generale relativa all'insieme delle possibilità di fusione, a prescindere dalle forme giuridiche in causa. L'elenco delle fusioni permesse previsto dal disegno è infatti assai poco restrittivo; esso è del resto stato ulteriormente ampliato rispetto a quello dell'avamprogetto. L'introduzione di una clausola generale concernerebbe pertanto unicamente casi per i quali vi è soltanto un bisogno limitato a livello pratico e che coinvolgono forme giuridiche le cui strutture sono fondamentalmente differenti. Una clausola generale si rivela del tutto inadeguata precisamente in tali casi; essa lascerebbe infatti in sospenso le delicate questioni giuridiche poste da tali operazioni, la cui ammissibilità permarrebbe pertanto problematica.

Il disegno ha optato per un'altra soluzione al fine di ampliare comunque l'elenco esaustivo delle fusioni, delle scissioni e delle trasformazioni permesse: tali operazioni di diritto societario sono completate dal trasferimento di patrimonio⁵⁰; tale nuovo istituto giuridico è flessibile e può essere sfruttato in qualsiasi circostanza. Il trasferimento di patrimonio consente, mediante un trasferimento dei diritti imposto dalla legge, di conseguire un risultato che, da un punto di vista economico, è simile a quello di una fusione, di una scissione o di una trasformazione; le questioni inerenti al societariato non sono tuttavia interessate da tale operazione. Il trasferimento di patrimonio può rappresentare una valida alternativa nel caso in cui le strutture delle forme giuridiche in causa siano troppo dissimili per permettere la realizzazione di una fusione, di una scissione o di una trasformazione. Esso consente in tal modo di ovviare agli inconvenienti derivanti dal *numerus clausus* delle possibilità di fusione, scissione e trasformazione senza compromettere la certezza del diritto.

L'elenco delle fusioni permesse dall'articolo 4 coincide con quello delle trasformazioni (art. 54). Una fusione tra società di forma giuridica differente può infatti essere scomposta in una trasformazione della forma giuridica della società trasferente (in

⁴⁹ Cfr. § 3 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwG) del 28 ottobre 1994, nel caso del diritto tedesco.

⁵⁰ Articoli 69 segg.; cfr. soprattutto il commento relativo a tali disposizioni e il n. 1.3.2.4.

una società avente la forma giuridica della società assuntrice) cui fa seguito una fusione (tra società aventi la stessa forma giuridica). È pertanto logico che i due elenchi coincidano.

Diversamente da quanto previsto dal diritto vigente (art. 914 CO), sono di principio ammesse sia le fusioni mediante combinazione, sia le fusioni mediante incorporazione. Poiché la fusione mediante incorporazione di un'associazione ad opera di una società anonima è permessa, è parimenti ammissibile che due associazioni siano assunte da una società anonima nell'ambito di una fusione mediante combinazione.

Nel numero 7.3.2 è riportata una tabella sinottica delle fusioni permesse dal disegno di legge sulla fusione.

In dettaglio, l'articolo 4 ammette le fusioni seguenti⁵¹:

– Società di capitali (*cpv. 1*).

Le società anonime, le società in accomandita per azioni e le società a garanzia limitata dispongono del maggior numero di possibilità di fusione. Giusta il *capoverso 1*, tali società possono operare fusioni tra loro non soltanto qualora abbiano la stessa forma giuridica, ma anche qualora rivestano forme giuridiche differenti. Esse possono inoltre fondersi con una società cooperativa e assumere mediante fusione una società in nome collettivo, una società in accomandita o un'associazione.

Per contro, a dispetto di talune opinioni espresse in sede di consultazione, non è autorizzata l'assunzione mediante fusione di una società di capitali ad opera di una società in nome collettivo, di una società in accomandita o di un'associazione. L'ammissione di tale fusione comporterebbe la soppressione del capitale della società trasferente, il che sarebbe fonte di problemi in relazione con la protezione dei creditori dato che una società di capitali non può disporre liberamente della parte del suo patrimonio corrispondente al capitale sociale; le società in nome collettivo, le società in accomandita e le associazioni non conoscono per contro una simile garanzia. L'ammissibilità dell'incorporazione di una società di capitali ad opera di una società in nome collettivo o di una società in accomandita consentirebbe di eludere le norme concernenti la liquidazione delle persone giuridiche⁵². Invece di liquidare la società, a seconda delle circostanze potrebbe risultare vantaggioso per la società stessa, benché dannoso per i creditori, procedere direttamente alla cancellazione della società a causa della fusione (cfr. l'art. 3 cpv. 2). Tale rischio è concreto e può essere scongiurato soltanto con grande difficoltà mediante misure supplementari di protezione dei creditori.

Se l'assunzione mediante fusione di una società di capitali ad opera di una società in nome collettivo, di una società in accomandita o di un'associazione non è ammessa, queste tre forme giuridiche possono tuttavia acquisire l'insieme del patrimonio di una società di capitali mediante un trasferimento di patrimonio ai sensi dell'articolo 69. Tale operazione si distingue dalla fusione per il fatto che si limita a disciplinare unicamente gli aspetti patrimo-

⁵¹ Le fusioni permesse in virtù degli articoli 78, 88 e 99 sono analizzate più diffusamente nel commento relativo a tali articoli.

⁵² Cfr. gli art. 739 segg. CO, applicabili direttamente o mediante rinvio alla società anonima, alla società in accomandita per azioni (art. 770 cpv. 2 CO), alla società a garanzia limitata (art. 823 CO), alla società cooperativa (art. 913 CO) e all'associazione (art. 58 segg. CC).

niali del trasferimento (senza curarsi della continuità del societariato) e che l'insieme delle norme legali concernenti lo scioglimento e la liquidazione della società di capitali vanno rispettate. Essa consente nondimeno di conseguire un risultato che, quantomeno da un punto di vista economico, si avvicina a quello di una fusione.

- Società in nome collettivo e società in accomandita (*cpv. 2*).
In virtù del *capoverso 2*, queste due forme di società possono operare una fusione con altre società in nome collettivo o in accomandita, o anche essere assunte da una società di capitali o una società cooperativa. È per contro esclusa l'operazione inversa, ossia l'assunzione di una società di capitali o di una società cooperativa da parte di una società in nome collettivo o in accomandita (in merito, cfr. il commento al *cpv. 1*)⁵³.
- Società cooperative (*cpv. 3*).
Giusta il *capoverso 3*, le società cooperative possono operare fusioni tra loro o con una società di capitali. Possono inoltre operare una fusione, quali società assuntrici, con una società in nome collettivo, una società in accomandita o un'associazione. Una società cooperativa senza quote sociali può inoltre essere assunta da un'associazione. Per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, è tuttavia necessario a tal fine che l'associazione assuntrice sia iscritta nel registro di commercio al momento della fusione. L'assunzione mediante fusione di una società cooperativa ad opera di un'associazione è per contro esclusa qualora la società cooperativa disponga di un capitale sociale⁵⁴. Tale capitale non può infatti essere trasposto in un'associazione.

In linea di principio, l'assunzione mediante fusione di una società anonima da parte di una società cooperativa non può essere esclusa. In considerazione della situazione totalmente differente dei soci nell'ambito delle due forme di società e poiché i vecchi azionisti sarebbero tenuti a prestazioni espressamente escluse dal diritto della società anonima (art. 680 CO), è tuttavia richiesta l'approvazione di tutti gli azionisti (art. 18 *cpv. 1* lett. b)⁵⁵. Ciò vale ugualmente in caso di assunzione di una società in accomandita per azioni o di una società a garanzia limitata da parte di una società cooperativa.

Anche l'assunzione mediante fusione di una società cooperativa da parte di una società di capitali pone problemi derivanti dalle differenze strutturali di tali due forme giuridiche. Sussistono, al massimo, determinati punti di contatto quando la società cooperativa dispone di un capitale sociale. Si potrebbe pertanto immaginare di permettere l'incorporazione di una società cooperativa da parte di una società di capitali soltanto in tale ipotesi. Ciò restringerebbe tuttavia eccessivamente le possibilità per le società cooperative di modificare la loro struttura; sarebbe così esclusa la fusione di una so-

⁵³ Va rilevato che se il diritto francese permette la fusione tra una società anonima e una società di persone (quale soggetto assuntore), ciò è dovuto al fatto che le società in nome collettivo e in accomandita sono dotate, secondo tale ordinamento giuridico, di piena personalità giuridica (cfr. l'art. 1842 del Code des sociétés, Code civil).

⁵⁴ In tal caso, prima della fusione la società cooperativa dovrà azzerare il suo capitale sociale.

⁵⁵ Si veda anche l'art. 784 *cpv. 3* CO, secondo il quale occorre l'unanimità per le deliberazioni sociali che implicano un aumento delle prestazioni o un'estensione della responsabilità dei soci.

cietà cooperativa di assicurazioni senza capitale sociale con una società anonima di assicurazioni. L'assunzione mediante fusione di una società cooperativa da parte di una società di capitali è quindi ammessa dal disegno.

– Associazioni (cpv. 4).

Le associazioni possono operare fusioni tra loro oppure essere assunte da una società di capitali⁵⁶ o da una società cooperativa. L'incorporazione di una società cooperativa da parte di un'associazione è inoltre prevista alla condizione che la società cooperativa non disponga di un capitale sociale; lo statuto dei soci titolari di quote sociali non può infatti essere trasposto in seno a un'associazione senza subire modifiche. L'assunzione di un'associazione da parte di una società cooperativa è per contro possibile a prescindere dal fatto che quest'ultima disponga o meno di un capitale sociale.

Se la fusione tra associazioni è ammessa senza restrizioni, la fusione di un'associazione con una società di diversa forma giuridica soggiace alla condizione che l'associazione sia iscritta nel registro di commercio. Tale esigenza si giustifica per motivi di trasparenza e di certezza del diritto. L'iscrizione nel registro di commercio garantisce in particolare che l'associazione abbia acquisito validamente la personalità giuridica. Se del caso, un'associazione che intende partecipare a una fusione dovrà quindi previamente farsi iscrivere nel registro di commercio.

Per quanto concerne la fusione tra associazioni, va precisato che, rispetto agli altri casi di fusione, la procedura è semplificata. Le associazioni che prendono parte a una fusione possono in particolare rinunciare all'allestimento di un rapporto di fusione (art. 14 cpv. 5) e alla verifica del contratto di fusione da parte di un revisore (art. 15 cpv. 1). La decisione di fusione non deve essere oggetto né di atto pubblico (art. 20 cpv. 2), né di un'iscrizione nel registro di commercio, quantomeno qualora le associazioni in causa non vi siano iscritte (art. 21 cpv. 4). Se le associazioni che partecipano alla fusione sono iscritte nel registro di commercio, la fusione va allora obbligatoriamente iscritta e produrrà effetto soltanto a partire dall'iscrizione e dalla debita pubblicazione (art. 22). Norme speciali tengono inoltre conto delle particolarità delle associazioni (art. 13 cpv. 2, 16 cpv. 4, 19 e 22 cpv. 2)⁵⁷.

Art. 5 Fusione di una società in liquidazione

Il *capoverso 1* ricalca il contenuto dell'articolo 3 paragrafo 2 della terza direttiva europea. Una società in liquidazione può partecipare a una fusione prevista dall'articolo 4 se sono soddisfatte le due condizioni seguenti:

- la società in liquidazione assolve il ruolo di società trasferente, e
- non ha ancora avuto inizio la distribuzione degli attivi tra i soci.

⁵⁶ Tale operazione è già oggi tollerata dalle autorità del registro di commercio. Per maggiori dettagli in merito, cfr. Die Praxis des EHRA, in: REPRAX, Revue pour le registre du commerce, 1/99, pag. 47 segg.

⁵⁷ Tali particolarità derivano principalmente dal fine ideale (non economico) perseguito dall'associazione e dall'iscrizione facoltativa nel registro di commercio.

Le due condizioni sono cumulative. Ne consegue che una società in liquidazione non può assumere mediante fusione un'altra società, neppure se anche quest'ultima è in liquidazione. Una simile operazione sarebbe d'altronde in aperto contrasto con lo scopo di una società in liquidazione⁵⁸. Di contro, una società in liquidazione può, in un primo tempo e a determinate condizioni, revocare lo scioglimento⁵⁹ e procedere in seguito all'assunzione mediante fusione di un'altra società.

Il disegno permette la fusione di una società in liquidazione sino al momento della ripartizione dei suoi attivi, vale a dire addirittura quando le operazioni di liquidazione hanno già avuto inizio (a tal proposito sembra esservi stato un malinteso in occasione della procedura di consultazione). Il momento determinante ai fini della ripartizione del patrimonio coincide con il criterio stabilito dal Tribunale federale affinché la società possa revocare la decisione di scioglimento (DTF 123 III 473); l'assunzione di una società in liquidazione da parte di un'altra società comporta sempre, infatti, la revoca della liquidazione. Una volta ripartito il patrimonio tra i soci, i presupposti della fusione (propriamente detta) non sono più adempiuti in quanto la continuità del patrimonio e quella del societariato non possono più essere garantite. Dopo che ha avuto inizio la ripartizione del patrimonio, il trasferimento *uno actu* degli attivi e dei passivi residui può essere realizzato mediante l'istituto giuridico del trasferimento di patrimonio (art. 69 segg.).

Il campo d'applicazione di tale disposizione è chiaramente ristretto ai casi in cui la liquidazione della società deriva da una decisione di scioglimento adottata dall'assemblea generale. Se lo scioglimento è deciso dal giudice o da qualsiasi altra autorità⁶⁰, va da sé che la decisione di fusione non dipende soltanto dalla volontà della società.

Il *capoverso 2* prevede che l'organo superiore di direzione e di amministrazione (in merito alla definizione di tale nozione, cfr. il commento all'art. 12) deve trasmettere all'ufficiale del registro di commercio un attestato secondo il quale la ripartizione del patrimonio tra i soci non ha ancora avuto inizio. L'esigenza di tale attestato si giustifica a causa del fatto che l'ufficiale non è in grado di verificare il rispetto della condizione di cui al *capoverso 1*.

Art. 6 Fusione di società in caso di perdita di capitale o di eccedenza di debiti

All'atto pratico accade spesso che una fusione abbia luogo per evitare l'adozione di misure di esecuzione forzata nei confronti di una delle società che vi prendono parte. Si parla in tal caso di «fusione di risanamento». Tale operazione è frequente segnatamente se le società partecipanti alla fusione sono dirette dalla stessa persona o ap-

⁵⁸ Lo scioglimento ha per effetto di modificare lo scopo della società, limitandolo alla liquidazione; cfr. art. 739 cpv. 2 CO; in merito, cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed., Zurigo 1996, n. 1955q; ANDRÉ CUENDET, *La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion*, tesi Losanna 1974, pag. 37; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, § 55 n. 153, § 57 n. 58 segg., in particolare n. 60.

⁵⁹ Cfr. DTF 123 III 473 in particolare pag. 482 segg.

⁶⁰ Cfr. segnatamente gli articoli 625 cpv. 2, 708 cpv. 4 e 736 numeri 3 e 4 CO; articoli 86 e 88a dell'ordinanza del 7 giugno 1937 sul registro di commercio, ORC; RS 221.411; art. 23quinquies cpv. 2 LBCR; art. 36 della legge federale del 24 marzo 1995 sulle borse e il commercio di valori mobiliari (LBVM; RS 954.1).

partengono allo stesso gruppo di società. Secondo il diritto vigente, la questione dell'ammissibilità sembra essere controversa⁶¹.

Se la fusione di risanamento può permettere il «salvataggio» di una società, bisogna parimenti riconoscere ch'essa può anche mettere in pericolo le pretese dei creditori. Alla luce dei rischi derivanti da una fusione di risanamento, sarebbe ipotizzabile la possibilità di un divieto di principio. Un simile divieto impedirebbe tuttavia le fusioni che, in virtù delle circostanze, sarebbero perfettamente ragionevoli. È il caso ad esempio di una società con eccedenza di debiti le cui prospettive di sviluppo sono favorevoli.

Se le società partecipanti alla fusione presentano un'eccedenza di attivi, la fusione non compromette in linea di principio le pretese dei creditori. In tale contesto, il sistema di protezione dei creditori previsto dal disegno si muove con cautela; nell'interesse di un rapido svolgimento della fusione, la protezione dei creditori interviene soltanto una volta che la fusione acquisisce validità giuridica (protezione posteriore alla fusione; cfr. art. 25). Tale disciplinamento è tuttavia inadeguato e insufficiente in caso di fusione di risanamento; esso è giustificato soltanto a condizione che per tali casi siano previste norme di protezione specifiche, in assenza delle quali sarebbe necessario rafforzare le disposizioni generali concernenti la protezione dei creditori in caso di fusione.

Il disegno ammette la fusione di risanamento qualora siano cumulativamente soddisfatte due condizioni qualificate: le società trasferenti o assuntrici il cui capitale azionario o il capitale sociale e le riserve legali non sono più coperte a metà o che si trovano in situazione di eccedenza di debiti, possono partecipare a una fusione soltanto se le altre società dispongono di fondi propri liberamente disponibili pari allo scoperto e, se del caso, all'eccedenza di debiti. L'ammontare totale delle perdite di capitale e dell'eccedenza di debiti delle società partecipanti alla fusione deve pertanto essere coperto dall'importo totale dei fondi propri liberamente disponibili delle altre società contraenti. La fusione di due società con eccedenza di debiti è quindi in ogni caso esclusa.

Questa soluzione non lede gli interessi dei creditori di società sane dal profilo finanziario poiché, al contrario dei fondi propri vincolati, i fondi propri liberamente disponibili non fungono da garanzia nei confronti dei creditori.

L'articolo 6 fa suoi i criteri definiti dal legislatore nell'articolo 725 capoverso 2 CO in materia di perdita di capitale e di eccedenza di debiti di società anonime. Tale disposizione si applica per analogia alle società prive di capitale sociale unicamente in caso di eccedenza di debiti; le condizioni della perdita di capitale non possono infatti essere soddisfatte.

Va rilevato che l'articolo 6 non dispensa in alcun caso gli organi della società dall'avvisare il giudice in caso di eccedenza dei debiti (art. 725, 725a, 817 e 903 CO). Se la fusione permette di sperare in un risanamento ai sensi dell'articolo 725a capoverso 1 CO, è possibile chiedere un differimento della dichiarazione di fallimento.

⁶¹ Cfr. in particolare PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2ª ed., Zurigo 1996, n. 294f; di altra opinione: MANFRED KÜNG, *Fusion mit Passivenüberschuss, Treuhand und Praxis* 3/1991, pag. 154 segg.; CLEMENS MEISTERHANS, *Zur Absorptionsfusion mit Passivenüberschuss*, *Annuaire du registre du commerce* 1995, pag. 117 segg.

Il risanamento di una società mediante una fusione può essere condotto a buon fine a prescindere dalla posizione della società che necessita del risanamento (sia essa società trasferente o assuntrice). In questo senso, l'articolo 6 è concepito in modo paritario.

Anche se le condizioni qualificate della fusione di risanamento sono soddisfatte, va da sé che le disposizioni generali sulla protezione dei creditori (art. 25 e 26) permangono applicabili.

La fusione di risanamento comporta rischi non soltanto per i creditori, ma anche per i soci minoritari. La fusione con una società che ha subito una perdita di capitale o che presenta un'eccedenza di debiti può infatti implicare una diminuzione dell'importo delle riserve delle altre società partecipanti alla fusione, il che porta di conseguenza alla diminuzione del valore delle loro quote sociali.

L'ammissibilità della fusione di risanamento non dispensa dal garantire ai soci della società sciolta la continuità del loro societariato (art. 7 e 8). Se il capitale della società assuntrice va aumentato a tal fine, esso non può essere liberato mediante il patrimonio della società con eccedenza di debiti. All'atto pratico, siffatte fusioni di risanamento concernono principalmente fusioni tra società madre e filiale o tra società consorelle; l'aumento del capitale della società assuntrice non è in tal caso necessario (cfr. art. 23 segg.).

Alla luce dei rischi derivanti dalla fusione di risanamento, l'organo superiore di direzione o di amministrazione della società deve presentare all'ufficio del registro di commercio un attestato secondo il quale le condizioni legali (art. 6 cpv. 1) sono adempiute.

2.1.2.2 Sezione 2: Quote sociali e diritti societari

Art. 7 Salvaguardia delle quote sociali e dei diritti societari

Il principio della continuità del societariato costituisce una delle caratteristiche essenziali della fusione⁶². I soci della società trasferente devono divenire soci della società assuntrice. La fusione non può interrompere il societariato dei soci della società trasferente: i diritti dei membri attivi, passivi e onorari (senza diritto di voto) di un'associazione incorporata da un'altra associazione vanno quindi salvaguardati dall'associazione assuntrice. Il principio della continuità del societariato prevede tuttavia un'eccezione importante: secondo l'articolo 8, il contratto di fusione può prevedere, per i soci della società trasferente, un diritto d'opzione tra la continuità del societariato e un'indennità. La fusione può addirittura compiersi unicamente dietro versamento di un'indennità. In tal caso, la fusione va tuttavia approvata dal

⁶² In merito a tale principio secondo il diritto vigente, cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed., Zurigo 1996, n. 294b; ANDRÉ CUENDET, *La fusion par absorption*, in particolare il contratto di fusione, tesi Losanna 1974, pag. 40 segg.; BURKHARD K. GANTENBEIN, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, tesi Friburgo 1995, pag. 37 segg., 41; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, § 57 n. 11; HENRY PETER, *La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière*, *La Semaine Judiciaire* 1999 II, pag. 101 segg., in particolare pag. 120; RUDOLF TSCHÄNI, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basilea e Francoforte sul Meno 1994, art. 748 n. 19 segg..

90 per cento dei soci della società trasferente, conformemente a quanto disposto dall'articolo 18 capoverso 5.

Giusta la *capoverso 1*, i soci della società trasferente hanno diritto a quote sociali o a diritti societari corrispondenti alle loro quote o ai loro diritti anteriori, tenuto conto del patrimonio delle società partecipanti alla fusione, della ripartizione dei diritti di voto e di qualsiasi altra circostanza rilevante. La nozione di quota sociale designa i diritti e gli obblighi sociali incorporati in una quota, ossia le azioni, i buoni di partecipazione, i buoni di godimento, le quote sociali della società a garanzia limitata e della società cooperativa. Il societariato (diritti e obblighi dei soci) non incorporato in una quota sociale rientra nella nozione di diritti societari. I capoversi 2-6 precisano il principio generale di cui al capoverso 1.

Il *capoverso 1* enumera i criteri preposti alla determinazione del rapporto di scambio delle quote sociali e all'attribuzione di diritti societari. Secondo tale disposizione, le quote e i diritti societari spettanti ai soci della società trasferente vanno determinati principalmente in funzione del patrimonio delle società partecipanti alla fusione e della ripartizione dei diritti di voto. Il valore dei patrimoni della società costituisce indubbiamente il criterio determinante, quantomeno in caso di fusione tra società di capitali⁶³. Per poter raffrontare il valore dei patrimoni delle società che partecipano alla fusione, occorre procedere a una stima degli stessi all'interno di un bilancio di fusione (cfr. l'art. 11). La nozione di ripartizione dei diritti di voto consente di tenere conto delle eventuali differenze tra i soci delle società partecipanti alla fusione quanto al nesso tra la loro partecipazione finanziaria e i loro diritti di voto. Ciascuno dei soci di società cooperative con capitale sociale, ad esempio, ha un voto (art. 885 CO), ma il numero delle quote sociali sottoscritte può variare considerevolmente da un socio all'altro (art. 853 cpv. 2 CO). In caso di fusione di una siffatta società cooperativa con una società anonima, è necessario trovare un nuovo equilibrio tra la partecipazione finanziaria e i diritti di voto.

Il *capoverso 1* prevede inoltre una riserva a favore di ogni altra circostanza rilevante suscettibile di essere presa in considerazione per la determinazione del rapporto di scambio. Tra le circostanze rilevanti vi sono le prospettive di sviluppo delle aziende partecipanti alla fusione, segnatamente alla luce delle sinergie prodotte da quest'ultima. Le società partecipanti alla fusione dispongono dunque di un certo margine discrezionale nel determinare il rapporto di scambio. Quest'ultimo è di norma oggetto di negoziati tra le società interessate, nel corso dei quali si prendono in considerazione anche elementi soggettivi e difficilmente percettibili. In ogni caso, il rapporto di scambio delle quote sociali o i diritti societari attribuiti non possono essere stabiliti arbitrariamente, ma necessitano di una spiegazione nell'ambito del rapporto di fusione (art. 14 cpv. 3 lett. c). Il rapporto di scambio delle quote sociali e il metodo utilizzato per determinarlo sono inoltre verificati dal revisore (art. 15 cpv. 4 lett. b).

⁶³ A tal proposito, cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed., Zurigo 1996, n. 2940 - 295c.

All'atto pratico, è spesso necessario equilibrare il rapporto di scambio delle quote sociali mediante un conguaglio pecuniario o in natura⁶⁴. Tale possibilità, tollerata dal diritto vigente, è espressamente disciplinata dal *capoverso* 2. Affinché la continuità del societariato non sia privata del suo significato, l'ammontare del conguaglio non deve eccedere un decimo del valore reale delle quote sociali attribuite. Anche la terza direttiva europea (art. 3 par. 1) ammette la correzione del rapporto di scambio, limitandola tuttavia al decimo del valore nominale delle azioni attribuite. Una limitazione fondata sul valore nominale è però inadeguata nella misura in cui soltanto il valore reale delle quote sociali è determinante ai fini del rapporto di scambio. Il conguaglio può di conseguenza basarsi soltanto su una percentuale del valore reale, poiché altrimenti una società anonima le cui azioni hanno un valore nominale di 20 franchi e un valore reale di 600 franchi potrebbe concedere soltanto un conguaglio di 2 franchi al massimo, palesemente insufficiente a equilibrare il rapporto di scambio. Il valore reale delle quote sociali al momento della conclusione del contratto di fusione è determinante ai fini del calcolo dell'importo del conguaglio ammesso. Secondo l'articolo 13 *capoverso* 1 lettera b, il contratto di fusione deve indicare l'importo dell'eventuale conguaglio.

Giusta il *capoverso* 3, i soci privi di quote sociali hanno diritto almeno a una quota in caso di assunzione della loro società ad opera di una società di capitali. Il campo d'applicazione di tale disposizione è ristretto alle fusioni in occasione delle quali una società senza capitale sociale (società in nome collettivo, società in accomandita, società cooperativa senza capitale sociale o associazione) è assunta da una società di capitali (art. 4 cpv. 1 lett. b–d). Tale disposizione si attiene al postulato generale del principio della continuità del societariato. Non è quindi possibile, in particolare, offrire soltanto un diritto di sottoscrizione preferenziale ai membri di un'associazione incorporata da una società anonima. Ai membri dell'associazione va attribuita almeno un'azione a testa. Il contratto di fusione non può prevedere che i membri dell'associazione siano tenuti a liberare personalmente le azioni loro attribuite nell'ambito di una fusione. Una simile imposizione sarebbe infatti in contrasto con il principio della continuità del societariato. Non è per contro escluso che la società assuntrice liberi le azioni mediante fondi propri liberamente disponibili, qualora il patrimonio della società trasferente non sia sufficiente a liberare le azioni emesse⁶⁵.

Il *capoverso* 4 stabilisce quali diritti vadano attribuiti ai titolari di quote sociali senza diritto di voto e ai titolari di buoni di partecipazione. A costoro vanno attribuiti diritti almeno equivalenti. Il disegno prevede espressamente che essi possano ricevere quote sociali conferenti diritto di voto. Tale proposta permette di semplificare la struttura del capitale in caso di fusione. L'attribuzione di quote sociali con diritto di

⁶⁴ Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed., Zurigo 1996, n. 295c; WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750 n. 57; ROBERT MEIER, *Barabgeltung bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurigo 1993, pag. 131 segg., in particolare 146; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, § 57 n. 99; RUDOLF TSCHÄNI, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basilea e Francoforte sul Meno 1994, art. 748 n. 20; FRANK VISCHER, *Einführung in das Fusionsgesetz*, *Revue de la société des juristes bernois* 1999 vol. 135^{bis}, pag. 24; ROLF WATTER, *Unternehmensübernahmen*, Zurigo 1991, pag. 301; DTF 108 Ib 451.

⁶⁵ Riguardo a tale possibilità secondo il diritto positivo, cfr. ROBERT MEIER, *Barabgeltung bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurigo 1993, pag. 145; REPRAX, *Revue du registre du commerce*, *Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister*, 1/99, pag. 49 e 51.

voto è inoltre necessaria nel caso in cui l'emissione di buoni di partecipazione non sia ammessa⁶⁶.

Il *capoverso 5* prevede che ai soci titolari di diritti speciali connessi con quote sociali o diritti societari, come ad esempio i titolari di azioni a diritto di voto privilegiato, devono essere riconosciuti diritti equivalenti o indennità adeguate per la perdita dei loro diritti speciali.

I diritti che vanno attribuiti ai titolari di buoni di godimento sono disciplinati dal *capoverso 6*. A costoro vanno conferiti diritti equivalenti oppure i buoni di godimento vanno riscattati al valore reale al momento della conclusione del contratto.

Se i diritti conferiti ai soci della società trasferente (quote sociali o diritti societari) non sono conformi alle esigenze di cui all'articolo 7, l'articolo 104 prevede che il soggetto giuridico assuntore può essere condannato al versamento di un conguaglio adeguato, senza tuttavia compromettere la validità giuridica della fusione. Va ugualmente precisato che, in linea di principio, l'articolo 7 non protegge i soci della società trasferente da modifiche del contenuto dei loro diritti e obblighi derivanti dalla fusione con una società di forma giuridica differente. Le modifiche importanti dello statuto giuridico dei soci sono tuttavia prese in considerazione nell'ambito della maggioranza richiesta per la decisione di fusione (cfr. art. 18 e il commento a tale disposizione). L'assunzione di una società anonima ad opera di una società cooperativa va ad esempio approvata da tutti gli azionisti, poiché la fusione implica che i voti saranno computati *pro capite* e consente di introdurre un obbligo di effettuare versamenti supplementari.

Art. 8 Indennità

Il disegno parte dal presupposto che il diritto alla continuità del societariato non possa essere soppresso contro la volontà dei soci (art. 7). La fusione non permette quindi in alcun caso di escludere semplicemente un socio dalla società. Il *capoverso 1* prevede tuttavia che le società partecipanti alla fusione possano offrire ai soci della società trasferente un diritto d'opzione tra la continuità del societariato e un'indennità⁶⁷. Mediante l'esercizio di tale diritto formatore, essi possono scegliere di diventare soci della società assuntrice oppure di lasciare la società trasferente al momento della fusione contro attribuzione di un'indennità. Benché la terza direttiva europea non preveda tale opzione, occorre partire dal principio che tale soluzione rientri nel margine di manovra previsto per la trasposizione del diritto comunitario nel diritto nazionale. A seconda delle circostanze, il versamento di un'indennità può essere vantaggioso tanto per la società assuntrice, quanto per i soci della società trasferente.

Il *capoverso 2* prevede la possibilità di rinunciare completamente all'attribuzione di quote sociali e diritti societari e di prevedere unicamente il versamento di un'indennità ai soci della società trasferente. In tal caso, conformemente all'articolo 18 *capoverso 5*, il contratto di fusione deve essere approvato dal 90 per cento almeno dei soci della società trasferente aventi diritto di voto. Benché non sia richiesto il con-

⁶⁶ Cfr. art. 656b cpv. 1 CO.

⁶⁷ Giusta la dottrina maggioritaria, ai soci della società trasferente vanno obbligatoriamente attribuite quote sociali della società assuntrice; in merito, cfr. ROBERT MEIER, *Barabgelungen bei Fusionen*, in: *Festschrift Peter Forstmoser*, Zurigo 1993, pag. 131 segg., in particolare pag. 146 e gli autori citati; dello stesso autore, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, tesi Zurigo 1986, pag. 17. Di opinione contraria è ROLF WATTER, *Unternehmensübernahmen*, Zurigo 1990, pag. 301 segg., in particolare pag. 304.

senso di tutti i soci, l'attribuzione di un'indennità in luogo di quote sociali dovrebbe di norma favorire i soci minoritari o quantomeno non danneggiarli.

L'articolo 8 non fornisce precisazioni riguardo alla natura dell'indennità. Può trattarsi di qualsiasi prestazione patrimoniale, pecuniaria o in natura, ad eccezione naturalmente di quote sociali e diritti societari della società assuntrice. È dunque lecito ipotizzare che i soci della società trasferente siano indennizzati mediante quote sociali di un'altra società, realizzando così una sorta di fusione a tre («triangular merger»)⁶⁸. In alcuni casi, tale innovazione può rivelarsi particolarmente interessante, segnatamente quando la società assuntrice è la filiale di un'altra società (società madre). Se la filiale assume una società esterna al gruppo, ai soci di quest'ultima (società trasferente) possono essere attribuite quote sociali della società madre in luogo di quelle della filiale (società assuntrice).

Il risarcimento dei soci della società trasferente mediante un'indennità è uno dei casi legali di rimborso del capitale ai soci. Ciò non toglie che tale operazione possa privare la società del suo sostrato di capitale. Tale situazione arreca danno ai creditori; vanno pertanto osservate le condizioni generali previste dal diritto societario per la restituzione dei conferimenti ai soci. La società assuntrice deve in particolare disporre di fondi propri liberamente disponibili corrispondenti all'ammontare complessivo delle indennità.

Non è previsto alcun limite legale per l'importo dell'indennità. Le società partecipanti alla fusione dispongono a tal fine di un ampio margine di manovra. L'articolo 104 autorizza i soci eventualmente lesi da un indennizzo che ritengono insufficiente ad adire il giudice affinché fissi un conguaglio adeguato.

2.1.2.3 Sezione 3: Aumento del capitale, costituzione e bilancio intermedio

Art. 9 Aumento del capitale in caso di fusione mediante incorporazione

Fatto salvo il versamento di un'eventuale indennità ai sensi dell'articolo 8, la fusione ha sempre luogo contro attribuzione di quote sociali o diritti societari della società assuntrice ai soci della società trasferente. In caso di assunzione di una società ad opera di una società di capitali preesistente (fusione mediante incorporazione)⁶⁹, quest'ultima è tenuta, in virtù del *capoverso 1*, ad aumentare il suo capitale nella misura necessaria alla salvaguardia dei diritti dei soci della società trasferente secondo l'articolo 7. L'importo esatto dell'aumento di capitale non dipende esclusivamente dal rapporto di scambio. Se la società di capitali assuntrice detiene già una parte delle proprie quote (cfr. gli art. 659 segg. e 807 CO) o delle quote della società trasferente, oppure se la società trasferente detiene già una parte delle proprie quote o delle quote della società assuntrice, si può rinunciare ad aumentare il capitale nella proporzione corrispondente. Salvo tali eccezioni, la società di capitali assuntrice deve imperativamente aumentare il suo capitale. L'aumento non mira infatti unicamente a garantire la continuità del societariato, ma anche a migliorare la protezione degli interessi dei creditori.

⁶⁸ In merito, cfr. ROLF WATTER, *Unternehmensübernahmen*, Zurigo 1991, pag. 304.

⁶⁹ Cfr. l'art. 10 in caso di fusione mediante combinazione.

L'importo nominale dell'aumento di capitale non deve essere superiore a quello del valore netto del patrimonio (gli attivi meno i fondi estranei) della società trasferente, poiché altrimenti i titoli sarebbero emessi al di sotto della parità⁷⁰.

Se il contratto di fusione prevede un diritto d'opzione tra la continuità del societariato e un'indennità (art. 8 cpv. 1), l'aumento autorizzato del capitale (art. 651 segg. CO) consente alla società anonima assuntrice di tenere conto dell'incertezza inerente all'importo esatto dell'aumento richiesto dalla fusione. Il *capoverso 2* prevede che l'articolo 651 capoverso 2 CO, il quale limita l'importo massimo dell'aumento di capitale alla metà del capitale azionario, non sia applicabile nell'ambito di un aumento di capitale a seguito di fusione; tale disposizione non può pertanto limitare indirettamente la facoltà di prevedere un diritto d'opzione tra un'indennità e quote sociali.

Il *capoverso 2* prevede inoltre espressamente che le disposizioni del CO concernenti i conferimenti in natura (cfr. in particolare gli art. 634, 635 e 635a CO) non si applichino nell'ambito della fusione. Le nuove disposizioni del disegno di legge sulla fusione, segnatamente quelle concernenti il rapporto di fusione e la verifica del contratto di fusione (art. 14 seg.), rendono superflua l'applicazione delle norme concernenti i conferimenti in natura.

Art. 10 Costituzione di una nuova società in caso di fusione mediante combinazione

In caso di fusione mediante combinazione, i patrimoni attivi e passivi delle società partecipanti alla fusione sono trasferiti a una nuova società costituita nel contesto dell'operazione di fusione. L'articolo 10 precisa che la costituzione di tale nuova società soggiace alle norme ordinarie del CC e del CO. Non si applicano tuttavia né le prescrizioni relative ai conferimenti in natura, né le disposizioni concernenti il numero di promotori necessario alla costituzione di società di capitali (art. 625 e 775 CO). La fusione mediante combinazione di due società unipersonali in una società unipersonale (società anonima o società a garanzia limitata) è quindi possibile. La costituzione di società cooperative necessita per contro di almeno sette promotori (art. 831 cpv. 1 CO). Una società cooperativa unipersonale non può infatti perseguire uno scopo cooperativo ai sensi dell'articolo 828 CO (non può esservi azione comune). Analogamente, non sono concepibili neppure una società in nome collettivo unipersonale o una società in accomandita unipersonale.

Art. 11 Bilancio intermedio

Nell'ambito della determinazione del rapporto di scambio di cui all'articolo 7, il bilancio delle società svolge un ruolo determinante ai fini della stima dei patrimoni di queste ultime. Alla luce del ruolo primario assolto dal bilancio, è indispensabile che quest'ultimo sia attuale al momento della conclusione del contratto di fusione. Onde garantire tale attualità, l'*articolo 11* prevede l'obbligo di stabilire un bilancio intermedio in due situazioni:

- quando l'ultimo conto annuale si riferisce a un esercizio conclusosi oltre sei mesi⁷¹ prima della conclusione del contratto di fusione, e

⁷⁰ In generale quanto a questo tema, cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed., Zuricho 1996, n. 294f; RUDOLF TSCHÄNI, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basilea e Francoforte sul Meno 1994, art. 748 n. 20.

⁷¹ In sede di consultazione, alcune organizzazioni hanno proposto di portare tale termine da 6 a 9 mesi. La proposta non è stata accolta in quanto costituirebbe una divergenza ulteriore rispetto alle disposizioni dell'Unione europea e degli Stati limitrofi.

- quando, dopo la chiusura dell'ultimo bilancio, sono intervenuti cambiamenti importanti nel patrimonio della società.

L'obbligo di stilare un bilancio intermedio qualora l'ultimo bilancio sia stato allestito oltre sei mesi prima è previsto dalla terza direttiva europea (art. 11). La seconda ipotesi in cui va stabilito un bilancio intermedio concerne le situazioni in cui cambiamenti importanti si sono verificati nel patrimonio societario. Ciò accade segnatamente quando, anteriormente alla fusione di una società cooperativa, numerosi soci recedono dalla società (art. 842 CO) e chiedono il rimborso dei loro certificati di quota (art. 864 CO), provocando un'importante diminuzione del capitale sociale.

Il campo d'applicazione di tale disposizione è ovviamente ristretto alle società assoggettate all'obbligo di tenere una contabilità in virtù dell'articolo 957 CO, vale a dire alle società che hanno l'obbligo di far iscrivere la propria ditta nel registro di commercio. Le società che non hanno l'obbligo di farsi iscrivere o che sono iscritte senza esservi tenute non sono per contro obbligate a tenere una contabilità⁷². È il caso delle associazioni che non esercitano uno stabilimento d'indole commerciale (art. 61 cpv. 2 CC). Dato che non devono allestire un conto annuale, tali associazioni non rientrano ovviamente nel campo d'applicazione dell'articolo 11.

2.1.2.4 Sezione 4: Contratto di fusione, rapporto di fusione e verifica

Art. 12 Conclusione del contratto di fusione

L'*articolo 12* stabilisce norme relative alla competenza a concludere il contratto di fusione (cpv. 1), come pure alla forma di quest'ultimo e all'approvazione ad opera dell'assemblea generale (cpv. 2).

Giusta il *capoverso 1*, il contratto di fusione deve essere concluso dagli organi superiori di direzione o di amministrazione delle società partecipanti alla fusione. La nozione di organo superiore di direzione o di amministrazione è stata scelta al fine di tenere conto della differente struttura organizzativa delle varie forme giuridiche. La competenza spetta così agli organi seguenti:

Società anonima	Consiglio d'amministrazione (art. 707 segg., art. 765 CO)
Società in accomandita per azioni	
Società a garanzia limitata	Gerenti (art. 811 segg. CO)
Società cooperativa	Amministrazione (art. 894 segg. CO)
Società in nome collettivo	Soci con responsabilità illimitata (art. 535, 557 e 599 CO)
Società in accomandita	(salvo disposizione contrattuale contraria)
Associazione	Direzione (art. 69 CC)

Nell'ambito della consultazione, alcune organizzazioni hanno auspicato che anche organi subordinati all'organo di direzione o di amministrazione possano concludere un contratto di fusione (ad es. la direzione di una società anonima). Benché possano essere coinvolti nella procedura di fusione, segnatamente mediante la partecipazione

⁷² DTF 79 I 57.

ai negoziati e alla redazione del contratto di fusione, tali organi debbono tuttavia agire sulla base di un mandato dell'organo superiore di direzione o di amministrazione. La fusione non è infatti un'operazione banale, ma una decisione strategica di spettanza della direzione superiore della società⁷³. Essa modifica profondamente la struttura e l'organizzazione della società, portando addirittura alla cancellazione delle società trasferenti dal registro di commercio. È perciò necessario che l'organo superiore di direzione o di amministrazione si pronuncii formalmente in merito al contratto di fusione⁷⁴.

La firma vera e propria del contratto di fusione spetta a una persona abilitata a rappresentare la società (o a più persone abilitate alla rappresentanza collettiva). Tale persona sarà di norma un membro dell'organo superiore di direzione o di amministrazione. È inoltre lecito ipotizzare che un terzo firmi il contratto per conto della società in virtù di una delega dell'organo superiore di direzione o di amministrazione⁷⁵.

Il capoverso 2 dispone che il contratto di fusione rivesta la forma scritta. Tale forma è richiesta anche nel caso in cui la fusione comporti il trasferimento di fondi. La decisione di fusione presa dall'assemblea generale deve per contro essere oggetto di atto pubblico (art. 20), salvo in caso di fusione tra associazioni.

Sempre secondo il capoverso 2, il contratto di fusione va approvato dalle assemblee generali⁷⁶ delle società partecipanti alla fusione; dato che le società in nome collettivo e le società in accomandita non dispongono di un organo analogo all'assemblea generale, la fusione va approvata da tutti i soci. L'articolo 18 disciplina le esigenze di maggioranza relative all'approvazione del contratto di fusione. Gli organi superiori di direzione o di amministrazione possono rinunciare a sottoporre il contratto di fusione all'approvazione dell'assemblea generale in caso di fusione agevolata (art. 24 cpv. 1). A parte tale eccezione, il contratto di fusione concluso dagli organi superiori di direzione o di amministrazione soggiace a una condizione sospensiva, concernente la sua approvazione da parte dell'assemblea generale o dei soci.

Nell'ambito della procedura di consultazione, talune organizzazioni interessate hanno chiesto che la legge contempli la possibilità di modificare il contratto di fusione dopo la sua conclusione in senso stretto. Tale possibilità dovrebbe estendersi addirittura alle modifiche posteriori all'approvazione del contratto da parte delle assemblee generali delle società partecipanti alla fusione. Una simile norma dovrebbe in particolare permettere di adeguare il contratto di fusione alle esigenze poste da autorità amministrative (autorità del registro di commercio, autorità competenti in materia di cartelli, autorità fiscali, ecc.). Il disegno non dà seguito a tale proposta. In virtù del principio del parallelismo delle forme, ogni modifica del contratto di fusione deve seguire la stessa procedura di adozione da parte degli organi di tutte le società partecipanti alla fusione. Benché possa risultare vantaggiosa sul piano pratico, tale

⁷³ A titolo di paragone, cfr. l'elenco delle competenze inalienabili e irrevocabili del consiglio d'amministrazione della società anonima, di cui all'art. 716a CO.

⁷⁴ Per il diritto vigente, cfr. MARTIN STEHLI, *Aktionärschutz bei Fusionen*, tesi Zurigo 1975, pag. 66.

⁷⁵ Per il diritto vigente, in merito a tale tema, cfr. WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, art. 748 n. 38; ROBERT MEIER, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, tesi Zurigo, 1986, pag. 78; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^a ed. Berna 1998 § 24 n. 35; MARTIN STEHLI, *Aktionärschutz bei Fusionen*, tesi Zurigo 1975, pag. 27 e 66.

⁷⁶ In merito alla definizione della nozione di assemblea generale, cfr. l'art. 2 lett. h.

proposta costituirebbe un'ingerenza nelle competenze degli organi della società; sarebbe d'altronde del tutto atipica nell'ambito del diritto svizzero dei contratti e le sue conseguenze sarebbero difficilmente prevedibili.

Art. 13 Contenuto del contratto di fusione

Il diritto vigente non prevede norme particolari concernenti il contenuto del contratto di fusione. Soltanto l'articolo 748 numero 8 CO stabilisce che le azioni destinate a soddisfare gli azionisti della società sciolta sono loro consegnate «in conformità del contratto di fusione». La legge presuppone pertanto la necessità di un contratto di fusione.

Nel contratto di fusione, le società definiscono i principi applicabili all'operazione concreta di fusione. Come per ogni contratto, le parti devono accordarsi, perché il contratto sia obbligatorio, su un certo numero di punti essenziali⁷⁷. L'articolo 13 capoverso 1 enumera gli elementi oggettivamente essenziali. Le società che prendono parte alla fusione sono inoltre libere di vincolare la conclusione del contratto a un accordo su ulteriori questioni (elementi soggettivamente essenziali). L'articolo 13 non prevede dunque un elenco esaustivo degli elementi essenziali del contratto di fusione. Il contenuto minimo previsto dal disegno si ispira alla normativa europea (art. 5 della terza direttiva), adeguandola alle peculiarità del diritto svizzero. A tal proposito, vanno menzionate le lettere f (importo dell'indennità) e i (designazione dei soci illimitatamente responsabili).

Capoverso 1 lettera a: il contratto di fusione deve designare con precisione le società partecipanti alla fusione; vanno indicati la ditta o il nome (per le associazioni), la sede e la forma giuridica. In caso di fusione mediante combinazione, tali indicazioni concernono anche la società neocostituita.

Capoverso 1 lettere b - d: tali disposizioni concernono la continuità del societariato e le sue modalità. La lettera b va correlata con i capoversi 1-3 dell'articolo 7 e la lettera c con i capoversi 4-6 dello stesso articolo. Il contratto di fusione deve contenere indicazioni sul rapporto di scambio delle quote sociali (compreso l'importo dell'eventuale conguaglio), rispettivamente sui diritti societari dei soci della società trasferente in seno alla società assuntrice. Deve inoltre menzionare i diritti garantiti ai titolari di quote senza diritto di voto (buoni di partecipazione), di diritti speciali (quote sociali privilegiate o a diritto di voto privilegiato) e di buoni di godimento. La lettera d prevede che le modalità di scambio delle quote sociali facciano parte del contratto di fusione. Si tratta in particolare di determinare presso quale persona e a partire da quale momento i soci potranno scambiare le loro quote.

Capoverso 1 lettera e: il contratto di fusione deve indicare la data a decorrere da cui i soci della società trasferente hanno diritto di partecipare all'utile della società assuntrice, come pure tutte le particolari modalità di tale diritto.

⁷⁷ In merito agli elementi essenziali secondo il diritto positivo, cfr. segnatamente PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed. Zurigo 1996, n. 294c e 294d; WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, Art. 748 n. 47; BURKHARD K. GANTENBEIN, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, tesi Friburgo 1995, pag. 220; ROBERT MEIER, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, tesi Zurigo 1986, pag. 67; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^a ed. Berna 1998 § 24 n. 36; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, § 57 n. 69 - 79; RUDOLF TSCHÄNI, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basilea e Francoforte sul Meno 1994, art. 748 n. 24.

Capoverso 1 lettera f: in virtù dell'articolo 8, il principio della continuità del societariato può essere accantonato a favore del versamento di un'indennità ai soci della società trasferente. In tal caso, il contratto di fusione deve ovviamente indicare l'importo dell'indennità.

Capoverso 1 lettera g: tale disposizione consente alle società partecipanti a una fusione di conferire a quest'ultima effetto retroattivo, segnatamente per motivi di ordine contabile e fiscale. La retroattività esplica effetto soltanto tra le società partecipanti alla fusione; questa potrà essere opposta a terzi soltanto a partire dalla sua iscrizione nel registro di commercio, rispettivamente dalla sua pubblicazione nel Foglio ufficiale svizzero di commercio, conformemente agli articoli 22 LFus e 932 CO.

Capoverso 1 lettera h: il contratto di fusione menziona i vantaggi particolari concessi ai membri di un organo di direzione o di amministrazione, ai soci gerenti o ai revisori⁷⁸. In generale, simili vantaggi sono concessi alle persone che, nel contesto della fusione, hanno reso servizi particolari alle società. Conformemente alle disposizioni della terza direttiva europea (art. 5 par. 2 lett. g), il campo d'applicazione della *lettera h* include anche i revisori. Va precisato che l'attribuzione di vantaggi particolari ai revisori è comunque illecita in quanto inconciliabile con l'esigenza d'indipendenza del revisore (art. 727c CO). Il semplice fatto di menzionare tali vantaggi particolari nel contratto di fusione non è suscettibile di conferire loro liceità.

Capoverso 1 lettera i: in alcune forme di società, i soci assumono, in virtù della legge o dello statuto, una responsabilità personale illimitata per i debiti societari. Una siffatta responsabilità è imposta *ex lege* ai soci di società in nome collettivo (art. 552 e 568 CO) e di società in accomandita (art. 594 e 604 CO), ad eccezione degli accomandanti (art. 608 CO), come pure agli amministratori della società in accomandita per azioni (art. 764 cpv. 1 CO). Analogamente, lo statuto della società cooperativa può prevedere una responsabilità personale dei soci (art. 869 CO). Una soluzione identica è ipotizzabile anche nell'ambito del diritto delle associazioni (art. 71 CC). La fusione di una società i cui soci sono illimitatamente responsabili per i debiti societari può, a seconda della forma giuridica della società assuntrice, estendere la responsabilità dei soci ai debiti dell'altra società. In considerazione delle eventuali ripercussioni della fusione sulla responsabilità personale dei soci, il contratto di fusione deve designare i soci che assumono una responsabilità personale illimitata per i debiti societari.

Il *capoverso 2* prevede che le lettere c–f del *capoverso 1* non si applichino alla fusione tra associazioni. Tali disposizioni concernono principalmente il rapporto di scambio delle quote sociali e le sue modalità. Qualora la fusione tra associazioni non ponga difficoltà particolari quanto all'attribuzione di diritti ai membri dell'associazione trasferente, il contratto di fusione può prescindere da una parte rilevante del suo contenuto essenziale. Conformemente alla *lettera b*, esso deve tuttavia contenere indicazioni sul societariato (diritti e obblighi dei membri) in seno all'associazione assuntrice. La deroga di cui al *capoverso 2* concerne unicamente la fusione tra associazioni e non si applica alla fusione di un'associazione con una società di diversa forma giuridica (società di capitali o società cooperativa).

⁷⁸ Cfr. gli art. 627 n. 9 e 628 cpv. 3 CO, concernenti la concessione di vantaggi particolari in occasione della costituzione di una società anonima.

Art. 14 Rapporto di fusione

In sintonia con l'articolo 9 della terza direttiva europea, il *capoverso 1* prevede che gli organi superiori di direzione o di amministrazione delle società partecipanti alla fusione debbano elaborare un rapporto scritto che spieghi e giustifichi la fusione dal punto di vista economico e giuridico. Tale rapporto obbliga la società a fornire spiegazioni ai soci. Le società che prendono parte alla fusione possono redigere un rapporto distinto per ciascuna società o elaborare un rapporto comune.

In virtù del *capoverso 2*, le piccole e medie imprese (PMI)⁷⁹ possono rinunciare alla stesura di un rapporto di fusione qualora tutti i soci vi acconsentano⁸⁰. Spetta a ciascuna delle società partecipanti alla fusione decidere se intende rinunciare alla stesura del rapporto di fusione. Il consenso di tutti i soci è necessario a causa del ruolo svolto dal rapporto di fusione in materia di protezione dei soci minoritari. A seconda delle circostanze, la fusione può comportare un radicale mutamento dello statuto dei soci, sia che ciò accada mediante l'introduzione di nuovi diritti e obblighi per i soci, sia che ciò sia provocato da una nuova ripartizione dei diritti di voto. È pertanto essenziale che i soci siano informati in modo dettagliato sulle modifiche risultanti dalla fusione. In tal senso, il rapporto di fusione può influenzare considerevolmente la formazione della volontà dei soci.

Una seconda deroga è prevista dall'*articolo 14 capoverso 5* riguardo alla fusione tra associazioni, eccezion fatta per la fusione tra un'associazione e una società di diversa forma giuridica (cfr. l'art. 4 cpv. 4). Alla luce del diritto di dimettersi dall'associazione, di cui ciascun membro può avvalersi (art. 70 cpv. 2 CC⁸¹; art. 19), il bisogno di protezione è minimo e la deroga appare legittima.

In dettaglio, il rapporto di fusione deve contenere gli elementi seguenti:

Capoverso 3 lettera a: il rapporto informa in modo generale i soci in merito allo scopo e alle conseguenze della fusione. Si tratta ad esempio di fornire informazioni sui motivi che inducono le società a operare la fusione, sui mutamenti strutturali risultanti dalla fusione (ad es. ampliamento dello scopo sociale della società assuntrice) e sulle conseguenze economiche e di altra natura per le società partecipanti alla fusione.

Capoverso 3 lettera b: a seconda delle circostanze, il contratto di fusione può essere relativamente tecnico (cfr. l'art. 13). Il rapporto di fusione deve pertanto fornire ai soci le spiegazioni necessarie alla comprensione del contratto. A una parte di tali spiegazioni sono inoltre dedicate rubriche specifiche del rapporto (lett. c e d).

Capoverso 3 lettera c: gli organi superiori di direzione o di amministrazione delle società dispongono di un certo margine discrezionale nel determinare il rapporto di scambio delle quote sociali, compreso l'eventuale conguaglio; essi devono pertanto illustrare e giustificare il modo in cui è stato stabilito tale rapporto (compreso il conguaglio eventuale). Tali spiegazioni possono del resto rivestire importanza considerevole per i soci, in quanto permettono a questi ultimi di valutare se il societariato è salvaguardato in modo adeguato ai sensi dell'articolo 7. Spiegazioni convincenti

⁷⁹ Cfr. la definizione di tale nozione all'art. 2 lett. e.

⁸⁰ Tale agevolazione nei confronti delle PMI è in contrasto con le direttive europee, quantomeno nel caso in cui la PMI sia una società anonima.

⁸¹ Cfr. HANS-MICHAEL RIEMER, Die Vereine, Berner Kommentar 3/II, Berna 1990, Art. 70 n. 270 segg.

all'interno del rapporto di fusione dovrebbero permettere di limitare i casi di controllo giudiziario (cfr. l'art. 104).

Se la società assuntrice non possiede un capitale diviso in quote sociali, il rapporto di fusione deve giustificare l'attribuzione di diritti societari ai soci della società trasferente in seno alla società assuntrice. Se necessario, va illustrato il modo in cui ci si propone di salvaguardare lo statuto giuridico dei soci (in particolare in caso di fusione tra società di diversa forma giuridica).

Capoverso 3 lettera d: l'organo superiore di direzione o di amministrazione deve anche giustificare l'importo dell'indennità attribuita ai soci della società trasferente in luogo di quote sociali o diritti societari della società assuntrice (art. 8). Se i soci non hanno diritto d'opzione tra la continuità del societariato e il versamento di un'indennità (art. 8 cpv. 2), i motivi che hanno portato all'interruzione del societariato vanno parimenti esposti nel rapporto di fusione.

Capoverso 3 lettera e: in virtù dell'articolo 7, il rapporto di scambio delle quote sociali è determinato segnatamente in funzione del patrimonio delle società partecipanti alla fusione. Se la stima delle quote in vista della determinazione del rapporto di scambio presenta particolarità, queste ultime devono essere oggetto di un resoconto nel rapporto di fusione (cfr. anche l'art. 15 cpv. 4 lett. e).

Capoverso 3 lettera f: se la società assuntrice è una società di capitali, la continuità del societariato può essere garantita unicamente mediante l'attribuzione di quote sociali ai soci della società trasferente. In tal senso, l'articolo 9 prevede che, di norma, la società ha l'obbligo di aumentare il proprio capitale. L'importo dell'aumento di capitale può essere influenzato dal fatto che le società partecipanti alla fusione detengono una parte delle proprie quote o sono titolari di quote dell'una o dell'altra delle società che partecipano alla fusione. L'importo esatto dell'aumento di capitale non può quindi essere desunto dal rapporto di scambio delle quote sociali. È pertanto necessario prevedere una rubrica, nel rapporto di fusione, in cui si spiega e si giustifica l'importo dell'aumento di capitale richiesto dalla fusione.

Capoverso 3 lettera g: la fusione può comportare, per i soci della società trasferente, l'obbligo di effettuare versamenti suppletivi o di fornire altre prestazioni personali, ivi inclusa l'introduzione di una loro responsabilità personale. Siffatti obblighi possono risultare ad esempio dall'incorporazione di una società anonima ad opera di una società a garanzia limitata o di una società cooperativa. L'introduzione di tali obblighi modifica profondamente lo statuto dei soci e può svolgere un ruolo determinante nel contesto della formazione della volontà dei soci quanto alla fusione. Essi vanno pertanto informati correttamente circa gli obblighi o la responsabilità personale che possono essere chiamati ad assumere a seguito della fusione.

Capoverso 3 lettera h: la fusione tra società di forma giuridica diversa può essere sempre scomposta in una trasformazione della forma giuridica della società trasferente cui fa seguito una fusione tra società aventi la stessa forma giuridica. La trasformazione comporta invariabilmente la modifica dei diritti e degli obblighi dei soci. La fusione tra società di forma giuridica differente può quindi imporre nuovi obblighi ai soci della società trasferente. Giusta il capoverso 3 lettera g, il rapporto di fusione deve fornire spiegazioni in merito all'obbligo di effettuare versamenti suppletivi o di fornire altre prestazioni personali, inclusa la responsabilità personale (cfr. supra). È tuttavia possibile che una fusione tra società di forma giuridica diversa non modifichi direttamente gli obblighi dei soci della società trasferente, bensì che nuovi obblighi possano essere introdotti ulteriormente, il che non sarebbe stato

possibile nell'ambito della forma giuridica della società trasferente. Onde proteggere i soci, la lettera h prevede che, in caso di fusione tra società di forma giuridica diversa, il rapporto di fusione spieghi quali obblighi possono essere imposti ai soci della società trasferente in seno alla nuova forma giuridica della società assuntrice. In caso di incorporazione di un'associazione ad opera di una società cooperativa, ad esempio, i membri dell'associazione vanno informati degli obblighi derivanti dagli articoli 866 segg. CO (buona fede, obbligo eventuale di sottoscrivere quote sociali, eventuale responsabilità personale, per quanto lo statuto dell'associazione non l'abbia prevista, ecc.).

Capoverso 3 lettera i: la fusione può ripercuotersi sui lavoratori. Vi è senza dubbio un bisogno legittimo dei lavoratori stessi, ma anche dei soci, di conoscere gli effetti della fusione sull'impiego (trasferimento, soppressione o garanzia di posti di lavoro). Se il diritto dei lavoratori di essere informati è disciplinato dall'articolo 28 (che rimanda all'art. 333a CO), la lettera i prevede che il rapporto di fusione riferisca sulle ripercussioni della fusione sui lavoratori delle società partecipanti alla fusione, come pure sul contenuto di un eventuale piano sociale. Tale disposizione non introduce, nei confronti delle società, alcun obbligo di elaborare un piano sociale.

Capoverso 3 lettera j: la fusione, segnatamente quella tra società di diversa forma giuridica, può modificare il regime di responsabilità per i debiti societari. Se per esempio una società in nome collettivo è incorporata da una società a garanzia limitata, la responsabilità personale dei soci della società in nome collettivo non può essere mantenuta invariata in seno alla società a garanzia limitata (per i debiti societari sorti prima della pubblicazione della decisione di fusione; cfr. l'art. 26). La *lettera j* si propone di informare in merito alle ripercussioni della fusione sui creditori e, in particolare, a quelle derivanti dalla modifica del regime di responsabilità.

Capoverso 3 lettera k: la realizzazione di un'operazione di fusione può dipendere dal rilascio di un'autorizzazione amministrativa. In particolare, la Commissione della concorrenza (art. 10 cpv. 2 LCart) o la Commissione federale delle banche (art. LBCR; art. 10 cpv. 3 LCart) sono abilitate a pronunciarsi sull'ammissibilità di una fusione, sia sotto il profilo del diritto della concorrenza sia sotto quello del diritto bancario. L'assenza di tali autorizzazioni amministrative può, se del caso, bloccare la fusione. La *lettera k* prevede che indicazioni circa le autorizzazioni amministrative rilasciate o in procinto di esserlo facciano parte integrante del rapporto di fusione⁸².

In virtù del *capoverso 4*, il progetto di statuto della società nata da una fusione mediante combinazione va allegato al rapporto di fusione.

Art. 15 Verifica del contratto di fusione e del rapporto di fusione

Giusta il *capoverso 1*, le società partecipanti alla fusione devono far verificare da un revisore particolarmente qualificato il contratto di fusione, il rapporto di fusione e il bilancio su cui si basa la fusione. Il campo d'applicazione di tale disposizione soggiace tuttavia a una duplice limitazione:

- La verifica della fusione deve essere effettuata soltanto se la società assuntrice è una società di capitali o una società cooperativa che dispone di quote sociali (cpv. 1). Tale restrizione è legittimata dall'oggetto della verifica di

⁸² Per le fondazioni e gli istituti di previdenza, cfr. gli art. 83 e 95 quanto alla procedura d'approvazione dell'autorità di vigilanza o dell'UFAS.

cui al capoverso 4, il quale concerne principalmente le società che dispongono di quote sociali.

- Le piccole e medie imprese (PMI)⁸³ possono rinunciare alla verifica previo consenso di tutti i soci (cpv. 2)⁸⁴. In generale, l'intervento del revisore mira principalmente a garantire i diritti dei soci e, in particolare, dei soci minoritari. La rinuncia a tale misura di protezione necessita pertanto dell'assenso di tutti i soci. Come rilevato dal Gruppo di riflessione «Diritto societario», i soci minoritari di piccole società dipendono in misura particolare dalle norme destinate a proteggerli, in quanto è in questo tipo di aziende che si verificano spesso situazioni propizie agli abusi⁸⁵.

In virtù del *capoverso 4*, il risultato della verifica è oggetto di un rapporto scritto che può essere consultato dai soci di tutte le società partecipanti alla fusione (art. 16 cpv. 1).

Il revisore incaricato della verifica deve disporre di requisiti particolari. L'articolo 727b capoverso 2 CO e l'ordinanza del 15 giugno 1992 sui requisiti professionali dei revisori particolarmente qualificati (RS 221.302) definiscono i requisiti richiesti. Il revisore deve inoltre essere indipendente dalla società, dai membri del suo organo d'amministrazione o addirittura da un socio di maggioranza (cfr. per analogia l'art. 727c CO).

Diversamente da quanto accade per la nomina dell'ufficio di revisione della società anonima, nomina che spetta all'assemblea generale (art. 727 cpv. 1 CO), la nomina del revisore compete all'organo superiore di direzione o di amministrazione della società.

Ciascuna delle società partecipanti alla fusione può far verificare separatamente la documentazione su cui si fonda la fusione. Le società partecipanti alla fusione possono inoltre nominare un revisore comune (cpv. 1)⁸⁶.

Il *capoverso 3* impone alla società di fornire al revisore tutte le informazioni e i documenti utili⁸⁷. Tale obbligo concerne tutte le società partecipanti alla fusione. Il revisore della società assuntrice può pertanto esigere dalle società trasferenti che gli forniscano le informazioni e i documenti necessari all'adempimento dei suoi compiti.

Il *capoverso 4* enumera le questioni in merito alle quali il revisore è chiamato a pronunciarsi nel rapporto di revisione. L'elenco si ispira all'articolo 10 paragrafo 2 della terza direttiva europea, la quale è adattata alle peculiarità del diritto svizzero, ad esempio in materia di indennità (lett. b). L'elenco del capoverso 4 non è esaustivo; il revisore può esprimersi anche su altre questioni.

⁸³ L'art. 2 lett. e definisce la nozione di PMI ai sensi della presente legge.

⁸⁴ L'esenzione della verifica a favore delle PMI che rivestono la forma giuridica di società anonime non è conforme alle esigenze della terza direttiva europea in materia di diritto societario (art. 10).

⁸⁵ Rapporto finale, pag. 41.

⁸⁶ La terza direttiva europea prevede che il revisore comune sia designato o abilitato da un'autorità giudiziaria o amministrativa. Contrariamente a quanto previsto dall'avamprogetto (art. 15 cpv. 4 AP-LFus), il disegno rinuncia a tale esigenza.

⁸⁷ Cfr. anche l'art. 10 paragrafo 3 della terza direttiva europea.

In dettaglio, il rapporto di revisione deve contenere gli elementi seguenti:

Capoverso 4 lettera a: in virtù dell'articolo 9, la società di capitali assuntrice deve aumentare il suo capitale nella misura necessaria alla salvaguardia dei diritti dei soci della società trasferente, in conformità all'articolo 7. Tale principio si applica alla fusione mediante incorporazione. In caso di fusione mediante combinazione, anche il capitale della società di nuova costituzione dev'essere sufficiente a garantire la salvaguardia dei diritti dei soci delle società trasferenti. L'ammontare esatto dell'aumento dipende da diversi parametri, quali il rapporto di scambio, il possesso di azioni proprie, l'esistenza di una partecipazione della società assuntrice alla società trasferente e l'offerta di un indennizzo ai sensi dell'articolo 8⁸⁸. All'ammontare dell'aumento di capitale è dedicata una rubrica specifica del rapporto di fusione (art. 14 cpv. 2 lett. f). Il revisore deve valutare se l'importo dell'aumento di capitale previsto è sufficiente a garantire la salvaguardia dei diritti dei soci della società trasferente ai sensi dell'articolo 7.

Capoverso 4 lettera b: la determinazione del rapporto di scambio delle quote sociali è oggetto di spiegazioni nel rapporto di fusione (art. 14 cpv. 3 lett. c; cfr. il commento a tale disposizione e all'art. 7). In considerazione dell'importanza del rapporto di scambio per i soci e delle questioni tecniche legate alla sua determinazione, è indispensabile che il revisore si pronunci sulla sua adeguatezza. La lettera b prevede a tal fine che il revisore indichi se il rapporto di scambio è ragionevole. Lo stesso principio vale nel caso in cui il contratto di fusione preveda un'indennità conformemente all'articolo 8.

Capoverso 4 lettera c: vi sono differenti metodi atti a determinare il rapporto di scambio delle quote sociali⁸⁹. Il metodo prescelto è oggetto di spiegazioni nel rapporto di fusione (art. 14 cpv. 3 lett. c). La lettera c dispone che il revisore debba esaminare secondo quale metodo è stato determinato il rapporto di scambio ed esporre per quale motivo tale metodo sia adeguato.

Capoverso 4 lettera d: è ipotizzabile che i differenti metodi vengano combinati al fine di determinare il rapporto di scambio delle quote sociali. In tal caso, il revisore deve illustrare quale importanza sia stata data ai diversi metodi applicati.

Capoverso 4 lettera e: il valore delle quote sociali delle società partecipanti alla fusione va determinato al fine di stabilire il rapporto di scambio. Giusta la lettera e, il revisore deve indicare le particolarità di cui si è dovuto tenere conto in sede di valutazione delle quote sociali in vista della determinazione del rapporto di scambio.

⁸⁸ In caso di fusione agevolata (art. 24 cpv. 1), l'aumento di capitale non è obbligatorio.

⁸⁹ Cfr. PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed. Zurigo 1996, n. 2940-295c; WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, art. 748 n. 56; ANDRÉ CUENDET, *La fusion par absorption*, en particulier le contrat de fusion, tesi Losanna 1974, pag. 78 segg.; ROBERT MEIER, *Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages*, tesi Zurigo, 1986, pag. 67 e rinvii citati; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, § 57 n. 86 segg.; PIERRE-ALAIN RECORDON, *La protection des actionnaires lors de fusions et scissions de sociétés*, tesi Ginevra 1974, pag. 140 - 152; MARTIN STEHLI, *Aktionärschutz bei Fusionen*, tesi Zurigo 1975, pag. 36 - 61 (prezzo di mercato, corso borsistico, valore di bilancio, valore reale, valore d'acquisto, ecc.); ROLF WATTER, *Unternehmensübernahmen*, Zurigo 1991, pag. 226 segg. (in merito al «prezzo d'acquisto»).

Art. 16 Diritto di consultazione

Tale disposizione assicura la pubblicità dei documenti su cui poggia la fusione, prima che questi ultimi siano sottoposti per approvazione alle assemblee generali. La pubblicità si concretizza nel diritto per i soci di consultare tali documenti e di richiederne copia (cpv. 1 e 3). Onde garantire l'esercizio del diritto di consultazione, è necessario che la società informi i soci dei loro diritti (cpv. 4). Le PMI possono rinunciare alla procedura di consultazione con il consenso di tutti i soci (cpv. 2).

Giusta il *capoverso 1*, ciascuna delle società partecipanti alla fusione deve garantire ai soci, nei 30 giorni che precedono la decisione dell'assemblea generale, di consultare presso la sua sede i documenti seguenti⁹⁰:

- il contratto di fusione (art. 13);
- il rapporto di fusione (art. 14);
- il rapporto di revisione (art. 15);
- i conti annuali e i rapporti annuali relativi agli ultimi tre esercizi contabili e, se richiesto, il bilancio intermedio (art. 11).

La possibilità di prendere visione di tali documenti permette ai soci di formarsi un'opinione in merito alla fusione e di votare con cognizione di causa quando l'assemblea generale è chiamata a esprimersi sulla fusione. Il diritto di consultazione garantisce quindi la trasparenza dell'operazione di fusione in seno alla società. Esso riveste inoltre importanza particolare per i soci minoritari; questi ultimi hanno infatti la possibilità di esaminare se la fusione salvaguardi i loro diritti in maniera adeguata.

Il diritto di consultazione dei soci si estende ai documenti di tutte le società partecipanti alla fusione. I soci della società assuntrice possono così consultare, in particolare, i conti annuali della società trasferente. I soci possono inoltre avvalersi del loro diritto nei confronti di qualsiasi società partecipante alla fusione. In virtù del *capoverso 3*, essi possono esigere copie gratuite dei documenti posti in consultazione⁹¹.

Alla luce della complessità delle questioni poste dalla fusione, il termine entro il quale va esercitato il diritto di consultazione decorre al più tardi 30 giorni prima che sia presa la decisione di fusione. Tale termine corrisponde a quello previsto dal diritto europeo (art. 11 par. 1 della terza direttiva).

Giusta il *capoverso 2*, le PMI possono rinunciare alla procedura di consultazione di cui al capoverso 1. In ragione del ruolo assolto dal diritto di consultazione in materia di protezione dei soci minoritari, tale agevolazione è ammessa soltanto se tutti i soci della PMI in questione vi acconsentono. Una rinuncia al diritto di consultazione decretata dalla maggioranza dei soci consentirebbe a quest'ultima di commettere abusi.

Il *capoverso 4* impone alle società partecipanti alla fusione di segnalare in modo appropriato la possibilità di consultazione. A tal proposito, la forma di comunicazione va ritenuta appropriata quando è suscettibile di raggiungere i soci. Il consueto canale di comunicazione della società soddisfa di norma tale condizione. Non è quindi richiesta la pubblicazione sistematica nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC); una lettera ai soci può bastare, se la società ne conosce l'identità.

⁹⁰ L'art. 11 paragrafo 1 della terza direttiva europea prevede un diritto di consultazione analogo.

⁹¹ L'art. 11 paragrafo 3 della terza direttiva prevede una norma identica.

Contrariamente a quanto previsto dall'avamprogetto posto in consultazione (art. 17 cpv. 1 AP-LFus), l'articolo 16 non prevede, prima della realizzazione della fusione, alcun diritto di consultazione a favore di terzi. La proposta mirante all'introduzione di una procedura di deposito dei documenti su cui poggia la fusione è stata infatti alquanto criticata, in particolare perché potrebbe ledere gli interessi della società ed è suscettibile di ritardare la fusione.

Ciò non toglie che i terzi possono consultare i documenti depositati presso il registro di commercio (art. 930 CO), una volta iscrittavi la fusione. Tale pubblicità, posteriore al compimento della fusione, non è suscettibile di arrecare danno ai creditori. Le misure di protezione dei diritti dei creditori si applicano infatti soltanto dopo che la fusione ha acquisito validità giuridica (protezione dei creditori posteriore alla realizzazione della fusione; cfr. l'art. 25). Se temono che la fusione possa compromettere il soddisfacimento dei loro crediti, i creditori possono quindi esigere che la società fornisca garanzie. Spetta poi alla società che non intende prestare garanzia dimostrare che la fusione non comporta rischi per i creditori. Tale prova può essere adottata in particolare consentendo ai creditori di consultare i conti annuali della società. Va inoltre menzionato il diritto di consultazione dei creditori di società anonime di cui all'articolo 697h capoverso 2 CO; in caso di fusione, essi possono senz'altro dimostrare un interesse degno di protezione ai sensi di tale disposizione.

Art. 17 Informazione quanto alle modifiche patrimoniali

Ai sensi di tale disposizione, l'organo superiore di direzione o di amministrazione deve informare l'assemblea generale, come pure gli organi superiori di direzione o di amministrazione delle altre società, delle modifiche importanti subite dal suo patrimonio tra la conclusione del contratto di fusione e la decisione dell'assemblea generale. Gli organi superiori di direzione o di amministrazione delle altre società ne informano a loro volta la propria assemblea generale. Tale disposizione si propone di informare i soci circa gli eventi posteriori alla conclusione del contratto di fusione e suscettibili di influenzare la formazione della loro volontà. Gli organi superiori di direzione o di amministrazione devono in particolare verificare se le basi su cui poggia la fusione, così come definite dal contratto di fusione, sono ancora valide nel momento in cui si tiene l'assemblea generale, se è necessario concludere un nuovo contratto o addirittura se è opportuno rinunciare semplicemente alla fusione.

Il mancato rispetto di tale disposizione può sfociare nella contestazione della fusione ai sensi dell'articolo 105. Inoltre, potrà essere chiamata in causa anche la responsabilità dei membri degli organi superiori di direzione o di amministrazione (art. 107).

2.1.2.5 Sezione 5: Decisione di fusione e iscrizione nel registro di commercio

Art. 18 Decisione di fusione

Il contratto di fusione deve essere approvato dall'assemblea generale o, nel caso della società in nome collettivo e della società in accomandita, dai soci visto che tali due forme di società non possiedono un organo analogo a un'assemblea generale⁹². La decisione di fusione consiste nell'approvazione del relativo contratto. Il disegno parte dal principio che il contratto di fusione debba sempre essere oggetto di una

⁹² La nozione di assemblea generale è definita nell'art. 2 lett. h.

decisione dell'organo supremo della società. La fusione modifica infatti profondamente le strutture delle società che vi partecipano. Le società trasferenti sono sciolte e la società assuntrice deve di norma aumentare il proprio capitale (art. 9). Una sola eccezione è prevista nell'ambito della procedura di fusione agevolata (art. 23 seg.), in caso di incorporazione di una filiale ad opera di una società madre o in caso di fusione di due società consorelle. Nei due casi anzidetti, è sufficiente la decisione dell'organo superiore di direzione o di amministrazione.

L'articolo 18 determina le esigenze di maggioranza relative all'approvazione del contratto di fusione. I *capoversi 1 e 2* prevedono esigenze generali in funzione della forma giuridica della società. I *capoversi 3 - 6* disciplinano alcuni casi particolari. Le esigenze di maggioranza proposte si attengono alle prescrizioni esistenti in materia di deliberazioni importanti.

Per la società anonima e la società in accomandita per azioni, la *lettera a* prevede che il contratto di fusione debba ottenere l'approvazione di almeno due terzi dei voti attribuiti alle azioni rappresentate all'assemblea generale e della maggioranza assoluta del valore nominale di tali azioni. Tale esigenza di maggioranza corrisponde a quella prevista dall'articolo 704 CO per le deliberazioni importanti.

Giusta la *lettera c*, devono approvare la fusione almeno tre quarti di tutti i soci della società a garanzia limitata, rappresentanti almeno tre quarti del capitale sociale; l'articolo 784 capoverso 2 CO prevede in generale la stessa maggioranza per la modifica dello statuto societario.

In virtù della *lettera d*, la fusione di una società cooperativa necessita dell'approvazione di almeno due terzi dei voti emessi o, in caso d'introduzione o di estensione di un obbligo di effettuare versamenti suppletivi, di fornire altre prestazioni personali o della responsabilità personale, di almeno tre quarti di tutti i soci; gli articoli 888 capoverso 2 e 914 numero 11 CO prevedono le stesse esigenze di maggioranza.

La *lettera e* vincola la fusione di associazioni all'approvazione di tre quarti dei membri presenti all'assemblea generale.

Oltre alle esigenze generali di cui sopra, l'approvazione di tutti i soci è richiesta in due situazioni:

- quando una società cooperativa assume una società di capitali (cpv. 1 lett. b);
- quando una società a garanzia limitata assume una società anonima o una società in accomandita per azioni, introducendo nei confronti degli azionisti un obbligo di effettuare versamenti suppletivi o di fornire altre prestazioni personali; se tali obblighi concernono unicamente alcuni azionisti, soltanto gli azionisti interessati devono dare il loro assenso (cpv. 4).

Nei due casi summenzionati, la fusione può comportare, quale effetto immediato o susseguente, l'introduzione di un obbligo di effettuare versamenti suppletivi, di fornire altre prestazioni personali o anche della responsabilità personale dei soci della società trasferente. L'assunzione di una società di capitali ad opera di una società cooperativa comporta del resto il passaggio a un sistema in cui i diritti di voto sono conteggiati *pro capite*. È pertanto necessario esigere l'approvazione di tutti i soci. In assenza di una siffatta condizione, i soci minoritari che si sono opposti alla fusione potrebbero vedersi imporre, contro la loro volontà, un obbligo di effettuare versa-

menti suppletivi o una responsabilità personale. Qualsiasi altra regolamentazione sarebbe in contrasto con i principi del diritto societario⁹³.

All'atto pratico, l'esigenza dell'approvazione dei soci dovrebbe concernere soltanto un numero limitato di casi di fusione. Non è inoltre escluso che ai soci contrari alla fusione sia proposto il riscatto delle loro quote al fine di conseguire la maggioranza richiesta.

Il *capoverso 2* assoggetta il contratto di fusione all'approvazione di tutti i soci di società in nome collettivo o in accomandita. Il contratto di società può tuttavia prevedere a tal fine una maggioranza dei tre quarti di tutti i soci. Tale soluzione è conforme al semplice fondamento contrattuale della società in nome collettivo e della società in accomandita. Il contratto di società non può, a meno che un'altra disposizione del contratto non disponga altrimenti, essere modificato senza il consenso delle altre parti contraenti.

Se, in seguito alla fusione di una società con una società in accomandita per azioni, il contratto di fusione prevede che un socio della società trasferente diventi socio illimitatamente responsabile, quest'ultimo deve dare il suo consenso per scritto in virtù del *capoverso 3*. Tale disposizione impedisce di imporre nuovi obblighi ai soci contro la loro volontà e si giustappone alle esigenze di maggioranza previste per la decisione di fusione.

L'articolo 8 capoverso 2 prevede che la fusione può aver luogo senza garantire la continuità del societariato, ma contro attribuzione di un'indennità ai soci della società trasferente. In tal caso, il *capoverso 5* assoggetta il contratto di fusione all'approvazione di almeno il 90 per cento dei soci. L'avamprogetto di legge sulla fusione prevedeva nella fattispecie l'approvazione di tutti i soci. L'esigenza di maggioranza è stata ridimensionata al fine di tenere conto delle obiezioni mosse in sede di consultazione. Tale norma può tuttavia essere in contrasto con il diritto europeo; esso non prevede infatti la possibilità di offrire un indennizzo e la sua ammissibilità può essere legittimata tutt'al più qualora tutte le persone interessate vi acconsentano.

Se la fusione implica una modifica dello scopo sociale e disposizioni statutarie o legali assoggettano la modifica dello scopo a esigenze di maggioranza diverse da quelle previste per la decisione di fusione, secondo il *capoverso 6* entrambe le esigenze vanno cumulativamente rispettate. Tale disposizione impedisce che la fusione divenga uno strumento atto a eludere le esigenze di maggioranza relative alla modifica dello scopo sociale.

Art. 19 Diritto di recesso in caso di fusione di associazioni

In virtù di tale disposizione, i membri di associazioni che non approvano il contratto di fusione possono recedere liberamente dall'associazione entro due mesi dalla decisione di fusione e con effetto retroattivo a tale data. Tale diritto di recesso discende dal carattere personale del societariato, il quale è legato al fine perseguito dall'associazione⁹⁴. Esso consente inoltre di rinunciare all'approvazione di tutti i soci in caso di fusione tra un'associazione e una società cooperativa il cui statuto preveda un obbligo di effettuare versamenti suppletivi (art. 803 CO).

⁹³ Cfr. gli articoli 680 cpv. 1, 784 cpv. 3 e 889 CO.

⁹⁴ Cfr. anche l'art. 70 cpv. 2 CC. La giurisprudenza (DTF 71 II 194) riconosce inoltre ai soci un diritto di recesso immediato per gravi motivi.

Art. 20 Atto pubblico

Ai sensi di questa disposizione, la decisione di fusione – vale a dire l’approvazione del contratto di fusione da parte dell’assemblea generale o dei soci (art. 18) – richiede un atto pubblico. L’esigenza di un atto pubblico di accertamento garantisce la certezza del diritto; essa permette in particolare di determinare senza ambiguità la data e il contenuto della decisione di fusione. Tale esigenza è inoltre conforme al diritto vigente, il quale vincola lo scioglimento di società di capitali a una deliberazione dell’assemblea generale risultante da atto pubblico (art. 736 cpv. 2 e 820 n. 2 CO). L’atto pubblico non è richiesto in caso di fusione tra associazioni.

Art. 21 Iscrizione nel registro di commercio

Come previsto dal diritto vigente, la fusione è iscritta nel registro di commercio. Conformemente al principio generale di cui all’articolo 931 capoverso 1 CO, tale iscrizione è in seguito pubblicata nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC).

Il *capoverso 1* impone agli organi superiori di direzione o di amministrazione delle società di notificare la fusione al registro di commercio; la notifica per l’iscrizione nel registro va effettuata quando il contratto di fusione è stato approvato da tutte le società partecipanti alla fusione. La firma della notifica è disciplinata dalle disposizioni relative alla forma giuridica di ciascuna società interessata.

Se una società anonima, una società in accomandita per azioni o una società a garanzia limitata deve aumentare il capitale a causa di una fusione (cfr. art. 9), giusta il *capoverso 2* l’aumento di capitale va iscritto nel registro di commercio contemporaneamente alla fusione⁹⁵.

Per la società trasferente, l’iscrizione nel registro di commercio consiste unicamente, in virtù del *capoverso 3*, nella sua cancellazione a causa della fusione. La cancellazione della società trasferente ha luogo contemporaneamente all’iscrizione della fusione. Tale innovazione prevista dalla legge sulla fusione è connessa con il nuovo sistema di protezione dei creditori di cui all’articolo 25, il quale è posteriore alla realizzazione della fusione. Il fatto di mantenere l’iscrizione della società trasferente nel registro di commercio dopo che la fusione ha acquisito validità giuridica, come previsto dal diritto vigente, sarebbe in contrasto con la successione universale provocata dalla fusione.

La cancellazione della società trasferente dal registro di commercio pone alcuni problemi pratici che sarà necessario risolvere nell’ordinanza sul registro di commercio⁹⁶. Le modalità di cancellazione vanno definite da disposizioni d’esecuzione, segnatamente nel caso in cui le sedi delle società partecipanti alla fusione siano site in distretti diversi. È necessario impedire che la società trasferente sia cancellata dal registro prima che la fusione sia iscritta nel registro di commercio della sede della società assuntrice.

L’iscrizione nel registro di commercio solleva la questione del potere di cognizione delle autorità del registro di commercio. Contrariamente a quanto previsto

⁹⁵ Poiché il capitale sociale della società cooperativa non è iscritto nel registro di commercio (esso è infatti variabile per legge), non va iscritta neppure l’emissione di nuove quote sociali a seguito di fusione.

⁹⁶ A tal fine, l’art. 102 lett. a contiene una delega di competenza a favore del Consiglio federale.

dall'avamprogetto posto in consultazione (art. 88 AP-LFus), il disegno non prevede alcuna disposizione speciale concernente il potere cognitivo in caso di iscrizione di fusioni, di scissioni e di trasformazioni. La disposizione dell'avamprogetto è stata infatti criticata nell'ambito della consultazione. Una nuova regolamentazione del potere di cognizione dovrebbe del resto avere portata generale e non dovrebbe limitarsi unicamente alle operazioni disciplinate dalla legge sulla fusione. Tale regolamentazione andrebbe pertanto inserita nel CO. Il potere di cognizione delle autorità del registro di commercio in caso di iscrizione di fusioni è pertanto retto dall'articolo 940 CO e dalla giurisprudenza del Tribunale federale⁹⁷.

Il *capoverso 4* dispensa le associazioni non iscritte nel registro di commercio dal chiedere l'iscrizione della fusione⁹⁸. Se l'associazione non è iscritta nel registro di commercio, infatti, i terzi (ad es. i creditori) non possono attendersi che la fusione vi figuri. Tale limitazione del campo d'applicazione dell'articolo 21 rende necessaria la disposizione di cui all'articolo 22 capoverso 2, la quale prevede che la fusione di associazioni non iscritte nel registro di commercio acquisisce validità giuridica una volta che il contratto è stato approvato da tutte le associazioni partecipanti alla fusione. All'atto pratico, tale deroga al principio dell'iscrizione della fusione nel registro di commercio concerne unicamente la fusione tra associazioni non iscritte. Se una delle associazioni partecipanti alla fusione è tuttavia iscritta nel registro di commercio, va da sé che è necessario procedere alla relativa iscrizione, vale a dire all'iscrizione della fusione dell'associazione assuntrice o alla cancellazione dell'associazione trasferente. Negli altri casi di fusione che coinvolgono associazioni, queste ultime devono essere in ogni caso previamente iscritte nel registro di commercio (cfr. l'art. 4 cpv. 4).

Art. 22 Validità giuridica

Il *capoverso 1* conferisce effetto costitutivo all'iscrizione della fusione nel registro di commercio. L'iscrizione consente alla fusione di acquisire validità giuridica.

Tra gli effetti dell'iscrizione va menzionato il trasferimento *ex lege e uno actu* di tutti gli attivi e passivi della società trasferente alla società assuntrice⁹⁹. I diritti e gli obblighi della società trasferente, compresi quelli che non le sono noti (ad es. i debiti derivanti da atti illeciti), entrano a far parte del patrimonio della società assuntrice. Il trasferimento di tutti i diritti e di tutti gli obblighi della società (segnatamente diritti obbligazionari, reali, immateriali, sociali, altri crediti e debiti della società, incombenze, eccezioni procedurali, diritti della personalità, diritti derivanti dalla ditta) si effettua senza che le forme proprie del trasferimento di ciascuno di tali diritti (forma scritta, cessione di credito, atto pubblico, ecc.) debbano essere osservate. L'articolo 103 disciplina l'iscrizione nel registro fondiario del trasferimento dei fondi.

Mediante la fusione, i soci della società trasferente divengono inoltre soci della società assuntrice (principio della continuità del societariato; art. 7). È soltanto mediante l'iscrizione della fusione nel registro di commercio che i soci divengono tito-

⁹⁷ Una recente decisione del Tribunale federale, concernente la trasformazione di una società a garanzia limitata in una società anonima (DTF 125 III 18), precisa il potere cognitivo delle autorità del registro di commercio in tale ambito.

⁹⁸ Si tratta delle associazioni che non esercitano uno stabilimento d'indole commerciale e che hanno volontariamente rinunciato a farsi iscrivere (art. 61 cpv. 2 CC).

⁹⁹ L'art. 19 paragrafo 1 della terza direttiva europea prevede una norma analoga.

lari dei diritti e degli obblighi societari della società assuntrice. Se il societariato è incorporato in quote sociali, i soci potranno esigere il cambio delle loro quote.

Le disposizioni generali del CO concernenti il registro di commercio determinano il momento esatto dell'iscrizione. In virtù dell'articolo 932 capoverso 1 CO, la data dell'iscrizione è quella in cui la notificazione è stata registrata nel giornale. L'iscrizione nel giornale soggiace tuttavia alla condizione che l'UFRC approvi l'iscrizione operata dal registro cantonale (art. 115 ORC). Una volta approvata, l'iscrizione acquisisce validità giuridica con effetto retroattivo al giorno della registrazione nel giornale. Il momento dell'iscrizione nel registro di commercio va inoltre chiaramente distinto dal momento in cui l'iscrizione diviene efficace nei confronti dei terzi. Giusta l'articolo 932 capoverso 2 CO, l'iscrizione diventa efficace soltanto il giorno feriale successivo a quello della data di pubblicazione stampata sul numero del FUSC nel quale essa è apparsa. Benché tale disciplinamento sia relativamente complesso, non è il caso di derogarvi nell'ambito della legge sulla fusione.

Conformemente all'articolo 34 LCart, gli effetti di diritto civile rimangono sospesi qualora la fusione sfoci in una concentrazione soggetta ad annuncio giusta l'articolo 9 LCart. Tale disciplinamento è ovviamente fatto salvo.

Il *capoverso 2* disciplina il caso particolare della fusione di associazioni non iscritte nel registro di commercio. In virtù dell'articolo 21, queste associazioni non sono tenute a chiedere l'iscrizione della fusione nel registro di commercio. La validità giuridica della fusione non può pertanto dipendere da tale iscrizione. La fusione acquisisce quindi validità giuridica a partire dall'approvazione delle assemblee generali di tutte le associazioni partecipanti alla fusione.

2.1.2.6 Sezione 6: Fusione agevolata di società di capitali

Art. 23 Condizioni

In determinate situazioni, l'applicazione delle disposizioni sulla protezione dei creditori è resa superflua dal fatto che non vi è rischio di lesione dei loro diritti. È il caso segnatamente quando una società assume una filiale di cui detiene la totalità delle quote e quando due società «consorelle» operano una fusione. Per i casi summenzionati va pertanto prevista una procedura di fusione agevolata. Le agevolazioni di cui all'articolo 24 sono considerevoli. Esse permettono in particolare di rinunciare all'allestimento di un rapporto di fusione (art. 14), alla verifica della fusione (art. 15), al diritto di consultazione (art. 16) e alla decisione da parte dell'assemblea generale (art. 18).

Giusta il *capoverso 1*, è prevista una fusione agevolata quando:

- la società di capitali assuntrice detiene la totalità delle quote sociali conferenti diritto di voto della società di capitali trasferente (incorporazione mediante fusione di una filiale da parte della società madre);
- un soggetto giuridico, una persona fisica o un gruppo di persone fondato su un contratto o sulla legge detiene la totalità delle quote sociali conferenti diritto di voto delle società di capitali partecipanti alla fusione (fusione tra società consorelle).

Nonostante non vi sia alcuna norma legale in merito, il diritto vigente prevede già talune agevolazioni per le due fattispecie summenzionate, concernenti prevalentemente

mente l'assenza di aumento del capitale da parte della società assuntrice¹⁰⁰ e di decisione dell'assemblea generale di quest'ultima. In tal senso, gli articoli 23 e 24 codificano in una certa misura la prassi attuale.

La nozione di «gruppo di persone fondato su un contratto o sulla legge» (cpv. 1 lett. b) abbraccia le forme di raggruppamento di persone fisiche e giuridiche prive di personalità giuridica. Rientrano segnatamente in tale definizione le società semplici (art. 530 CO), le società in nome collettivo e le società in accomandita (art. 552 e 594 CO), le comunioni ereditarie (art. 602 CC) e l'unione coniugale (art. 159 CC). Tale nozione consente di contemplare tutte le situazioni in cui i soci delle società partecipanti alla fusione sono identici.

Il *capoverso 2* amplia il campo d'applicazione del *capoverso 1* lettera a. Una fusione agevolata è ammessa quando la società di capitali assuntrice non possiede la totalità ma almeno il 90 per cento delle quote sociali conferenti diritto di voto della società trasferente. Devono tuttavia essere adempiute due condizioni:

- ai soci minoritari dev'essere offerta la possibilità di scegliere tra l'attribuzione di quote sociali (continuità del societariato) e il versamento di un'indennità giusta l'articolo 8, la quale deve inoltre corrispondere, contrariamente a quanto previsto dalle regole generali, al valore reale delle quote sociali;
- la fusione non deve introdurre o aggravare, nei confronti dei soci minoritari, un obbligo di effettuare versamenti suppletivi, un obbligo di fornire altre prestazioni personali o una responsabilità personale.

Conformemente a quanto previsto dalla terza direttiva europea (art. 24 segg.), l'assunzione mediante fusione della società madre ad opera di una filiale non rientra nel campo d'applicazione della fusione agevolata.

Art. 24 Agevolazioni

Se una delle fattispecie di cui all'*articolo 23* è realizzata, la fusione può essere operata a condizioni agevolate. In tale contesto vanno distinte le ipotesi previste dall'*articolo 23* capoversi 1 e 2.

Il *capoverso 1* prevede che le disposizioni seguenti non siano applicabili ai casi disciplinati dall'*articolo 23* capoverso 1:

- art. 13 lettere b-e: il contratto di fusione non sottostà alle disposizioni concernenti la continuità del societariato (attribuzione di diritti societari, scambio di quote sociali);
- articolo 14: è possibile rinunciare completamente all'allestimento del rapporto di fusione;
- articolo 15: la fusione non va verificata da un revisore particolarmente qualificato;
- articolo 16: i soci non hanno diritto di consultazione;
- articolo 18: il contratto di fusione non soggiace all'approvazione dell'assemblea generale.

¹⁰⁰ Nel Cantone di Ginevra, ad esempio, delle 31 fusioni iscritte nel registro di commercio nel 1999, soltanto 9 avevano dato luogo a un aumento di capitale della società assuntrice.

Il *capoverso 2* prevede agevolazioni per i casi di cui all'articolo 23 capoverso 2. Si tratta di fusioni in cui la società di capitali assuntrice non possiede la totalità, ma almeno il 90 per cento delle quote sociali della società trasferente. Il disegno prevede in ampia misura le stesse agevolazioni previste per i casi di cui all'articolo 23 capoverso 1. Onde tenere conto dei soci minoritari, vanno tuttavia operate le distinzioni seguenti:

- articolo 13 lettera b: il contratto di fusione deve indicare il rapporto di scambio delle quote sociali e l'importo dell'eventuale conguaglio (nonché l'importo dell'indennità obbligatoria di cui all'art. 13 lett. f);
- articolo 15: un revisore deve verificare la fusione per garantire la salvaguardia dei diritti dei soci minoritari;
- articolo 16: il diritto di consultazione dei soci va salvaguardato. Dato che il contratto di fusione non soggiace all'approvazione dell'assemblea generale (cfr. l'art. 16 cpv. 1), va rinvenuto un altro punto di riferimento per il termine di consultazione. A tal fine, il *capoverso 2* prevede che il diritto di consultazione deve poter essere esercitato almeno 30 giorni prima della richiesta d'iscrizione della fusione nel registro di commercio.

2.1.2.7 Sezione 7: Protezione dei creditori e dei lavoratori

Art. 25 Garanzia dei crediti

Le norme vigenti applicabili alla fusione tra società anonime e alla fusione tra società cooperative contengono disposizioni dettagliate concernenti la protezione dei creditori. La legge (art. 748 e 914 CO) esige così che gli organi d'amministrazione delle società anonime e delle società cooperative assuntrici ingiungano ai creditori di produrre i loro crediti (diffida ai creditori) e amministrino separatamente il patrimonio della società trasferente sino al momento in cui i creditori siano stati soddisfatti o abbiano ottenuto garanzie. Una volta soddisfatti o garantiti i creditori, la società trasferente può essere cancellata dal registro di commercio. In caso di fallimento della società assuntrice, il patrimonio della società trasferente costituisce una massa distinta.

Va del resto rilevato che all'estero non è dato trovare un sistema di protezione dei creditori equivalente a quello svizzero. Negli altri Stati, la protezione dei creditori è concepita in modo differente. Il diritto francese (art. 381 del Code des sociétés, legge 66-537 del 24 luglio 1966) e quello italiano (art. 2503 del Codice civile) prevedono che i creditori possano opporsi alla fusione entro un dato termine. La sentenza del tribunale può annullare senza riserve l'opposizione oppure disporre che la società assuntrice soddisfi i creditori o fornisca garanzie. Il diritto tedesco (§ 22 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts del 28 ottobre 1994) prevede dal canto suo che i creditori hanno diritto di ottenere garanzie e rinuncia così a una procedura giudiziaria.

Alla luce della diversità dei sistemi di protezione dei creditori, si comprende per quale ragione la terza direttiva europea non preveda disposizioni particolari in merito. L'articolo 13 esige unicamente «un adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla fusione». Lo standard minimo consiste nel riconoscere ai creditori il diritto di ottenere adeguate garanzie «qualora la situazione finanziaria delle società partecipanti alla fusione renda necessaria tale tutela e qualo-

ra detti creditori non dispongano già di tali garanzie» (art. 13 par. 2). La tutela dei creditori della società assuntrice e quella dei creditori della società trasferente possono inoltre avere contenuti distinti (art. 13 par. 3).

In generale, l'importanza delle misure di protezione a favore dei creditori non va sopravvalutata. La maggior parte delle fusioni non ledono infatti in alcun modo i diritti dei creditori. La fusione implica infatti l'unione di due o più patrimoni (art. 22). Se tali patrimoni presentano un'eccedenza di attivi¹⁰¹, la loro somma, a seguito della fusione, non può che essere matematicamente superiore a ciascuno dei patrimoni considerato singolarmente. Oltre alle fusioni cui partecipano società dalla redditività modesta, i casi suscettibili di arrecare danno ai creditori sono pertanto limitati alle fusioni che coinvolgono società con eccedenza di debiti o con una perdita di capitale. In tali casi, disposizioni speciali prevedono condizioni qualificate di ammissibilità della fusione di risanamento; le altre società partecipanti alla fusione devono in particolare disporre di fondi propri liberamente disponibili corrispondenti all'importo dello scoperto o dell'eccedenza di debiti (cfr. l'art. 6 e il relativo commento).

La normativa vigente in materia di protezione dei creditori non tiene debitamente conto del fatto che, in determinate circostanze, la fusione non rappresenta un reale pericolo. Nell'ambito di una fusione, l'amministrazione separata appare assurda e risulta all'atto pratico di difficile attuazione¹⁰².

La soluzione proposta dall'articolo 25 consiste nel tutelare i diritti dei creditori dopo la realizzazione della fusione. Tale sistema di protezione dei creditori è giustificato dal fatto che alle fusioni che presentano rischi particolari per essi è dedicata la regolamentazione speciale di cui all'articolo 6.

In virtù del *capoverso 1*, la società assuntrice deve garantire i crediti, se i creditori ne fanno richiesta, entro tre mesi¹⁰³ dal giorno in cui la fusione acquisisce validità giuridica giusta l'articolo 22. Soltanto la società assuntrice è tenuta a fornire garanzie; poiché la protezione dei creditori è posteriore alla fusione, le società trasferenti hanno infatti cessato di esistere. L'obbligo di garantire i crediti si estende ai crediti di tutte le società partecipanti alla fusione, purché sorti prima che la fusione acquisisca validità giuridica.

Giusta il *capoverso 2*, i creditori vanno informati dei loro diritti mediante una tripla pubblicazione nel FUSC. Le garanzie che vanno fornite possono rivestire la forma di una garanzia personale (fideiussione, art. 492 segg. CO; promessa della prestazione di un terzo, art. 111 CO; assunzione cumulativa di debito) o di una garanzia reale (pegno, art. 793 segg. e 884 CC). Se un revisore particolarmente qualificato attesta che tutti i crediti noti o prevedibili potranno essere estinti mediante la sostan-

¹⁰¹ Vi è eccedenza di attivi quando gli attivi sono superiori ai fondi estranei.

¹⁰² Cfr. la critica di PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2^a ed., Zurigo 1996, n. 296c, 296g; WOLFHART F. BÜRGI / URSULA NORDMANN, *Die Aktiengesellschaft*, Zürcher Kommentar, Zurigo 1979, art. 748 n. 98 segg.; BURKHARD K. GANTENBEIN, *Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht*, tesi Friburgo 1995, pag. 267 segg.; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^a ed. Berna 1998 § 24 n. 48 segg.; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER / PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, § 57 n. 192 segg.; RUDOLF TSCHÄNI, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basilea e Francoforte sul Meno 1994, art. 748 n. 324 segg.; DTF **115** II 272 e rinvii menzionati.

¹⁰³ A titolo comparativo, il diritto tedesco prevede un termine di sei mesi (§ 22 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrecht del 28 ottobre 1994).

za a disposizione delle società partecipanti alla fusione, la pubblicazione non è obbligatoria. Tale possibilità di dispensare le società partecipanti alla fusione dal procedere a una diffida ai creditori è stata introdotta al fine di tenere conto delle fusioni che coinvolgono società sane dal punto di vista finanziario.

Il *capoverso 3* dispensa la società assuntrice dal fornire garanzie se prova che la fusione non pregiudica la soddisfazione del credito. Il creditore che ritenga insufficiente la prova fornita può adire il giudice affinché quest'ultimo si pronunci in merito. Si è optato per tale soluzione poiché soltanto la società assuntrice dispone di tutte le informazioni concernenti la sua situazione finanziaria. Per i creditori sarebbe infatti oltremodo arduo fornire tale prova o rendere verosimile che la fusione pregiudica la soddisfazione dei loro crediti. Va precisato che la soddisfazione di un credito può essere compromessa da molteplici fattori. Ciò si verifica quando la fragilità delle strutture mina l'esistenza di una società, benché essa non presenti un'eccedenza di debiti o una perdita di capitali al momento della fusione. Anche la fusione tra società di forma giuridica differente può compromettere la soddisfazione dei crediti. L'assunzione di una società anonima ad opera di una società cooperativa, ad esempio, comporta in particolare l'applicazione di norme meno severe quanto alla costituzione e alla preservazione del capitale; a seconda delle circostanze, tali conseguenze possono legittimare la costituzione di garanzie.

Il *capoverso 4* consente alla società tenuta a fornire garanzie di soddisfare il credito invece di garantirlo, purché non ne derivi alcun danno per gli altri creditori¹⁰⁴. L'adempimento prima del termine è inoltre possibile se dal tenore o dalla natura del contratto oppure dalle circostanze non risulti una diversa volontà delle parti (art. 81 CO).

Art. 26 Responsabilità personale dei soci

La fusione può porre fine alla responsabilità personale dei soci nei confronti dei debiti della società, in particolare quando l'operazione coinvolge società di diversa forma giuridica. Se una società anonima assume una società in nome collettivo (art. 4 cpv. 1 lett. c), ad esempio, i soci di quest'ultima diventano azionisti della società anonima, cosicché non sono più responsabili dei debiti sociali (cfr. l'art. 680 cpv. 1 CO). La limitazione o la soppressione della responsabilità personale dei soci della società trasferente a seguito di una fusione può tuttavia arrecare danno ai creditori di quest'ultima. È pertanto indispensabile che essi possano confidare nella continuità di tale responsabilità personale per i debiti esistenti.

Il *capoverso 1* mantiene pertanto la responsabilità personale dei soci della società trasferente per i debiti della stessa; essi restano responsabili, nella stessa misura, dei debiti contratti prima della pubblicazione della decisione di fusione o la cui causa è anteriore a tale data. L'ampia formulazione del *capoverso 1* consente in particolare di contemplare le pretese derivanti da atti illeciti benché al momento della fusione il danno non si sia ancora prodotto. La continuità della responsabilità personale concerne i soci di società in nome collettivo (art. 568 CO), di società in accomandita (art. 604 CO), di società in accomandita per azioni (art. 764 cpv. 1 CO), di società a garanzia limitata limitatamente all'ammontare del capitale sociale (art. 802 CO), di società cooperative (art. 869 CO) e di associazioni (art. 70 CC), se lo statuto prevede una simile responsabilità.

¹⁰⁴ Cfr. anche gli articoli 285 segg. LEF.

Giusta il *capoverso 2*, le pretese dirette contro i soci della società trasferente che non sono più personalmente responsabili in seno alla società assuntrice si prescrivono al più tardi entro tre anni¹⁰⁵ a contare dal momento in cui la fusione acquisisce validità giuridica ai sensi dell'articolo 22. Se la pretesa diventa esigibile soltanto dopo la pubblicazione della decisione di fusione, la prescrizione comincia tuttavia a decorrere con l'esigibilità. Il sistema della prescrizione è stato preferito a quello della perenzione al fine di permettere, mediante la sua interruzione, la proroga della durata della responsabilità¹⁰⁶.

Il *capoverso 3* concerne l'emissione pubblica di prestiti in obbligazioni e di obbligazioni analoghe. In tali casi, il mantenimento dell'eventuale responsabilità personale dei soci s'impone fino al rimborso, fatte salve le condizioni di emissione previste dal prospetto. Sono fatte salve anche le disposizioni concernenti la comunione degli obbligazionisti nell'ambito dei prestiti in obbligazioni (art. 1157 segg. CO).

Art. 27 Trasferimento dei rapporti di lavoro, garanzia e responsabilità personale

Il *capoverso 1* prevede che il trasferimento dei rapporti di lavoro alla società assuntrice è disciplinato dall'articolo 333 CO. In applicazione di tale disposizione, i rapporti di lavoro passano alla società assuntrice con tutti i diritti e gli obblighi che ne derivano (art. 333 cpv. 1 CO). Il lavoratore può tuttavia opporsi al trasferimento del rapporto di lavoro; in tal caso, il rapporto è sciolto alla scadenza del termine legale di disdetta (art. 333 cpv. 2 CO). Se al rapporto di lavoro è applicabile un contratto collettivo, esso permane valido per un anno, a meno che non cessi prima per scadenza o disdetta (art. 333 cpv. 1^{bis} CO).

I lavoratori possono esigere, come i creditori della società, che la società garantisca i crediti derivanti dal contratto di lavoro (art. 25). Giusta il *capoverso 2*, tale diritto non concerne soltanto i crediti esistenti, ma si estende anche ai crediti che divengono esigibili sino al momento in cui i rapporti di lavoro possono essere sciolti normalmente o sono sciolti per opposizione del lavoratore al trasferimento. L'articolo 25 disciplina le modalità relative all'ottenimento di garanzie.

Il *capoverso 3* disciplina la responsabilità personale dei soci della società trasferente per i debiti derivanti dal contratto di lavoro. Conformemente all'articolo 26, i soci che rispondevano dei debiti della società prima della fusione continuano a rispondere dei debiti anteriori alla pubblicazione della fusione. In materia di debiti derivanti dal contratto di lavoro, la continuità della responsabilità personale si estende anche ai debiti che divengono esigibili sino al momento in cui i rapporti di lavoro possono essere sciolti normalmente o sono sciolti per opposizione del lavoratore al trasferimento.

Art. 28 Consultazione dei rappresentanti dei lavoratori

Il *capoverso 1* prevede che l'articolo 333a CO, relativo alla consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, sia applicabile alla fusione. Secondo tale disposizione, la società deve consultare tempestivamente, ossia prima del compimento della fusione, la rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, i lavoratori medesimi. I lavoratori

¹⁰⁵ Il termine di tre anni corrisponde a quello previsto dall'art. 181 cpv. 2 D-CO.

¹⁰⁶ Cfr. KARL SPIRO in: *Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Berna 1975, vol. 1, § 318, pag. 759 segg. (in merito all'art. 181 CO). Il disegno di legge sulla fusione fa sue le conclusioni di KARL SPIRO.

2.1.3.1

Sezione 1: Disposizioni generali

Art. 29 Principio

Mediante la scissione, una società (società trasferente) trasferisce parti del suo patrimonio ad altre società (società assuntrici)¹⁰⁷ contro attribuzione di quote o diritti sociali di queste ultime ai suoi soci. L'articolo 29 definisce le due forme di scissione permesse¹⁰⁸:

- La *divisione* (lett. a). Una società divide la totalità del suo patrimonio attivo e passivo in parti, le quali sono trasferite a due o più altre società preesistenti (scissione a fini d'assunzione) o neocostituite (scissione a fini di nuova costituzione). I soci della società trasferente divengono soci delle società che assumono le parti di patrimonio. Con la divisione, la società trasferente è sciolta e cancellata dal registro di commercio.
- La *separazione* (lett. b). Una società trasferisce una o più parti del suo patrimonio a una o più società preesistenti o neocostituite. I soci della società trasferente divengono soci delle società assuntrici. Dato che le parti di patrimonio trasferite non corrispondono alla totalità del patrimonio della società trasferente, quest'ultima non cessa di esistere, contrariamente a quanto accade in caso di divisione.

In entrambi i casi summenzionati, la scissione presenta pertanto due aspetti:

- La continuità del societariato. La scissione implica sempre l'attribuzione di quote o diritti societari delle società assuntrici ai soci della società trasferente. In occasione della scissione, questi ultimi non possono essere privati della qualità di socio o esclusi dalla società trasferente. Benché la scissione rispetti la continuità del societariato, essa comporta una nuova ripartizione dello stesso, la quale può assumere forme diverse:
 - a tutti i soci della società trasferente possono essere attribuiti quote o diritti societari di ciascuna delle società assuntrici (ad es. ai tre azionisti di una società anonima che si divide sono attribuite azioni delle due società anonime assuntrici);
 - ai soci della società trasferente possono essere attribuiti quote o diritti societari dell'una o dell'altra delle società assuntrici ma non di entrambe (ad es. ognuno dei due soci di una società a garanzia limitata che si divide diviene azionista unico delle due società anonime assuntrici);
 - a una parte dei soci della società trasferente possono essere attribuiti quote o diritti societari delle società assuntrici mentre gli altri soci aumentano la loro partecipazione in seno alla società trasferente (ad es.:

¹⁰⁷ Al fine di snellire il testo, in seguito si utilizzerà la forma plurale, benché sia possibile che la scissione coinvolga soltanto una società assuntrice.

¹⁰⁸ L'avamprogetto di legge sulla fusione (art. 39 AP-LFus) prevedeva una terza forma di fusione: la dissociazione. Mediante la dissociazione, una società poteva trasferire una o più parti del suo patrimonio a una o più società. Contrariamente a quanto accade in caso di separazione, la controprestazione (quote o diritti societari) era fornita alla società trasferente stessa e non ai suoi soci. Ne consegue che la dissociazione non aveva incidenza alcuna sui diritti dei soci della società assuntrice. Tale forma di scissione doveva in particolare servire alla costituzione di filiali. La dissociazione è stata sostituita dalla nuova normativa concernente il trasferimento di patrimonio (art. 69 segg.). In merito ai motivi di tale cambiamento, si rinvia al n. 1.3.2.4.2.

una società anonima procede a una separazione nell'ambito della quale un solo azionista acquisisce una partecipazione nella società a garanzia limitata assuntrice e rinuncia alla sua partecipazione nella società trasferente; gli altri azionisti rimangono soci della società anonima);

- i soci della società trasferente possono ricevere una partecipazione a tutte le società assuntrici in proporzione alla loro partecipazione anteriore (scissione simmetrica) oppure una partecipazione a una o più società assuntrici che non corrisponde alla loro partecipazione anteriore (scissione asimmetrica)¹⁰⁹.
- La continuità patrimoniale. La scissione implica sempre il trasferimento almeno di una parte del patrimonio; la divisione comporta per definizione il trasferimento di almeno due parti del patrimonio. Gli elementi patrimoniali (attivi e passivi) che formano le parti di patrimonio sono oggetto di inventario (art. 37 lett. b). La parte di patrimonio può comporsi di qualsiasi elemento patrimoniale attivo e passivo suscettibile di essere trasferito; un solo diritto è formalmente sufficiente a costituire una parte di patrimonio. È tuttavia indispensabile che la parte di patrimonio presenti un'eccedenza di attivi. Non si può infatti aumentare il capitale della società assuntrice (art. 33) o costituire quest'ultima (art. 34) trasferendo una parte di patrimonio il cui saldo è negativo (il valore nominale delle quote sociali emesse dev'essere coperto dal valore della parte di patrimonio trasferita). Una società non può quindi essere scissa in modo tale che i suoi attivi siano trasferiti a una società e i suoi passivi a un'altra. Con l'iscrizione della scissione nel registro di commercio, tutti i diritti e tutti gli obblighi figuranti nell'inventario sono trasferiti *uno actu* alle società assuntrici (art. 52). Non è pertanto necessario rispettare le regole proprie del trasferimento di ciascuno degli elementi patrimoniali¹¹⁰.

La continuità patrimoniale e quella del societariato consentono di distinguere la scissione da altri strumenti giuridici, in particolare la vendita di una parte del patrimonio (art. 184 segg. CO) e l'assunzione di un patrimonio o di un'azienda (art. 181 CO)¹¹¹.

L'introduzione della scissione nell'ordinamento giuridico svizzero costituisce una delle principali innovazioni del disegno di legge sulla fusione. Come accennato nella parte generale (cfr. n. 1.1.1), alla scissione non è attualmente dedicata alcuna disposizione legale e, *de lege lata*, va ritenuta illecita¹¹². La scissione è un istituto giuridico particolarmente complesso che non è riducibile a semplice operazione inversa della fusione. Le ragioni di tale complessità risiedono in particolare nella varietà di forme che la scissione può assumere e che possono inoltre essere combinate tra loro. Alle differenti forme di scissione (divisione, separazione, scissione simmetrica, scissione asimmetrica) sono dedicati diagrammi nel numero 7.2.

Per certi versi, la scissione presenta analogie con la fusione. Ciò accade in particolare quando le parti di patrimonio sono trasferite da società preesistenti (scissione a fini d'assunzione); vi è unione di una parte di patrimonio nel rispetto della conti-

¹⁰⁹ Cfr. l'art. 31 cpv. 2 e il relativo commento.

¹¹⁰ Iscrizione nel registro fondiario per i fondi; cessione civile per i crediti, ecc. A tal proposito, cfr. il commento all'art. 49.

¹¹¹ Cfr. anche la normativa proposta dall'art. 181 cpv. 4 D-CO (nuovo).

¹¹² A tal proposito, cfr. la dottrina citata nel n. 1.2.1.

nuità del societariato. In virtù di tali analogie, il disciplinamento della scissione è assai simile a quello della fusione. Rispetto alla fusione, la scissione comporta tuttavia rischi maggiori per i creditori e per i soci minoritari (sarebbe lecito ipotizzare che i rischi accettabili e quelli inaccettabili siano ripartiti tra due società, a danno dei creditori e dei soci minoritari). Il sistema di protezione dei creditori è pertanto sostanzialmente differente da quello applicabile in materia di fusione (art. 45 segg.). Quando vi è il rischio che i diritti delle minoranze siano lesi, le esigenze di maggioranza sono inoltre più severe rispetto a quelle previste per la fusione (scissione asimmetrica, cfr. l'art. 43 cpv. 3).

Art. 30 Scissioni permesse

Come nel caso della fusione, la legge deve determinare in modo esaustivo la cerchia delle società che possono prendere parte a una scissione. L'articolo 30 ammette la scissione di società di capitali (società anonime, società in accomandita per azioni e società a garanzia limitata) e di società cooperative. La disposizione non va intesa in modo restrittivo nel senso che è permessa unicamente la scissione in società aventi la stessa forma giuridica; una società anonima può infatti tranquillamente scindersi in una società cooperativa e in una società a garanzia limitata. Per motivi identici a quelli invocati a sostegno dell'articolo 4 (fusioni permesse), la scissione di una società di capitali o di una società cooperativa con trasferimento di parti di patrimonio a una società di persone o a una fondazione non è ammessa; siffatte scissioni consentirebbero infatti di eludere le disposizioni in materia di liquidazione delle persone giuridiche o metterebbero a confronto forme giuridiche sostanzialmente incompatibili¹¹³.

Una tabella sinottica delle scissioni permesse ai sensi del disegno di legge sulla fusione si trova nel numero 7.3.3.

Le operazioni di scissione che, per un motivo o per l'altro, non sono previste dall'articolo 30 possono essere attuate, da un punto di vista economico, mediante un trasferimento di patrimonio (art. 69 segg.). Una società anonima può quindi trasferire parte del suo patrimonio a una fondazione. Una società a garanzia limitata con quattro soci può essere sciolta e, nel rispetto delle disposizioni sulla liquidazione ad essa applicabili, trasferire la metà del proprio patrimonio a due società in nome collettivo. Tali operazioni si compiono ovviamente senza che sia garantita la continuità del societariato.

2.1.3.2 Sezione 2: Quote sociali e diritti societari

Art. 31 Salvaguardia delle quote sociali e dei diritti societari

Come accennato in sede di commento all'articolo 29, la scissione si compie sempre nel rispetto del principio della continuità del societariato. Ai soci della società trasferente vanno obbligatoriamente attribuiti quote o diritti delle società assuntrici. In caso di scissione asimmetrica, quote o diritti delle società assuntrici possono tuttavia essere attribuiti soltanto ad alcuni soci della società trasferente; gli altri soci conservano invece la loro partecipazione in seno alla società trasferente. Il principio della continuità del societariato è comune a fusione e scissione. Il *capoverso 1* rinvia per-

¹¹³ Cfr. il commento all'art. 4.

tanto all'articolo 7, che disciplina in dettaglio le modalità della continuità del societario.

In caso di attribuzione di quote sociali o diritti societari ai soci della società trasferente, il *capoverso 2* prevede due possibilità:

- Ai soci della società trasferente può essere attribuita una partecipazione alle società assuntrici proporzionale alla loro partecipazione alla società trasferente. In tal caso si parla di scissione simmetrica; la scissione non modifica la partecipazione relativa dei soci della società trasferente. Tutti i soci della società trasferente sono posti su un piano di uguaglianza. A un azionista che detiene il 10 per cento del capitale azionario della società trasferente, ad esempio, è attribuito il 10 per cento del capitale della società a garanzia limitata costituita nel contesto di una separazione; all'altro azionista, titolare del 90 per cento del capitale azionario, spetterà una quota corrispondente del capitale della società assuntrice. In linea di principio, la scissione simmetrica non modifica pertanto i rapporti tra i soci.
- Se la partecipazione relativa dei soci della società trasferente è sempre mantenuta, la loro partecipazione effettiva alla società assuntrice può ovviamente essere modificata. Ciò si verifica ad esempio quando la parte di patrimonio è trasferita a una società preesistente. Ad esempio, se una società anonima unipersonale assume, a seguito di una separazione, una parte del patrimonio di una società a garanzia limitata in cui ciascuno dei due soci detiene la metà del capitale sociale, a entrambi è attribuita la metà delle azioni emesse a seguito della scissione; ciascuno di essi non dispone tuttavia della metà del capitale sociale, ma soltanto di un quarto.
- La scissione può modificare i rapporti di partecipazione dei soci della società trasferente (scissione asimmetrica). Le quote sociali o i diritti societari delle società assuntrici non sono necessariamente attribuiti proporzionalmente alle partecipazioni anteriori. La scissione asimmetrica contempla diverse varianti:
 - A ciascuno dei soci della società trasferente può essere attribuita una partecipazione in ognuna delle società assuntrici che non corrisponde alla loro partecipazione anteriore (ad es.: a ciascuno dei due soci che detiene il 50 per cento del capitale di una società a garanzia limitata può essere attribuito, a seguito di una divisione, il 70 per cento di una delle società anonime assuntrici e il 30 per cento dell'altra.
 - A ciascuno dei soci della società trasferente è attribuita una partecipazione a una delle società assuntrici. Tale possibilità può rivelarsi interessante nell'ambito dell'articolo 736 numero 4: nel contesto di un'azione di scioglimento, il giudice può ordinare una scissione asimmetrica quale «altra soluzione adeguata».
 - Alcuni soci della società trasferente si vedono attribuire una partecipazione alla società assuntrice, ma sono privati della partecipazione alla società trasferente. Gli altri soci conservano unicamente la partecipazione alla società trasferente. Tale forma di scissione asimmetrica consente di organizzare il recesso dalla società di uno o più soci.

Le due forme di scissione summenzionate (simmetrica e asimmetrica) sottostanno essenzialmente alle stesse disposizioni legali. Un'eccezione è tuttavia prevista in materia di maggioranze richieste per l'approvazione della scissione da parte dell'as-

sembra generale. La scissione asimmetrica può infatti comportare rischi considerevoli per i soci minoritari; ad esempio, potrebbero essere loro attribuita una partecipazione alla società che assume la parte di patrimonio meno redditizia. È pertanto necessario prevedere esigenze di maggioranza più severe (art. 43).

2.1.3.3 **Sezione 3: Riduzione e aumento del capitale, costituzione e bilancio intermedio**

Art. 32 Riduzione del capitale in caso di separazione

Se la scissione si compie mediante divisione, la società trasferente non è mai tenuta a ridurre il suo capitale, in quanto è sciolta e cancellata dal registro di commercio (art. 29 lett. a). La scissione mediante separazione non conduce invece allo scioglimento della società trasferente, ma è di norma connessa con una riduzione del capitale. La riduzione del capitale è addirittura imperativa nel caso in cui la società trasferente non possieda fondi propri liberamente disponibili di ammontare corrispondente a quello del valore (contabile) della parte di patrimonio trasferita. In caso contrario, la scissione porrebbe la società trasferente in una situazione di perdita di capitale o di eccedenza di debiti (art. 725, 817 e 903 CO). L'importo esatto della riduzione di capitale dipende da vari fattori, segnatamente dal valore della parte di patrimonio trasferita e dall'ammontare dei fondi propri liberamente disponibili della società trasferente¹¹⁴.

Giusta l'articolo 32, le disposizioni del CO concernenti la riduzione di capitale (cfr. gli art. 733 e 734 CO per la società anonima e la società in accomandita per azioni, l'art. 788 cpv. 2 CO per la società a garanzia limitata e l'art. 874 cpv. 2 CO per la società cooperativa) non si applicano in materia di riduzione di capitale a seguito di separazione. Le disposizioni del CO, infatti, mirano principalmente a salvaguardare gli interessi dei creditori e costituirebbero pertanto un doppione delle disposizioni sulla protezione dei creditori applicabili in materia di scissione (art. 45 segg.).

Art. 33 Aumento del capitale

Se la società di capitali trasferente deve, a seconda delle circostanze, ridurre il suo capitale in occasione di una separazione (art. 32), la società di capitali assuntrice deve, in virtù dell'articolo 33, aumentare il proprio capitale (divisione e separazione). Se la società assuntrice non esiste ancora, infatti, vi è costituzione di una nuova società ai sensi dell'articolo 34.

Come previsto anche dall'articolo 9 capoverso 1 in materia di fusione, il *capoverso I* vincola l'aumento del capitale alla salvaguardia dei diritti dei soci della società trasferente ai sensi dell'articolo 31 (disposizione che rinvia all'articolo 7). L'importo esatto dell'aumento di capitale può dipendere anche dal fatto che la società assuntrice detenga già quote sociali della società trasferente o quote proprie¹¹⁵. In tali casi, un aumento proporzionale non è necessario ed è possibile rinunciarvi. Fatte salve le eccezioni summenzionate, la società di capitali assuntrice deve imperativa-

¹¹⁴ Per tale motivo, l'importo nominale della riduzione di capitale operata dalla società trasferente non corrisponde sempre all'importo nominale dell'aumento di capitale della società assuntrice (art. 33) o all'ammontare del capitale della società costituita nell'ambito della scissione (art. 34).

¹¹⁵ Cfr. anche il commento all'art. 9.

mente aumentare il suo capitale; l'aumento non è infatti destinato soltanto a garantire la continuità del societariato, ma anche a tutelare gli interessi dei creditori (ruolo di garanzia indiretta assolto dal capitale sociale).

L'importo nominale dell'aumento di capitale è sempre inferiore o uguale al valore netto della parte di patrimonio trasferita. Infatti, il principio generale del divieto di emettere quote sociali al di sotto della parità (art. 624 e 779 cpv. 2 n. 2 CO) si applica anche all'aumento di capitale a seguito di una scissione. Il valore nominale delle azioni emesse deve quindi essere coperto dal conferimento costituito dalla parte di patrimonio.

La normativa prevista dal *capoverso 2* è identica a quella applicabile in materia di fusione (cfr. l'art. 9 cpv. 2). Essa prevede che le disposizioni del CO concernenti i conferimenti in natura e l'articolo 651 capoverso 2 CO non si applicano all'aumento di capitale a seguito di scissione. L'applicazione delle disposizioni concernenti i conferimenti in natura, segnatamente gli articoli 634, 635, 635a e 652e numero 1 CO, costituirebbero un doppio delle norme previste in materia di scissione. L'articolo 651 capoverso 2 CO, che limita l'importo massimo dell'aumento di capitale autorizzato alla metà del capitale azionario esistente, potrebbe inoltre, a seconda delle circostanze, essere di ostacolo all'aumento di capitale¹¹⁶.

Art. 34 Costituzione di una nuova società

La scissione può avere per oggetto il trasferimento di una parte di patrimonio a una società preesistente o a una nuova società costituita a tal fine. Nel caso in cui il trasferimento di patrimonio sia effettuato a favore di una società neocostituita, l'articolo 34 prevede che quest'ultima sia costituita in conformità alle disposizioni del CO relative a tale forma di società¹¹⁷. È tuttavia prevista un'eccezione per le disposizioni concernenti il numero di promotori di una società di capitali¹¹⁸ e per quelle concernenti i conferimenti in natura.

Se la società assuntrice è una società di capitali, l'ammontare del suo capitale deve essere sufficiente a salvaguardare i diritti societari dei soci della società trasferente (art. 31). L'importo del capitale deve inoltre essere coperto dal conferimento costituito dalla parte di patrimonio trasferita.

Art. 35 Bilancio intermedio

Tale disposizione è identica, sotto ogni profilo, all'articolo 11, concernente l'obbligo di stilare un bilancio intermedio nell'ambito di una fusione¹¹⁹. Si rinvia dunque al commento a tale disposizione.

¹¹⁶ Cfr. il commento all'art. 9 cpv. 2.

¹¹⁷ L'art. 10 prevede un disciplinamento identico per la fusione mediante combinazione.

¹¹⁸ Art. 625 e 775 CO. Le società cooperative sono per contro tenute a osservare l'esigenza concernente il numero dei fondatori (sette persone giusta l'art. 831 cpv. 1 CO), al fine di salvaguardare le peculiarità di tale forma giuridica (azione congiunta; cfr. l'art. 828 cpv. 1 CO).

¹¹⁹ Cfr. anche l'art. 9 paragrafo 1 lett. c della sesta direttiva, del 17 dicembre 1982, in materia di diritto societario (82/891/CEE; in seguito: sesta direttiva europea).

Art. 36 Contratto di scissione e progetto di scissione

La realizzazione della scissione può basarsi su un contratto di scissione o su un progetto di scissione:

- se le parti di patrimonio sono trasferite a società preesistenti, in virtù del *capoverso 1* le società partecipanti alla scissione sono tenute a concludere un contratto di scissione; in tal caso, la scissione ha carattere bilaterale, o addirittura multilaterale se coinvolge almeno tre società. Le società partecipanti alla scissione devono inoltre concludere un contratto di scissione se le parti di patrimonio sono trasferite in parte a società preesistenti e in parte a società neocostituite.
- se le parti di patrimonio sono trasferite a società neocostituite nell'ambito della scissione, giusta il *capoverso 2* la società trasferente deve elaborare un progetto di scissione; la scissione ha in tal caso carattere unilaterale.

In entrambi i casi, la relativa competenza spetta agli organi superiori di direzione o di amministrazione¹²⁰: quelli delle società partecipanti alla scissione per il contratto di scissione¹²¹, rispettivamente quelli della società trasferente per il progetto di scissione. Tale norma corrisponde a quella prevista in materia di fusione (art. 12).

Giusta il *capoverso 3*, il contratto e il progetto di scissione richiedono la forma scritta. Secondo la stessa disposizione, contratto e progetto vanno sottoposti per approvazione alle assemblee generali delle società partecipanti alla scissione conformemente all'articolo 43.

Art. 37 Contenuto del contratto di scissione e del progetto di scissione

Questa disposizione enumera gli elementi oggettivamente essenziali del contratto di scissione o del progetto di scissione. Le società che stipulano il contratto di scissione (art. 36 cpv. 1), rispettivamente la società che elabora il progetto di scissione (art. 36 cpv. 2) possono ovviamente prevedere altri elementi (soggettivamente essenziali). L'elenco degli elementi oggettivamente essenziali che costituiscono il contenuto minimo del contratto di scissione o del progetto di scissione si ispira ampiamente alla normativa europea (art. 3 par. 2 della sesta direttiva) e coincide in parte anche con il contenuto minimo del contratto di fusione (art. 13).

Lettera a: il contratto di scissione o il progetto di scissione deve designare con precisione le società partecipanti alla scissione (ditta, sede e forma giuridica). In caso di scissione a fini di nuova costituzione, vanno analogamente identificate anche le nuove società.

Lettera b: il contratto di scissione o il progetto di scissione deve contenere un inventario che elenchi con chiarezza gli oggetti del patrimonio attivo e passivo trasferiti nel contesto della scissione; i fondi, i titoli di credito e i valori immateriali vanno menzionati singolarmente. L'inventario determina inoltre la ripartizione degli oggetti del patrimonio attivo e passivo tra le differenti parti di patrimonio e l'attribuzione di tali parti alle differenti società assuntrici. L'inventario è il perno della scissione, quantomeno per ciò che concerne gli aspetti patrimoniali della stessa. Per

¹²⁰ La nozione relativa è precisata in sede di commento all'art. 12.

¹²¹ In merito alla nozione di conclusione del contratto, cfr. il commento all'art. 12.

motivi attinenti alla certezza del diritto, è indispensabile che gli oggetti patrimoniali (attivi e passivi) trasferiti siano menzionati nell'inventario¹²². All'atto dell'iscrizione della scissione nel registro di commercio (art. 52), la parte di patrimonio è trasferita e la scissione diviene efficace nei confronti di qualsiasi persona. Non è nell'interesse né delle società partecipanti alla scissione, né dei terzi che la scissione crei incertezza circa i titolari degli elementi patrimoniali delle società coinvolte. Le società partecipanti alla scissione non possono quindi accontentarsi di descrivere sommariamente le parti di patrimonio trasferite¹²³. Soltanto una descrizione precisa degli elementi patrimoniali trasferiti garantisce la certezza del diritto e costituisce la premessa per una stima precisa del valore delle parti di patrimonio trasferite; la stima serve tra l'altro a determinare il rapporto di scambio delle quote sociali (art. 31, che rinvia all'art. 7).

Lettera c: poiché la scissione avviene sempre contro attribuzione di quote o diritti sociali (art. 31), il contratto di scissione o il progetto di scissione deve determinare le quote sociali della società assuntrice spettanti ai soci della società trasferente (rapporto di scambio delle quote sociali), rispettivamente fornire informazioni circa il societariato in seno alla società assuntrice.

Lettere d - h: tali disposizioni corrispondono alle lettere c, d, e, g e h dell'articolo 13, a cui si rinvia per il relativo commento.

Lettera i: la scissione di una società può implicare il trasferimento di rapporti di lavoro. Il contratto o il progetto di scissione deve contenere l'elenco dei rapporti di lavoro trasferiti. In merito al trasferimento dei rapporti di lavoro in generale, si rimanda all'articolo 49.

Art. 38 Valori patrimoniali non attribuiti

Questa disposizione disciplina l'attribuzione di valori patrimoniali che non sono o non possono essere attribuiti sulla base del contratto di scissione o del progetto di scissione.

Il *capoverso 1* disciplina l'attribuzione degli oggetti del patrimonio attivo non attribuiti (e che non possono essere attribuiti mediante interpretazione del contratto o del progetto di scissione). In caso di scissione mediante divisione, essi appartengono in comproprietà a tutte le società assuntrici, proporzionalmente al patrimonio attivo

¹²² Anche il diritto tedesco prevede una soluzione analoga: § 126 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts del 28 ottobre 1994. Cfr. anche BERND SAGASSER / THOMAS BULA, *Umwandlungen*, Monaco 1995, pag. 220 segg.

¹²³ Nell'ambito della procedura di consultazione, alcuni Cantoni e organizzazioni interessate hanno messo in dubbio l'opportunità di un inventario. È stato proposto, in particolare, di sostituire l'inventario mediante un bilancio di scissione e una descrizione delle frazioni d'impresa trasferite. Tale proposta è stata respinta. L'identificazione degli oggetti patrimoniali trasferiti, infatti, non può avvenire sulla base di un bilancio di scissione. L'articolazione minima del bilancio (cfr. l'art. 663a CO) non è tale da consentire l'attribuzione di tutti i valori patrimoniali. La scissione comporta il trasferimento di una parte del patrimonio senza che sia necessario rispettare le regole formali previste dalla legge; tale problematica è stata in parte trascurata in sede di consultazione. La semplificazione delle regole di forma relative al trasferimento presuppone necessariamente che i valori patrimoniali trasferiti siano determinabili con certezza. L'inventario può ovviamente prevedere voci raggruppate, purché permangano identificabili. Non è certo, inoltre, che l'allestimento di un bilancio di scissione sia più vantaggioso, in termini di tempo e dal profilo economico, di un inventario: ai sensi dell'art. 958 CO, un bilancio si basa necessariamente su un inventario.

netto che spetta loro in virtù del contratto o del progetto di scissione. In caso di separazione, tali oggetti restano in seno al patrimonio della società trasferente.

Il *capoverso 2* prevede che le disposizioni del capoverso 1, concernenti l'attribuzione degli oggetti del patrimonio attivo, si applichino per analogia anche ai crediti e ai diritti immateriali. È prevista soltanto un'applicazione analogica in quanto la terminologia utilizzata dal capoverso 1 («...appartiene ... in comproprietà...») non si confà ai crediti e agli altri diritti immateriali.

Il *capoverso 3* concerne i debiti della società trasferente che non possono essere attribuiti sulla base del contratto o del progetto di scissione. In caso di divisione, le società assuntrici rispondono solidalmente dei debiti non iscritti nell'inventario. La responsabilità solidale si estende a tutti i debiti che non possono essere attribuiti, a prescindere dalla loro origine e dal fatto che l'omissione sia intenzionale o fortuita. La società assuntrice assume quindi una responsabilità solidale nei confronti di un debito della società trasferente derivante da un atto illecito di quest'ultima e la cui esistenza era sconosciuta a tutti al momento della decisione di scissione.

In caso di separazione, la società trasferente non cessa di esistere e continua quindi a rispondere dei debiti che non sono stati chiaramente trasferiti a un'altra società nell'ambito della scissione.

Art. 39 Rapporto di scissione

Il disciplinamento previsto da tale disposizione corrisponde sotto ogni profilo a quello dell'articolo 14, concernente il rapporto di fusione. Le osservazioni relative all'articolo 14 valgono dunque anche per l'articolo 39. Tale disposizione tiene conto anche delle esigenze poste dall'articolo 7 paragrafi 1 e 2 della sesta direttiva europea.

Art. 40 Verifica del contratto o del progetto di scissione nonché del rapporto di scissione

L'articolo 40, concernente la verifica del contratto o del progetto di scissione e del rapporto di scissione, rinvia alle disposizioni analoghe previste dall'articolo 15 in materia di fusione. L'applicazione analogica dell'articolo 15 alla verifica della scissione risulta problematica dal profilo della compatibilità con il diritto europeo¹²⁴. La soluzione prescelta è tuttavia conforme ai pareri espressi nell'ambito della procedura di consultazione.

Art. 41 Diritto di consultazione

Le disposizioni concernenti la pubblicità della scissione si ispirano ampiamente all'*articolo 16*, relativo al diritto di consultazione dei soci in materia di fusione. È perciò opportuno rinviare principalmente al commento a tale disposizione. L'articolo 41 se ne distanzia tuttavia in merito a due questioni:

- Il termine entro il quale vanno esercitati i differenti diritti di consultazione (*cpv. 1*) è portato da 30 giorni a due mesi. Secondo l'articolo 46 capoverso 1, i creditori dispongono infatti di un termine di due mesi per chiedere che i loro crediti siano garantiti. Dato che la scissione è suscettibile di ledere in modo grave i diritti dei creditori, è indispensabile che essi dispongano del tempo necessario all'esercizio dei loro diritti, prima che la scissione acquisi-

¹²⁴ A tal proposito, cfr. il commento all'art. 15.

sca validità giuridica. Il termine di due mesi non può certo essere ritenuto troppo lungo.

- L'informazione relativa alla possibilità di consultazione va pubblicata nel FUSC (cpv. 4).

Art. 42 Informazione sulle modifiche patrimoniali

Secondo tale disposizione, l'articolo 17, concernente l'obbligo d'informazione in caso di modifiche patrimoniali importanti, si applica per analogia in materia di scissione. L'articolo 7 paragrafo 3 della sesta direttiva europea prevede una norma analoga. Per i dettagli si rinvia al commento all'articolo 17.

2.1.3.5 Sezione 5: Decisione di scissione e atto pubblico

Art. 43 Decisione di scissione

La scissione modifica profondamente i diritti dei soci (nuova ripartizione del societariato, creazione di nuovi diritti societari), riduce (a volte sostanzialmente) il patrimonio della società trasferente, comporta lo scioglimento della stessa (in caso di divisione) o quantomeno una riduzione del suo capitale e implica un aumento del capitale delle società assuntrici. Alla luce della sua portata, la decisione di scissione deve perciò competere agli organi supremi, vale a dire alle assemblee generali delle società partecipanti alla scissione (cfr. l'art. 36 cpv. 3).

Ai sensi del *capoverso 1*, il contratto di scissione, rispettivamente il progetto di scissione, può essere approvato dall'assemblea generale soltanto una volta costituite le garanzie conformemente all'articolo 46 (cfr. il commento all'art. 45). Il rispetto delle disposizioni concernenti la tutela dei creditori è infatti, in materia di scissione, una condizione per l'attuazione di tale operazione. Si impedisce in tal modo che scissioni «precipitose» possano arrecare danno, intenzionalmente o fortuitamente, ai creditori.

Per quanto concerne la maggioranza necessaria alla decisione di scissione, il *capoverso 2* rinvia alle disposizioni dell'articolo 18. Poiché la scissione asimmetrica (in merito a tale nozione cfr. l'art. 31 cpv. 2 e il relativo commento) comporta rischi considerevoli per i soci minoritari¹²⁵, per tale situazione è prevista una maggioranza particolare. Giusta il *capoverso 3*, la scissione asimmetrica necessita dell'approvazione di almeno il 90 per cento di tutti i soci della società trasferente aventi diritto di voto. L'avamprogetto di legge sulla fusione esigeva in tal caso l'approvazione di tutti i soci della società trasferente (art. 53 cpv. 2 AP-LFus)¹²⁶. A fronte delle critiche espresse nell'ambito della procedura di consultazione, la maggioranza necessaria è stata portata al 90 per cento dei soci aventi diritto di voto, fermo restando che i soci minoritari i cui diritti sono lesi da una scissione asimmetrica dispongono del rimedio giuridico di cui all'articolo 104. Tale disposizione autorizza il giudice a riconoscere una compensazione finanziaria ai soci i cui diritti non sono stati debita-

¹²⁵ È lecito ipotizzare in particolare che la società sia divisa in modo tale che i soci minoritari acquisiscano una partecipazione a una società che assume una parte di patrimonio poco redditizia (o addirittura deficitaria) della società trasferente, mentre la maggioranza conserva la parte più produttiva.

¹²⁶ Tale soluzione coincide con quella per cui ha optato il diritto tedesco; § 128 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts.

mente salvaguardati. I limiti generali posti dall'articolo 2 capoverso 2 CC, concernente il divieto dell'abuso di diritto, vanno inoltre rispettati nell'ambito di qualsiasi scissione. Non è pertanto permesso procedere deliberatamente a una scissione al fine di ledere gli interessi dei soci minoritari, neppure se i loro interessi finanziari non ne sono danneggiati¹²⁷.

È inoltre ovvio che, in caso di scissione a fini di nuova costituzione, le assemblee generali delle società assuntrici neocostituite non devono approvare singolarmente la scissione poiché esse acquisiscono la personalità giuridica soltanto dopo l'iscrizione della scissione nel registro di commercio. È in tal caso sufficiente l'approvazione della società trasferente.

Art. 44 Atto pubblico

Come la decisione di fusione (art. 20), giusta l'articolo 44 la decisione di scissione dev'essere oggetto di atto pubblico.

2.1.3.6 Sezione 6: Protezione dei creditori e dei lavoratori

Art. 45 Diffida ai creditori

Contrariamente a quanto accade in caso di fusione¹²⁸, la scissione priva i creditori della società trasferente di una parte del sostrato di responsabilità. La divisione comporta sempre la sostituzione del debitore; il debitore precedente (la società trasferente) è sciolto e gli subentrano le società assuntrici. La separazione riduce il patrimonio della società trasferente di un importo corrispondente al valore della parte di patrimonio trasferita; il sostrato di responsabilità è dunque ridotto in egual misura, spesso in relazione con una riduzione di capitale (art. 32). Anche i creditori delle società assuntrici preesistenti possono inoltre essere danneggiati dalla scissione; ciò si verifica quando l'assunzione della parte di patrimonio in questione comporta una diminuzione della solvibilità della società assunttrice. Risulta pertanto necessario prevedere una protezione dei creditori accresciuta rispetto a quella prevista per la fusione (art. 25 seg.). Alla luce dei rischi considerevoli che la scissione comporta per i creditori, le misure di protezione devono intervenire prima che la scissione acquisisca validità giuridica (contrariamente a quanto accade in caso di fusione). L'organo superiore di direzione o di amministrazione può infatti sottoporre il contratto o il progetto di scissione all'approvazione dell'assemblea generale soltanto una volta che i creditori che ne hanno fatto domanda siano stati garantiti (art. 43 e 46).

L'articolo 45 prevede che i creditori di tutte le società partecipanti alla scissione siano informati, mediante una triplice pubblicazione nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC), del fatto che possono esigere la costituzione di garanzie se insinuano i loro crediti. Tale diffida ai creditori è in generale pubblicata nel FUSC contemporaneamente all'avviso concernente il diritto di prendere visione della documentazione su cui poggia la scissione (art. 41 cpv. 4).

¹²⁷ È ad esempio immaginabile che un socio abbia investito in una società a causa del suo interesse per una delle attività di quest'ultima. La scissione asimmetrica può costituire un abuso di diritto se è attuata al fine di attribuire a tale socio una partecipazione a una società con attività di tutt'altro genere.

¹²⁸ Cfr. il commento all'art. 25.

I creditori non sono tenuti a far valere i loro crediti; se non lo fanno perdono tuttavia il diritto di esigere la costituzione di garanzie conformemente all'articolo 46. Se la società alla quale il credito è stato attribuito in virtù del contratto o del progetto di scissione non li soddisfa, essi hanno ancora la possibilità di agire in giustizia contro le società responsabili a titolo sussidiario e solidale (art. 47).

Art. 46 Garanzia dei crediti

Tale articolo corrisponde in larga misura all'articolo 25, applicabile in caso di fusione. Il *capoverso 1* prevede l'obbligo, per tutte le società partecipanti alla scissione, di garantire¹²⁹ i crediti se i creditori ne fanno domanda entro due mesi dall'ultima pubblicazione della diffida di cui all'articolo 45. Il diritto dei creditori di esigere la costituzione di garanzie vale unicamente nei confronti della società debitrice. La sesta direttiva europea impone inoltre agli Stati membri di prevedere almeno che i creditori abbiano diritto di ottenere adeguate garanzie, qualora la situazione finanziaria della società trasferente e delle società assuntrici renda necessaria tale tutela (art. 12 par. 2).

Giusta il *capoverso 2*, la società tenuta a prestare garanzia può liberarsi da tale obbligo se prova che la scissione non pregiudica la soddisfazione del credito. Tale inversione dell'onere della prova è resa necessaria dal fatto che soltanto la società conosce con esattezza la sua situazione finanziaria.

Come accade in materia di fusione, la società può liberarsi dall'obbligo di costituire garanzie mediante la soddisfazione del credito. È tuttavia necessario che non ne risulti alcun danno per gli altri creditori (cpv. 3)¹³⁰. L'estinzione del credito prima del termine può inoltre essere esclusa se è contraria alla volontà delle parti, così come risulta dal tenore o dalla natura del contratto o dalle circostanze (art. 81 CO).

In caso di controversia tra la società e un creditore in merito al principio della costituzione di garanzie o alla natura delle garanzie stesse, spetta al giudice pronunciarsi prima che sia presa la decisione di scissione.

Art. 47 Responsabilità sussidiaria delle società partecipanti alla scissione

Oltre al diritto di esigere la costituzione di garanzie (art. 46), la tutela dei creditori è rafforzata dalla responsabilità sussidiaria e solidale di tutte le società partecipanti alla scissione (cpv. 1)¹³¹. Se un creditore della società trasferente non è stato soddisfatto dalla società a cui il contratto o il progetto di scissione ha attribuito il debito (società responsabile a titolo primario), la responsabilità incombe in solido alle altre società partecipanti alla scissione (società responsabili a titolo sussidiario). Ciascuna società risponde quindi dell'intero debito. Sono fatte salve le norme sul regresso tra coresponsabili.

Le società responsabili a titolo sussidiario possono tuttavia essere convenute in giudizio soltanto se sono adempite le condizioni di cui al *capoverso 2*; da un lato, il credito non dev'essere garantito (segnatamente in seguito a una domanda fondata sull'articolo 46); dall'altro, la società responsabile a titolo primario deve¹³²:

¹²⁹ Per esempi di garanzie, cfr. il commento all'art. 25.

¹³⁰ Cfr. anche gli articoli 285 segg. LEF.

¹³¹ Anche la sesta direttiva europea prevede una responsabilità sussidiaria e solidale delle altre società partecipanti alla scissione (art. 12 par. 3).

¹³² Tale disposizione riprende le condizioni applicabili alla fideiussione di cui all'art. 495 cpv. 1 CO.

- aver fatto fallimento;
- beneficiare di una moratoria o di un differimento del fallimento;
- aver subito una procedura d'esecuzione conclusasi con un'attestazione di carenza di beni definitiva;
- aver trasferito la sede all'estero e non poter più essere convenuta in giudizio in Svizzera;
- aver trasferito la sede estera da uno Stato a un altro ostacolando notevolmente l'esercizio del diritto del creditore.

La responsabilità sussidiaria delle società partecipanti alla scissione (art. 47), combinata con il diritto dei creditori alla costituzione di garanzie (art. 46), offre dunque ai creditori della società che opera la scissione una protezione efficace dai rischi e dai possibili abusi che una scissione può comportare.

Art. 48 Responsabilità personale dei soci

Come la fusione, anche la scissione non esplica effetto retroattivo quanto alla responsabilità personale dei soci della società trasferente per i debiti di quest'ultima. I terzi, segnatamente i creditori, devono poter fare affidamento sulla continuità della responsabilità personale per i debiti contratti prima della pubblicazione della scissione. A tal fine, l'articolo 47 prevede che l'articolo 26 si applica per analogia in materia di scissione. Per i dettagli, si rimanda al commento relativo all'articolo 26.

Art. 49 Trasferimento dei rapporti di lavoro, garanzia e responsabilità personale

In materia di fusione e di scissione, il disciplinamento relativo al trasferimento dei rapporti di lavoro, alla garanzia dei crediti derivanti da rapporti di lavoro e alla responsabilità personale dei soci per i debiti derivanti dal contratto di lavoro è sostanzialmente lo stesso. L'articolo 49 corrisponde quindi ampiamente all'articolo 27, applicabile in caso di fusione. A causa dei differenti sistemi di protezione dei creditori (art. 25 e 46), quale presupposto della scissione la società deve (inoltre) garantire i crediti derivanti dal contratto di lavoro (art. 46 in relazione con l'art. 43). Si rinvia per il resto al commento relativo all'articolo 27.

Art. 50 Consultazione dei rappresentanti dei lavoratori

Il disciplinamento concernente la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori è identico a quello previsto in materia di fusione. L'articolo 50 prevede che l'articolo 28 si applica per analogia.

2.1.3.7 Sezione 7: Iscrizione nel registro di commercio e validità giuridica

Art. 51 Iscrizione nel registro di commercio

Come la fusione, anche la scissione va iscritta nel registro di commercio¹³³ e quindi pubblicata nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC), conformemente al-

¹³³ Anche la sesta direttiva europea (art. 16, il quale rinvia all'art. 3 della direttiva 68/151/CEE) prevede l'iscrizione in un registro pubblico e la pubblicazione dell'iscrizione.

l'articolo 931 capoverso 1 CO. L'iscrizione nel registro di commercio è determinante ai fini della validità giuridica della scissione; essa permette alla scissione di esplicare effetto (art. 52)¹³⁴.

Giusta il *capoverso 1*, la notificazione al registro di commercio incombe agli organi superiori di direzione o di amministrazione delle società partecipanti alla scissione; secondo logica, l'iscrizione della scissione può essere chiesta soltanto dopo che l'operazione sia stata approvata da tutte le società che vi prendono parte. L'iscrizione della scissione a fini di nuova costituzione può e deve essere chiesta subito dopo la decisione dell'assemblea generale della società trasferente; la notificazione per l'iscrizione delle società neocostituite va effettuata contemporaneamente all'iscrizione della decisione di scissione della società trasferente; si tratta infatti di un'operazione unilaterale. L'iscrizione della scissione a fini d'assunzione può essere chiesta soltanto dopo che l'operazione sia stata approvata dalla società trasferente e da tutte le società assuntrici; una siffatta scissione ha carattere bilaterale o multilaterale. La firma della notificazione è retta dalle disposizioni specifiche a ciascuna forma giuridica¹³⁵.

L'avamprogetto di legge sulla fusione esige che un revisore particolarmente qualificato attestasse il rispetto delle disposizioni sulla protezione dei creditori (art. 61 AP-LFus). Soltanto l'organo superiore di direzione o di amministrazione sarebbe però in grado di fornire una simile attestazione. Essa non ha tuttavia grande significato in quanto non modificherebbe affatto la responsabilità di quest'ultimo in caso di inosservanza delle norme sulla protezione dei creditori. Il contratto o il progetto di scissione può essere sottoposto per approvazione all'assemblea generale soltanto una volta scaduto il termine per la richiesta di garanzie e dopo che queste ultime sono state fornite (art. 43 cpv. 1 e 46). Sottoponendo il contratto o il progetto di scissione all'approvazione dell'assemblea generale, l'organo superiore di direzione e di amministrazione attesta implicitamente che le disposizioni sulla protezione dei creditori sono state rispettate.

L'iscrizione della scissione della società trasferente nel registro di commercio menziona il trasferimento delle parti di patrimonio alle differenti società assuntrici. In caso di separazione, il *capoverso 2* prevede che l'iscrizione indichi anche la riduzione di capitale della società trasferente¹³⁶. In caso di divisione, l'iscrizione menziona lo scioglimento della società trasferente e la sua cancellazione dal registro di commercio.

Giusta l'articolo 102 lettera a, spetta al Consiglio federale disciplinare, nell'ambito dell'ORC, i dettagli della procedura d'iscrizione nel registro di commercio. Tali disposizioni concernono segnatamente la cancellazione della società trasferente in caso di divisione (ordine in cui vanno effettuate le iscrizioni) e l'iscrizione della scissione quando le società che vi prendono parte hanno sede in differenti distretti del registro.

Il *capoverso 3* prevede che in caso di divisione la società trasferente sia cancellata dal registro di commercio. Tale normativa corrisponde a quella prevista per la so-

¹³⁴ In merito al potere di cognizione delle autorità del registro di commercio in occasione dell'iscrizione della scissione, si rinvia alle osservazioni relative all'art. 21.

¹³⁵ Art. 640 cpv. 2 CO per la società anonima; art. 780 cpv. 2 CO per la società a garanzia limitata; art. 835 cpv. 3 CO per la società cooperativa; cfr. anche la disposizione generale di cui all'art. 22 ORC.

¹³⁶ Cfr. l'art. 32.

cietà trasferente in caso di fusione (art. 21 cpv. 3). La cancellazione può aver luogo già a tale stadio della procedura poiché i creditori della società trasferente hanno potuto far valere il loro diritto alla costituzione di garanzie prima che la scissione sia stata approvata dall'assemblea generale (art. 43 cpv. 1 e 46).

Art. 52 Validità giuridica

Questa disposizione conferisce effetto costitutivo all'iscrizione della scissione nel registro di commercio¹³⁷. Le parti di patrimonio figuranti nell'inventario integrato al contratto o al progetto di scissione (art. 37 lett. b) sono trasferite *uno actu* alle società assuntrici. Il trasferimento ha luogo senza che sia necessario osservare le regole formali del trasferimento dei singoli oggetti patrimoniali.

I contratti non sono per contro trasferiti direttamente; il consenso di tutte le parti è infatti necessario affinché si possa procedere alla sostituzione di una parte contraente. Gli articoli 261 e 333 CO prevedono tuttavia norme speciali. Tali norme legali, applicabili in caso di scissione (cfr. in particolare il rinvio di cui all'art. 49), prevedono la sostituzione di una parte contraente nell'ambito di un contratto di locazione o di lavoro. Salvo disposizione legale speciale contraria, la scissione non comporta una modifica unilaterale delle parti contraenti.

Un altro effetto della scissione concerne il societariato; con l'iscrizione della scissione nel registro di commercio, i soci della società trasferente acquisiscono le quote sociali o diritti societari delle società assuntrici, così come definiti dal contratto o dal progetto di scissione (art. 37 lett. c ed e).

Come in materia di fusione (art. 22 cpv. 1), è fatto salvo l'articolo 34 LCart. Tale disposizione prevede che gli effetti di diritto civile di una concentrazione di imprese soggetta ad autorizzazione rimangano sospesi; tale norma si applica sia alla fusione, sia alla scissione a fini d'assunzione (cfr. il commento all'art. 29).

2.1.4 Capitolo 4: Trasformazione di società

Il capitolo 4 del disegno di legge sulla fusione disciplina la trasformazione della forma giuridica delle società. La trasformazione di istituti di previdenza è retta dalle disposizioni speciali del capitolo 7 (art. 97) e quella di istituti di diritto pubblico dalla regolamentazione specifica di cui al capitolo 8 (art. 99 segg.).

2.1.4.1 Sezione 1: Disposizioni generali

Art. 53 Principio

Giusta questa disposizione, la trasformazione consiste nel modificare la forma giuridica di una società senza alterarne i rapporti giuridici. Nonostante il cambiamento di forma giuridica, la società mantiene la sua identità e la personalità. Ai sensi della definizione, la trasformazione non presuppone dunque la costituzione di una nuova società che rivesta la nuova forma giuridica: la società cambia semplicemente forma

¹³⁷ Le osservazioni relative all'art. 22 forniscono precisazioni riguardo al momento esatto dell'iscrizione nel registro di commercio.

giuridica mantenendo inalterati i suoi rapporti, in particolare quelli patrimoniali e sociali.

Secondo il disegno di legge sulla fusione, la trasformazione si differenzia sostanzialmente dalla vigente regolamentazione di cui agli articoli 824 segg. CO, concernenti la trasformazione di una società anonima in una società a garanzia limitata. In virtù degli articoli summenzionati, la società anonima che cambia forma giuridica è sciolta e il suo patrimonio trasferito a una neocostituita società a garanzia limitata. Ne consegue che tale trasformazione implica sempre la presenza di due società.

Prevedendo una trasformazione mediante cambiamento di forma giuridica¹³⁸, il disegno di legge sulla fusione privilegia la semplicità. Tale soluzione permette in particolare di rinunciare al trasferimento dei rapporti giuridici della società mediante successione a titolo universale, come pure alla costituzione di una nuova società. La società che cambia forma giuridica conserva la propria identità dal profilo economico e giuridico.

Art. 54 Trasformazioni permesse

Come in materia di fusione e di scissione (art. 4 e 30), la legge deve determinare in modo esaustivo quali siano le possibilità di trasformazione della forma giuridica permesse. Se il diritto vigente (art. 824 segg. CO, art. 14 LBCR) disciplina soltanto in casi isolati le trasformazioni permesse¹³⁹, il disegno di legge consente la trasformazione in modo generale, purché le forme giuridiche in causa siano fondamentalmente compatibili sotto il profilo strutturale. A tal proposito, l'*articolo 54* ricalca le possibilità di fusione tra società di diversa forma giuridica ammesse dall'articolo 4. La fusione tra due società di forma giuridica differente può infatti essere scomposta nella trasformazione della società trasferente in una società avente la forma giuridica della società assuntrice, cui fa seguito la fusione tra due società aventi la stessa forma giuridica. Il disciplinamento delle fusioni e delle trasformazioni permesse va quindi coordinato.

Una tabella sinottica delle trasformazioni permesse si trova nel numero 7.3.4.

In dettaglio, sono permesse le operazioni seguenti:

– Società di capitali (*cpv. 1*).

Le società di capitali (società anonime, società in accomandita per azioni e società a garanzia limitata; cfr. la definizione di cui all'art. 2 lett. c) possono essere trasformate in società di capitali di forma giuridica differente. Una società anonima può quindi essere trasformata in una società a garanzia limitata e viceversa. Le società di capitali possono inoltre essere trasformate in

¹³⁸ In merito alle varie forme di trasformazione in generale, cfr. in particolare CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht in: *Revue de droit suisse* 1994, pag. 353 segg., in particolare pag. 374; HENRY PETER, La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière in: *La Semaine Judiciaire* 1999 II, pag. 105-109; DTF 125 III 18, in particolare consid. 3a, pag. 20.

¹³⁹ La DTF 125 III 18 ha fornito alcune precisazioni in merito, in particolare ammettendo la trasformazione mediante il semplice cambiamento di forma giuridica di una società a garanzia limitata in una società anonima, nonostante tale operazione non sia prevista dalla legge; in merito a tale decisione, cfr. anche ROLAND VON BÜREN / JOHANNES BÜRGI, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne in: REPRAX, *Revue pour le registre du commerce* 1 / 99, pag. 3 segg. e rinvii menzionati.

società cooperative. Conformemente all'articolo 64 capoverso 1 lettera b, la trasformazione di una società di capitali in una società cooperativa soggiace all'approvazione di tutti i soci. La trasformazione comporta infatti, o può comportare, l'introduzione dell'obbligo di effettuare versamenti suppletivi o dell'obbligo di fornire altre prestazioni personali, oppure la responsabilità personale dei soci. La trasformazione di una società di capitali in una società cooperativa presuppone inoltre che quest'ultima emetta quote sociali.

Non è per contro prevista la trasformazione di una società di capitali in una società in nome collettivo o in una società in accomandita (società di persone). Tale trasformazione pone infatti problemi identici a quelli che hanno portato all'inammissibilità dell'assunzione mediante fusione di una società di capitali ad opera di una società di persone (per i dettagli si rinvia al commento all'art. 4 cpv. 1). L'operazione inversa, vale a dire la trasformazione di una società di persone in una società di capitali, non pone per contro problemi analoghi (cfr. infra, cpv. 2 e 3).

Non è prevista la trasformazione di una società di capitali in un'associazione. Tale soluzione si giustifica per gli stessi motivi addotti avverso l'ammissibilità dell'incorporazione mediante fusione di una società di capitali ad opera di un'associazione (cfr. il commento all'art. 4 cpv. 1).

– Società in nome collettivo (*cpv. 2*).

Le società in nome collettivo possono essere trasformate in società di capitali o in società cooperative. La trasformazione di una società in nome collettivo in una società di capitali o cooperativa presenta una particolarità rispetto alle altre operazioni di trasformazione di cui all'articolo 54: essa implica la costituzione di un nuovo soggetto giuridico.

Le società in nome collettivo possono inoltre essere trasformate in società in accomandita (cfr. il cpv. 3 lett. c). Tali due forme giuridiche sono infatti assai simili. La trasformazione tra società in nome collettivo e società in accomandita può scaturire dalla semplice modifica della cerchia dei soci (ingresso o recesso di un accomandante) o dalla qualità di questi ultimi (un accomandante diviene socio illimitatamente responsabile e viceversa). L'ingresso di un socio accomandante in una società in nome collettivo provoca dunque la trasformazione di quest'ultima in una società in accomandita. Alla luce delle particolarità inerenti alla trasformazione di società in nome collettivo in società in accomandita (e viceversa), tale operazione è retta esclusivamente dalle norme speciali di cui all'articolo 55.

– Società in accomandita (*cpv. 3*).

Le possibilità di trasformazione di società in accomandita sono identiche a quelle previste dal capoverso 2 per le società in nome collettivo. Le società in accomandita possono dunque essere trasformate in società di capitali, in società cooperative o in società in nome collettivo. In ragione delle sue particolarità, la trasformazione di una società in accomandita in una società in nome collettivo è retta esclusivamente dalle norme speciali di cui all'articolo 55.

– Società cooperative (*cpv. 4*).

Le società cooperative, con o senza capitale sociale, possono essere trasformate in società di capitali. Benché le strutture della società cooperativa e delle società di capitali presentino grandi differenze, la trasformazione di

una società cooperativa in una società di capitali non va esclusa. Tale possibilità può inoltre permettere alle società cooperative il cui scopo non adempie o non adempie più alle condizioni di cui all'articolo 828 capoverso 1 CO¹⁴⁰ di adottare una forma giuridica appropriata e conforme al diritto.

Le società cooperative possono inoltre essere trasformate in associazioni. Tale trasformazione soggiace tuttavia alla condizione che la società cooperativa non disponga di un capitale sociale. La nozione di capitale sociale non può infatti essere trasposta in materia di associazioni. Per potere trasformarsi in associazione, la società cooperativa deve in tal caso previamente azzerare il proprio capitale sociale secondo la procedura di cui all'articolo 874 capoverso 2 CO.

– Associazioni (cpv. 5).

Le associazioni possono essere trasformate in società di capitali o in società cooperative. La trasformazione presuppone tuttavia che l'associazione sia previamente iscritta nel registro di commercio¹⁴¹. A prescindere dal carattere puramente dichiarativo dell'iscrizione di un'associazione nel registro di commercio, tale formalità è necessaria a garantire la trasparenza e la certezza del diritto. L'iscrizione nel registro garantisce infatti che l'associazione acquisisca validamente personalità giuridica. La pubblicità derivante dall'iscrizione consente inoltre di designare con certezza le persone incaricate dell'amministrazione dell'associazione (membri del comitato). Va rilevato che l'esigenza dell'iscrizione nel registro di commercio non è d'ostacolo alla trasformazione delle associazioni; le associazioni non iscritte devono semplicemente richiedere l'iscrizione immediatamente prima del compimento della trasformazione. Del resto, le associazioni trasformate in società di capitali o in società cooperative esercitano già, di norma, uno stabilimento d'indole commerciale e in quanto tali sono tenute a iscriversi nel registro di commercio (art. 61 cpv. 2 CC).

La possibilità di trasformare un'associazione in società cooperativa intende in primo luogo permettere alle associazioni «economiche», alle quali si riconosce lo statuto di forma giuridica *para legem*¹⁴², di acquisire l'appropriata forma giuridica di società cooperativa (cfr. anche l'art. 59 cpv. 2 CC).

Art. 55 Norme speciali concernenti la trasformazione di società in nome collettivo e in accomandita

Giusta il *capoverso 1*, la trasformazione di una società in nome collettivo in una società in accomandita può essere consecutiva all'ingresso di un accomandante nella

¹⁴⁰ Conformemente all'art. 828 cpv. 1 CO, lo scopo della società cooperativa è quello di incrementare o salvaguardare, mediante un'azione congiunta, determinati interessi economici dei suoi membri. L'art. 92 cpv. 2 ORC prevede inoltre che le società cooperative possono perseguire uno scopo d'utilità pubblica.

¹⁴¹ L'art. 4 cpv. 4 prevede una condizione identica in caso di fusione di un'associazione con una società di diversa forma giuridica.

¹⁴² DTF 90 II 333 segg., 336. Cfr. HEINZ HAUSHEER / REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerische Zivilgesetzbuches, Berna 1999, n. 18.05 segg., in particolare 18.08-18.16; ANTON HEINI / URS SCHERRER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basilea e Francoforte sul Meno 1996, art. 60 n. 6; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8^a ed. Berna 1998 § 20 n. 17 segg.; HANS-MICHAEL RIEMER, Die Vereine, Berner Kommentar 3/II, Berna 1990, art. 60 n. 46 segg. e i rinvii citati.

società in nome collettivo o all'acquisizione dello status di accomandante da parte di un socio illimitatamente responsabile. Inversamente, la trasformazione di una società in accomandita in una società in nome collettivo può scaturire, ai sensi del *capoverso 2*, dal recesso di tutti gli accomandanti dalla società in accomandita o dal fatto che tutti gli accomandanti divengano soci illimitatamente responsabili. In tutti i casi summenzionati, la trasformazione è conseguente a una modifica intervenuta nella cerchia dei soci. Il *capoverso 4* precisa che le disposizioni della legge sulla fusione concernenti la trasformazione di società non sono applicabili a tali due situazioni particolari.

L'articolo 579 CO disciplina il caso della continuazione dell'attività, sotto forma di ditta individuale, di una società in nome collettivo o di una società in accomandita¹⁴³. Benché non si tratti di un caso di trasformazione propriamente detto¹⁴⁴, tale operazione ha un esito simile a quello di una trasformazione. Il *capoverso 3* specifica che la continuazione dell'attività di una società in nome collettivo o di una società in accomandita da parte di una ditta individuale non è assimilabile a una trasformazione.

2.1.4.2 Sezione 2: Quote sociali e diritti societari

Art. 56 Salvaguardia delle quote sociali e dei diritti societari

Tale disposizione si propone di proteggere i diritti dei soci in caso di cambiamento della forma giuridica della società. In generale, la trasformazione non deve ledere i diritti di questi ultimi. I soci della società devono rimanere tali anche dopo la trasformazione (continuità del societariato)¹⁴⁵.

Giusta il *capoverso 1*, in caso di trasformazione le quote sociali e i diritti societari vanno salvaguardati. In seno alla nuova forma giuridica, ai soci vanno dunque attribuiti quote o diritti equivalenti, ma non necessariamente identici, alle loro quote o ai loro diritti anteriori. In materia di fusione (art. 7) e di scissione (art. 31) è previsto un disciplinamento analogo.

La determinazione delle quote e dei diritti dei soci dipende dalle forme giuridiche in causa. In caso di trasformazione di una società cooperativa in una società anonima (art. 51 cpv. 4 lett. a), ad esempio, a ciascun socio va attribuita almeno un'azione, la quale va liberata mediante la sostanza sociale della società cooperativa. Non è possibile imporre ai soci di liberare personalmente le azioni loro spettanti in seguito alla trasformazione né limitarsi a riconoscere loro un diritto preferenziale di sottoscrizione. Se la società cooperativa ha emesso certificati di quota, i suoi soci devono possederne almeno uno (art. 853 cpv. 1 CO). È tuttavia possibile che i soci non detengano lo stesso numero di certificati di quota (art. 853 cpv. 2 CO). In una società

¹⁴³ L'art. 579 CO è applicabile anche alle società in accomandita, in virtù del rinvio di cui all'art. 619 cpv. 1 CO.

¹⁴⁴ Non si può infatti «trasformare» la forma giuridica di una società in nome collettivo in una persona fisica. L'art. 579 CO disciplina piuttosto il passaggio dalla proprietà comune (dei soci) alla proprietà individuale (del titolare della ditta). In merito, cfr. WERNER VON STEIGER, *Handelsrecht, Schweizerisches Privatrecht* vol. 8/1, Basilea e Stoccarda 1976, pag. 563 segg.

¹⁴⁵ Tale condizione costituisce già un presupposto *de lege lata*, non soltanto per quanto concerne la trasformazione di una società a garanzia limitata in una società anonima, ma per ogni forma di trasformazione (cfr. DTF 125 III 18, in particolare consid. 4a, pag. 24).

cooperativa composta di sei soci, un socio può quindi detenere 1000 quote sociali, mentre gli altri cinque ne possiedono 10 ciascuno. In caso di trasformazione della società cooperativa in società anonima, è necessario scambiare almeno una quota sociale contro un'azione. Va da sé che i rapporti di forza tra i soci saranno profondamente mutati dalla trasformazione. Tale modifica è tuttavia inerente a ogni trasformazione di una società cooperativa in una società anonima; essa scaturisce dal passaggio dal sistema di voto della società cooperativa, in cui ogni socio ha un voto (art. 885 CO), al sistema della società anonima, basato sulla partecipazione al capitale (art. 692 CO). La modifica può tutt'al più essere attenuata dall'emissione di azioni con diritto di voto privilegiato¹⁴⁶ o dalla limitazione del diritto di voto, conformemente all'articolo 692 capoverso 2 CO. Va inoltre precisato che, qualora i rapporti di forza tra i soci siano modificati in seguito a trasformazione, la decisione di trasformazione stessa è retta dal sistema di computo dei voti applicabile alla società cooperativa, vale a dire un voto per ciascun socio.

In caso di trasformazione di una società anonima in una società cooperativa (art. 54 cpv. 1 lett. b), la salvaguardia dei diritti societari ai sensi del *capoverso 1* implica obbligatoriamente che la società cooperativa disponga di un capitale sociale. Le quote sociali emesse vanno attribuite ai soci in funzione del numero di azioni da loro detenute. Una volta compiuta la trasformazione, il capitale sociale può, se del caso, essere ridotto o soppresso in virtù delle norme del diritto della società cooperativa (art. 874 cpv. 2).

Pur garantendo la salvaguardia dei diritti societari, il *capoverso 1* non protegge i soci dalle modifiche dei loro diritti e dei loro obblighi societari insite nel cambiamento della forma giuridica. In caso di trasformazione di una società anonima in società cooperativa, ad esempio, i soci non sono tutelati dall'eventuale introduzione di un obbligo di fedeltà (art. 866 CO). La protezione è assente anche nel caso in cui si introduca un divieto di concorrenza (art. 818 CO) a seguito della trasformazione di una società anonima in una società a garanzia limitata. Le modifiche dello statuto giuridico dei soci derivanti dalla trasformazione sono tuttavia prese in considerazione al momento di determinare le esigenze di maggioranza relative alla decisione di trasformazione (cfr. l'art. 64).

Contrariamente a quanto previsto in caso di fusione e di scissione (art. 7 cpv. 2 e 31), l'articolo 56 rinuncia alla possibilità di equilibrare il rapporto di scambio delle quote sociali mediante un conguaglio di natura pecuniaria. Ai sensi dell'articolo 53, la trasformazione coinvolge infatti soltanto una società, cosicché dopo la trasformazione il valore relativo delle quote sociali rimane immutato.

Le disposizioni di cui ai *capoversi 2 - 5* corrispondono a quelle di cui all'articolo 7 capoversi 3 - 6, applicabili alla fusione e alla scissione (mediante il rinvio di cui all'art. 31 cpv. 1). Esse concernono i diritti dei soci privi di quote sociali, dei titolari di quote senza diritto di voto, di diritti speciali conferiti da quote sociali e di buoni di godimento. Per i dettagli si rinvia al commento all'articolo 7.

La violazione delle disposizioni concernenti la salvaguardia dei diritti societari in caso di trasformazione è sanzionata dall'articolo 104. Giusta tale disposizione, i soci i cui diritti siano stati lesi possono chiedere al giudice che stabilisca un conguaglio adeguato.

¹⁴⁶ Il rapporto tra azioni ordinarie e azioni con diritto di voto privilegiato deve tuttavia essere inferiore al decuplo (art. 693 CO).

Art. 57 Disposizioni sulla costituzione

La trasformazione ai sensi dell'articolo 53 costituisce un semplice cambiamento della forma giuridica, il quale avviene senza che sia costituita una nuova società. Le condizioni poste alla costituzione della società avente nuova forma giuridica vanno ciononostante rispettate.

Fatte salve alcune eccezioni (cfr. infra), l'*articolo 57* prevede che in caso di trasformazione si applichino le disposizioni del CO e del CC concernenti la costituzione della società nella sua nuova forma giuridica¹⁴⁷. Tale norma garantisce che la trasformazione non sia utilizzata al fine di eludere le disposizioni concernenti la costituzione delle società. Essa concerne in particolare le esigenze relative alla liberazione del capitale, alla formazione della ditta o del nome, al fine sociale e all'organizzazione della società, nonché le esigenze formali. In caso di trasformazione di una società a garanzia limitata in società anonima, ad esempio, il capitale sociale deve imperativamente ammontare a 100 000 franchi (art. 621 CO); in caso contrario, la società a garanzia limitata deve procedere a un aumento del capitale sociale. La società a garanzia limitata trasformata in società anonima deve inoltre nominare un ufficio di revisione (art. 727 segg. CO). In caso di trasformazione di una società cooperativa in associazione, il fine economico della società cooperativa (art. 828 cpv. 1 CO) va convertito in fine ideale (art. 60 cpv. 1 CC)¹⁴⁸. In caso di trasformazione di una società anonima in società cooperativa, l'ammontare del capitale azionario, fino ad allora fisso, deve divenire variabile (art. 828 cpv. 2 CO). La trasformazione di una società anonima in una società a garanzia limitata soggiace in particolare alla condizione che, nella nuova forma giuridica, sia liberato almeno il 50 per cento del capitale sociale, mentre il diritto della società anonima prevede una percentuale di liberazione del 20 per cento almeno (ma pari almeno a 50 000 franchi; art. 632 CO).

In virtù di tale disposizione, la società deve in particolare adeguare tutti gli elementi dello statuto o del contratto di società che non sono compatibili con le norme applicabili alla nuova forma giuridica. All'atto pratico, può risultare più semplice adottare un nuovo statuto, applicabile alla nuova forma giuridica. La società deve inoltre osservare tutte le formalità necessarie alla costituzione secondo la nuova forma giuridica (ad es. designazione degli organi). Essa può tuttavia procedere a tutte le modifiche necessarie alla trasformazione in occasione di una sola assemblea generale e chiedere in seguito l'iscrizione della trasformazione nel registro di commercio.

Se le norme sulla costituzione di una società nella sua nuova forma giuridica sono di norma applicabili in caso di trasformazione, una deroga è tuttavia prevista per il disciplinamento relativo al numero dei promotori delle società di capitali. Una società a garanzia limitata unipersonale può pertanto essere trasformata direttamente in una società anonima unipersonale; non è a tal fine necessaria la presenza di almeno tre azionisti (art. 625 cpv. 1 CO). Vanno invece osservate in ogni caso le norme sul numero di promotori di una società cooperativa (sette promotori giusta l'art. 831 cpv. 1 CO). La società cooperativa si basa infatti sul principio legale dell'assistenza reciproca (art. 828 cpv. 1 CO), il che presuppone necessariamente la presenza di più

¹⁴⁷ L'art. 10 prevede una norma identica in caso di fusione mediante combinazione.

¹⁴⁸ La giurisprudenza ammette che un'associazione possa perseguire un fine di natura economica, ma in tal caso essa non può esercitare uno stabilimento d'indole commerciale. Cfr. DTF 90 II 333.

persone. Una seconda deroga concerne le norme relative ai conferimenti in natura, anch'esse inapplicabili in caso di trasformazione. Alla luce delle misure di protezione previste dal disegno di legge sulla fusione (segnatamente negli art. 61 e 62), l'applicazione cumulativa delle norme del CO sui conferimenti in natura si rivela superflua.

Poiché prevede l'applicazione delle norme relative alla costituzione della società nella sua nuova forma giuridica, il disegno di legge sulla fusione tiene conto delle esigenze formulate dall'articolo 13 della seconda direttiva europea in materia di diritto societario¹⁴⁹. Tale disposizione prevede che in caso di trasformazione di una società in una società anonima si applicano le norme relative alla costituzione di quest'ultima.

Art. 58 Bilancio intermedio

L'operazione di trasformazione va effettuata sulla base di un bilancio recente¹⁵⁰. Tale disposizione prevede che la società che cambia forma giuridica debba stilare un bilancio intermedio qualora l'ultimo bilancio non sia più attuale. La necessità di aggiornare il bilancio è presunta nel caso in cui la data determinante per l'ultimo bilancio preceda di oltre sei mesi quella della redazione del rapporto di trasformazione (art. 58) o siano intervenute, posteriormente a tale data, modifiche importanti nel patrimonio della società, benché il bilancio non risalga a oltre sei mesi prima. Gli articoli 11 e 35 prevedono una regolamentazione identica in materia di fusione e di scissione. Per i dettagli si rinvia pertanto al commento a tali disposizioni.

2.1.4.4 Sezione 4: Progetto di trasformazione, rapporto di trasformazione e verifica

Sotto diversi aspetti, la procedura di trasformazione è simile a quella applicabile alla fusione e alla scissione. Essa si fonda su un progetto di trasformazione (art. 59 e 60), un rapporto di trasformazione (art. 61) e un rapporto di revisione (art. 62).

Art. 59 Redazione del progetto di trasformazione

Il *capoverso 1* affida all'organo superiore di direzione o di amministrazione il compito di redigere un progetto di trasformazione. Giusta il *capoverso 2*, il progetto di trasformazione richiede la forma scritta. Il contenuto del rapporto è definito dall'articolo 60. Il rapporto va inoltre sottoposto per approvazione all'assemblea generale, rispettivamente ai soci (per le società in nome collettivo e le società in accomandita), conformemente all'articolo 64. Come in caso di fusione e di scissione (art. 12 cpv. 2 e 36 cpv. 3), il progetto di trasformazione è perfetto soltanto una volta approvato dall'assemblea dei soci.

Data la sua portata, la decisione di trasformazione è di competenza dell'organo supremo della società; la decisione può infatti modificare sostanzialmente lo statuto

¹⁴⁹ Seconda direttiva del Consiglio, del 13 dicembre 1976 (77/91/CEE; GU n. L 026 del 30 gennaio 1977, pag. 1 segg.).

¹⁵⁰ *De lege lata*, l'esigenza di produrre un bilancio recente, imposta dalle autorità del registro di commercio, è stata avallata dal Tribunale federale in una recente decisione relativa alla trasformazione mediante cambiamento della forma giuridica di una società a garanzia limitata in una società anonima; cfr. DTF 125 III 18, in particolare consid. 4d, pag. 27.

giuridico dei soci. Gli articoli 12 e 36 prevedono una normativa analoga in materia di fusione e di scissione. Per maggiori dettagli in merito, si rinvia dunque ai commenti relativi a tali disposizioni.

Art. 60 Contenuto del progetto di trasformazione

Il progetto di trasformazione deve permettere di identificare la società che cambia forma giuridica (*lett. a*). Deve indicare in particolare la ditta o il nome, la sede e la forma giuridica della società; tali informazioni vanno indicate tanto per lo statuto societario anteriore alla trasformazione quanto per quello posteriore. Il progetto di trasformazione deve includere anche lo statuto applicabile alla nuova forma giuridica della società (*lett. b*). Tale esigenza consente ai soci di conoscere la configurazione giuridica della società dopo la trasformazione. Il progetto deve menzionare inoltre il numero, il genere e il valore nominale delle quote sociali attribuite ai titolari di quote («rapporto di scambio» delle quote sociali) o contemplare indicazioni relative al societariato dei soci a seguito della trasformazione (*lett. c*).

Art. 61 Rapporto di trasformazione

Sull'esempio del rapporto di fusione (art. 14) e del rapporto di scissione (art. 39), questa disposizione prevede l'obbligo di redigere un rapporto di trasformazione dettagliato concernente il cambiamento di forma giuridica prospettato. Il rapporto di trasformazione mira in primo luogo a informare i soci e, indirettamente, a tutelarne i diritti. Esso precisa e illustra in particolare il contenuto del progetto di trasformazione (art. 60).

Giusta il *capoverso 1*, l'obbligo di redigere un rapporto di trasformazione incombe all'organo superiore di direzione o di amministrazione della società. Secondo la stessa disposizione, il rapporto richiede la forma scritta; un semplice resoconto orale in occasione dell'assemblea generale non è pertanto sufficiente.

Il *capoverso 2* dispensa le piccole e medie imprese¹⁵¹ dal redigere un rapporto di trasformazione se tutti i soci vi acconsentono. L'approvazione di tutti i soci è necessaria poiché la trasformazione può avere conseguenze radicali per i soci e il rapporto di trasformazione assolve un ruolo importante ai fini dell'informazione dei soci e della formazione della loro volontà, in particolare per quanto concerne i soci minoritari. La trasformazione può infatti modificare sostanzialmente lo statuto dei soci, introducendo ad esempio nuovi diritti e nuovi obblighi o una nuova ripartizione dei diritti di voto. I soci vanno dunque informati in modo dettagliato in merito alle modifiche derivanti dalla trasformazione.

In dettaglio, il rapporto di trasformazione deve illustrare e giustificare sotto i profili giuridico ed economico i punti seguenti:

Capoverso 3 lettera a: il rapporto deve informare genericamente circa lo scopo perseguito dalla trasformazione e le conseguenze della stessa. Si tratta in particolare di spiegare ai soci le ragioni alla base del cambiamento di forma giuridica e le modifiche che ne derivano.

Capoverso 3 lettera b: fatte salve alcune eccezioni (norme sui conferimenti in natura; numero dei promotori, salvo il caso della società cooperativa), l'articolo 57 assoggetta la trasformazione al rispetto delle norme del CC e del CO sulla costituzione

¹⁵¹ Cfr. l'art. 2 lett. e per la definizione della nozione di piccole e medie imprese (PMI).

di una società nella nuova forma giuridica. Il rapporto di trasformazione deve pertanto riferire circa il rispetto di tali disposizioni.

Capoverso 3 lettera c: il nuovo statuto della società è parte integrante del progetto di trasformazione (art. 60 lett. b). Affinché i soci possano rendersi conto delle implicazioni della trasformazione, il rapporto di trasformazione deve esporre in dettaglio e illustrare le norme statutarie della società a seguito della trasformazione.

Capoverso 3 lettera d: conformemente all'articolo 60 lettera c, il progetto di trasformazione deve contenere indicazioni concernenti le quote sociali spettanti ai soci, rispettivamente il societariato, a seguito della trasformazione. Nel determinare il «rapporto di scambio» delle quote o dei diritti sociali dei soci, l'organo superiore di direzione o di amministrazione deve osservare le esigenze poste dall'articolo 56. È pertanto legittimo che tale organo esponga e giustifichi il modo in cui intende salvaguardare lo statuto giuridico dei soci conseguente alla trasformazione. Sulla base delle spiegazioni fornite, i soci possono valutare se il societariato è salvaguardato in modo adeguato. Se così non fosse e a condizione che la decisione di trasformazione non sia ancora stata approvata, l'articolo 104 consente loro di adire il giudice perché stabilisca un conguaglio adeguato.

Capoverso 3 lettera e: la trasformazione può introdurre, nei confronti dei soci, l'obbligo di effettuare versamenti suppletivi o di fornire altre prestazioni personali, o addirittura comportare l'introduzione della loro responsabilità personale. Ciò si verifica ad esempio in caso di trasformazione di una società anonima in una società a garanzia limitata il cui statuto preveda un obbligo di effettuare versamenti suppletivi (art. 777 n. 2 CO) o in una società cooperativa il cui statuto preveda una regolamentazione analoga (art. 869 CO per la responsabilità personale illimitata dei soci; art. 871 CO per l'obbligo di effettuare versamenti suppletivi). L'introduzione di siffatti obblighi modifica profondamente lo statuto dei soci; essi vanno quindi correttamente informati circa gli obblighi o la responsabilità personale che sono eventualmente chiamati ad assumere a seguito della trasformazione.

Capoverso 3 lettera f: è possibile che la trasformazione non implichi direttamente nuovi obblighi per i soci; l'introduzione ulteriore di obblighi personali può tuttavia essere immanente alla nuova forma giuridica, mentre la forma giuridica precedente escludeva tale possibilità. Affinché i soci possano rendersi conto degli obblighi che potranno essere loro imposti posteriormente alla trasformazione, il rapporto di trasformazione deve informarli in merito in modo astratto.

Art. 62 Verifica del progetto e del rapporto di trasformazione

Questa disposizione prevede l'intervento di un perito particolarmente qualificato, incaricato di verificare la documentazione su cui poggia la trasformazione. La normativa concernente fusione e scissione prevede disposizioni analoghe (art. 15 e 40).

In virtù del *capoverso 1*, la verifica concerne il progetto di trasformazione, il rapporto di trasformazione e il bilancio alla base della trasformazione. Il risultato della verifica (rapporto scritto) va quindi messo a disposizione dei soci (art. 63 cpv. 1 lett. c). Il perito incaricato della verifica deve disporre di requisiti particolari (cfr. l'art. 727b CO e l'ordinanza sui requisiti professionali dei revisori particolarmente qualificati). Deve inoltre essere indipendente nei confronti della società, dei membri del suo organo d'amministrazione o addirittura di un socio di maggioranza (art. 727c CO per analogia). La società deve garantirgli l'accesso a tutti i documenti e le in-

formazioni utili all'adempimento del suo mandato (*cpv.* 3). La scelta del revisore compete all'organo superiore di direzione o di amministrazione della società.

Giusta il *capoverso* 2, le piccole e medie imprese ai sensi dell'articolo 2 lettera e possono rinunciare alla verifica previo consenso di tutti i soci¹⁵². Una disposizione analoga è prevista in materia di fusione e di scissione (art. 15 *cpv.* 2 e 40). Poiché la verifica mira a garantire la protezione dei diritti dei soci e, in particolare, dei soci minoritari, la totalità dei soci deve acconsentire alla rinuncia a tale misura di protezione.

In virtù del *capoverso* 4, il revisore deve verificare se le condizioni della trasformazione sono adempiute, in particolare se lo statuto dei soci è salvaguardato nell'ambito della trasformazione. Deve vigilare in particolare sul rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 56 (salvaguardia delle quote sociali e dei diritti societari) e 57 (disposizioni sulla costituzione).

Art. 63 Diritto di consultazione

Questa disposizione è il corrispettivo degli articoli 16 e 41, applicabili in materia di fusione e di scissione. Essa prevede la pubblicità della documentazione su cui poggia la trasformazione, prima che l'assemblea generale o i soci siano chiamati a pronunciarsi in merito alla trasformazione conformemente all'articolo 64.

In virtù del *capoverso* 1, nei 30 giorni che precedono la decisione dell'assemblea generale, la società deve consentire ai soci di consultare presso la sua sede i documenti seguenti:

- il progetto di trasformazione (art. 60);
- il rapporto di trasformazione (art. 61);
- il rapporto di revisione (art. 62);
- i conti annuali e i rapporti annuali dei tre ultimi esercizi contabili, nonché l'eventuale bilancio intermedio.

La facoltà di consultare tali documenti consente ai soci di formarsi un'opinione sulla trasformazione in vista della relativa decisione (art. 61). Il diritto di consultazione riveste particolare importanza per i soci minoritari; questi ultimi devono poter esaminare la situazione economica e giuridica della società prima e dopo la trasformazione, verificando in particolare se i loro diritti sono salvaguardati in modo adeguato, conformemente all'articolo 56.

Come in materia di fusione e di scissione (art. 16 *cpv.* 2 e 41 *cpv.* 2), il *capoverso* 2 consente alle PMI di prescindere dalla procedura di consultazione previo consenso di tutti i soci.

Il diritto di consultazione dei soci è completato dal diritto di esigere dalla società la consegna gratuita di copie dei documenti summenzionati (*cpv.* 3).

Onde garantire l'esercizio del diritto di consultazione, il *capoverso* 4 impone alla società di informare in modo appropriato i soci in merito ai loro diritti. Poiché tale

¹⁵² Verosimilmente, tale deroga a favore delle PMI non è compatibile con le esigenze di cui all'art. 13 della seconda direttiva europea (77/91/CEE; GU n. L 026 del 30 gennaio 1977, pag. 1 segg.). Giusta tale articolo, la trasformazione di una società di diversa forma giuridica in una società anonima deve offrire garanzie almeno identiche a quelle previste dagli articoli 2–12 della stessa direttiva. Cfr. in particolare le esigenze di cui all'art. 10 della direttiva.

disposizione è identica a quella di cui all'articolo 16 capoverso 4, si rinvia al relativo commento.

2.1.4.5 Sezione 5: Decisione di trasformazione e iscrizione nel registro di commercio

Art. 64 Decisione di trasformazione

In conformità agli articoli 59 capoverso 2 e 64, l'organo superiore di direzione o di amministrazione della società deve sottoporre il progetto di trasformazione all'approvazione dell'assemblea generale, rispettivamente all'approvazione dei soci di società in nome collettivo e di società in accomandita. Tale competenza è legittimata dalla portata decisiva della decisione di trasformazione, la quale modifica sostanzialmente le strutture societarie e lo statuto giuridico dei soci.

Le esigenze di maggioranza relative alla decisione di trasformazione previste dalla presente disposizione sono identiche a quelle di cui all'articolo 18, applicabile alla fusione tra società di diversa forma giuridica. Per maggiori dettagli in merito, si rinvia pertanto al commento relativo a tale articolo.

Art. 65 Atto pubblico

Giusta questa disposizione, la decisione di trasformazione di cui all'articolo 64 richiede l'atto pubblico. Tale esigenza mira a garantire la certezza del diritto. L'atto pubblico è necessario anche perché la trasformazione consente alla società di assumere una forma giuridica per la quale è richiesto un atto pubblico costitutivo (cfr. art. 57).

Art. 66 Iscrizione nel registro di commercio

Tutte le società che possono operare una trasformazione in virtù dell'articolo 54 sono soggette all'obbligo di iscrizione nel registro di commercio. La trasformazione comporta sempre, di conseguenza, la modifica di fatti iscritti nel registro di commercio, la quale, alla stregua di ogni altra modifica, va iscritta nel registro di commercio. Essa è quindi pubblicata nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (art. 931 cpv. 1 CO).

L'iscrizione nel registro di commercio ha carattere costitutivo ai fini della validità giuridica della trasformazione. Essa consente alla trasformazione di esplicare effetto, segnatamente nei confronti dei terzi (art. 67). Per quanto concerne il potere di cognizione delle autorità del registro di commercio in occasione dell'iscrizione della trasformazione, si rinvia alle osservazioni relative all'articolo 21, valide anche in caso di trasformazione.

La notifica per l'iscrizione compete all'organo superiore di direzione o di amministrazione e ha luogo subito dopo l'approvazione del progetto di trasformazione (decisione di trasformazione; art. 64).

Contrariamente a quanto previsto dal diritto vigente, la trasformazione mediante cambiamento della forma giuridica necessita di una sola iscrizione nel registro di commercio. Tale iscrizione menziona il cambiamento di forma giuridica e tutte le modifiche di fatti iscritti consecutive alla trasformazione (data dello statuto, scopo sociale, capitale sociale, designazione degli organi, ditta, ecc.). Giusta l'articolo 102

lettera a, spetta al Consiglio federale disciplinare i dettagli della procedura d'iscrizione nell'ambito dell'ordinanza sul registro di commercio.

Art. 67 Validità giuridica

Questa disposizione conferisce effetto costitutivo all'iscrizione della trasformazione nel registro di commercio. L'iscrizione conferisce validità giuridica alla trasformazione. A partire da tale momento, la società è retta dal suo nuovo statuto e dalle disposizioni legali applicabili alla nuova forma giuridica. Il cambiamento di regime giuridico si estende ovviamente anche ai diritti e agli obblighi dei soci, in particolare nei confronti della società. I soci acquisiscono i diritti societari previsti dal progetto di trasformazione (art. 60 lett. c). Contrariamente a quanto si verifica in caso di fusione e di scissione, l'iscrizione della trasformazione nel registro di commercio non comporta la successione universale del patrimonio societario. Giusta l'articolo 53, la trasformazione si compie infatti senza il trasferimento di diritti; la società continua a esistere nella nuova forma giuridica (cfr. l'art. 53).

2.1.4.6 Sezione 6: Protezione dei creditori e dei lavoratori

Art. 68

Dal punto di vista dei creditori, la trasformazione non comporta un cambiamento di debitore: quest'ultimo permane identico; muta soltanto la sua forma giuridica. La trasformazione non influisce neppure sull'ammontare della sostanza sociale, la quale resta invariata. In generale, i rischi di lesione dei diritti dei creditori sono di conseguenza fortemente ridotti, in particolari rispetto a quanto accade in caso di scissione e, in misura minore, in caso di fusione.

La trasformazione di una società con eccedenza di debiti o con una perdita di capitale è del resto esclusa. Le disposizioni concernenti la costituzione della società nella sua nuova forma giuridica si applicano infatti in caso di trasformazione (art. 57). Non è pertanto possibile trasformare un'associazione con eccedenza di debiti in una società anonima il cui capitale azionario non fosse integralmente coperto.

Benché si compia senza cambiamento di debitore, in alcuni casi la trasformazione può ledere i diritti dei creditori della società. Ciò accade in particolare quando il regime di responsabilità per i debiti della società subisce una modifica derivante dal cambiamento della forma giuridica e tale modifica danneggia i creditori. Ad esempio, se una società in nome collettivo, in cui vige il principio della responsabilità personale sussidiaria dei soci per i debiti sociali (art. 552 cpv. 1 e 568 CO), è trasformata in una società anonima, i creditori perdono il beneficio della responsabilità solidale illimitata dei soci. Lo stesso accade in caso di trasformazione in società anonima di una società cooperativa i cui soci rispondono personalmente dei debiti (art. 833 n. 5 e 869 CO); l'articolo 680 capoverso 1 CO prevede infatti che agli azionisti non può essere imposto un obbligo eccedente la liberazione delle azioni sottoscritte.

È pertanto necessario prevedere misure di protezione dei creditori per il caso in cui la trasformazione comporti una riduzione o una soppressione della responsabilità personale dei soci per i debiti sociali. In tal senso, il *capoverso 1* prevede che le disposizioni concernenti la continuità della responsabilità personale dei soci, di cui

all'articolo 26, sono applicabili alla trasformazione. Per i dettagli inerenti a tale regolamentazione si rimanda al commento relativo all'articolo summenzionato.

In caso di trasformazione, anche il bisogno di proteggere i diritti dei lavoratori è minimo. Il fatto che tale operazione si compia senza trasferimento di patrimonio rende superflue le disposizioni concernenti il trasferimento dei rapporti di lavoro e la garanzia dei crediti derivanti dal contratto di lavoro. È per contro necessario disciplinare la continuità dell'eventuale responsabilità personale dei soci per i debiti della società derivanti da rapporti di lavoro. Il *capoverso 2* rinvia quindi all'articolo 27 capoverso 3, applicabile in materia di fusione.

2.1.5 Capitolo 5: Trasferimento di patrimonio

2.1.5.1 Sezione 1: Disposizioni generali

Art. 69

Il trasferimento di patrimonio è un nuovo istituto giuridico. Esso permette alle società e ditte individuali iscritte nel registro di commercio di trasferire tutto o parte del loro patrimonio a un altro soggetto giuridico di diritto privato (cpv. 1). Come in materia di fusione e di scissione, il trasferimento si compie *uno actu*, con attivi e passivi; tutti gli elementi patrimoniali designati dal contratto sono trasferiti senza che le regole formali specifiche del trasferimento individuale vadano rispettate. In cambio del trasferimento di patrimonio, al soggetto trasferente può essere attribuita una controprestazione, la quale non costituisce tuttavia una condizione del trasferimento medesimo. In ogni caso, vanno rispettate le norme sulla protezione del capitale sociale e sulla liquidazione (cpv. 2).

Giusta il *capoverso 1*, sia le società ai sensi dell'articolo 2 lettera b, sia le ditte individuali possono operare un trasferimento di patrimonio. La società o la ditta individuale trasferente deve tuttavia essere previamente iscritta nel registro di commercio. Per quanto concerne le ditte individuali, si tratta per la precisione delle persone fisiche iscritte nel registro di commercio sulla base dell'articolo 934 CO, vale a dire le persone che esercitano un'impresa in forma commerciale. L'iscrizione del soggetto trasferente nel registro di commercio è imperativa poiché il trasferimento di patrimonio permette di trasferire diritti senza che sia necessario osservare altre prescrizioni di forma. L'accantonamento delle prescrizioni di forma specifiche della successione a titolo individuale, come ad esempio l'iscrizione nel registro fondiario, è tuttavia possibile soltanto se la pubblicità necessaria al trasferimento della proprietà è assicurata mediante l'iscrizione nel registro di commercio (a tal proposito, cfr. il commento dettagliato all'art. 73). Il trasferimento dei diritti deve dunque acquisire validità giuridica all'atto della sua iscrizione nel registro di commercio (cfr. art. 73).

La partecipazione di un soggetto di diritto pubblico a un trasferimento di patrimonio, in qualità di soggetto giuridico trasferente o assuntore, è disciplinata dall'articolo 99 capoverso 2. Gli istituti di diritto pubblico iscritti nel registro di commercio possono procedere a un trasferimento patrimoniale a favore di altri soggetti giuridici, a prescindere dal fatto che questi ultimi siano retti dal diritto pubblico o dal diritto privato. Analogamente, i soggetti giuridici di diritto privato iscritti nel registro di commercio possono trasferire tutto o parte del loro patrimonio a un istituto di diritto pubblico. In virtù dell'articolo 100 capoverso 1, le disposizioni di cui agli arti-

coli 69 segg. si applicano per analogia al trasferimento di patrimonio cui prende parte un soggetto giuridico di diritto pubblico.

Anche le fondazioni e gli istituti di previdenza possono partecipare a un trasferimento di patrimonio. L'operazione è in tal caso disciplinata dagli articoli 86 seg. e 98.

Nel numero 7.3.5, una tabella sinottica illustra le possibilità di trasferimento di patrimonio.

Gli elementi patrimoniali trasferiti sono oggetto di inventario (art. 71 cpv. 1 lett. b). La parte di patrimonio può comporsi di qualsiasi elemento patrimoniale attivo e passivo suscettibile di essere trasferito; un unico diritto è formalmente sufficiente a costituire una parte di patrimonio. Giusta l'articolo 71 capoverso 2, è tuttavia indispensabile che il patrimonio presenti un attivo netto; l'importo totale degli attivi deve essere superiore a quello dei fondi estranei. Contrariamente a quanto previsto dall'articolo 181 CO, il disegno di legge sulla fusione non ha mantenuto la sottile distinzione tra le nozioni di patrimonio e di azienda. Il capoverso 1 menziona unicamente la nozione di patrimonio, in quanto più ampia di quella di azienda.

Il trasferimento di patrimonio ai sensi del capitolo 5 e la scissione ai sensi del capitolo 3, sia mediante divisione, sia mediante separazione, presentano talune analogie. Onde evitare qualsivoglia confusione tra i due istituti giuridici, il secondo periodo del capoverso 1 specifica che soltanto una scissione è ammessa – ma non un trasferimento di patrimonio – se ai soci sono attribuiti quote sociali o diritti societari della società assuntrice. Di contro, il trasferimento di patrimonio non concerne affatto le quote o i diritti dei soci della società trasferente; l'eventuale controprestazione spetta alla società trasferente stessa. Le disposizioni sulla scissione e quelle sul trasferimento di patrimonio si escludono pertanto a vicenda, il che rende impossibile un'applicazione cumulativa.

La semplificazione del trasferimento di una massa di elementi patrimoniali *uno actu* mediante il trasferimento di patrimonio va accompagnata da un certo numero di misure di protezione, segnatamente al fine di salvaguardare i diritti e gli interessi dei creditori e dei soci della società trasferente. Va menzionato, fra tali misure, il rispetto delle norme legali e statutarie concernenti la protezione del capitale e la liquidazione della società. Il rispetto di tali norme può sembrare scontato ma, per evitare che il trasferimento di patrimonio sia utilizzato al fine di eludere le norme summenzionate, il *capoverso 2* fa del loro rispetto una condizione del trasferimento medesimo. La riserva legale di cui al capoverso 2 si riferisce in particolare al divieto di restituzione dei conferimenti, quanto meno se fanno parte del patrimonio vincolato (art. 680 cpv. 2 CO), ma anche a tutte le disposizioni concernenti la liquidazione (art. 739 segg. CO) e, in particolare, alle disposizioni sulla protezione dei creditori (diffida dei creditori giusta l'art. 742 cpv. 2 CO). Il riferimento alle norme statutarie concerne i casi in cui lo statuto contenga disposizioni sulla protezione del capitale o sulla liquidazione di portata maggiore rispetto alle disposizioni di legge (ad es.: in merito alla destinazione del patrimonio sociale liberamente disponibile, all'utilizzo dell'eventuale utile della liquidazione o anche alla maggioranza necessaria alla decisione di scioglimento).

La riserva a favore del rispetto delle norme sulla protezione del capitale e sulla liquidazione della società va correlata in particolare all'adeguatezza della controprestazione del trasferimento di patrimonio. Come accennato in precedenza, essa non è una condizione del trasferimento di patrimonio, ma il fatto di rinunciare a una con-

troprestazione o di convenire una controprestazione il cui valore sia inferiore a quello del patrimonio trasferito potrebbe consentire a una società (a seconda delle circostanze) di violare le norme legali e statutarie sulla salvaguardia del capitale e sulla liquidazione della società; sotto il profilo penale, una siffatta transazione può addirittura costituire un caso di amministrazione infedele (art. 158 CP). Il capoverso 2 si propone di garantire che la sostanza della società non sia intaccata dal trasferimento di patrimonio e che non siano lesi i diritti dei creditori e dei soci.

Se il trasferimento di patrimonio di una società equivale a un'operazione di liquidazione, la sua realizzazione presuppone che sia stata presa una decisione di scioglimento definitiva. Ciò si verifica segnatamente quando il soggetto assuntore non fornisce una controprestazione corrispondente al valore del patrimonio trasferito. Lo scioglimento preventivo di una società può inoltre rivelarsi necessario anche quando il trasferimento di patrimonio è utilizzato, in modo funzionale, quale succedaneo di un'operazione di fusione, di scissione o di trasformazione (a prescindere dal fatto che l'operazione in causa sia prevista o meno dal disegno di legge sulla fusione). Ad esempio, se una società cooperativa intende trasferire tutto il suo patrimonio a una fondazione per ottenere un risultato che, da un punto di vista economico, equivalga alla sua incorporazione nella fondazione stessa, va in primo luogo sciolta la società medesima. Nell'ambito della liquidazione, la società cooperativa potrà poi devolvere l'insieme del patrimonio alla fondazione mediante un vero e proprio trasferimento di patrimonio.

2.1.5.2 Sezione 2: Contratto di trasferimento

Art. 70 Conclusione del contratto di trasferimento

Il trasferimento di patrimonio è sempre fondato su un contratto. Giusta il *capoverso 1*, il contratto è stipulato dagli organi superiori di direzione o di amministrazione dei soggetti giuridici partecipanti al trasferimento¹⁵³. Tale attribuzione di competenza corrisponde a quella prevista in materia di fusione e di scissione (art. 12 e 34).

La competenza degli organi superiori di direzione o di amministrazione non esclude un eventuale intervento o partecipazione da parte dell'assemblea generale. Se la realizzazione del trasferimento presuppone una modifica dello statuto o del contratto di società, l'assemblea generale o l'assemblea dei soci deve esprimersi in merito. Ciò accade in particolare quando una società d'esercizio è convertita in una società holding (modifica del fine statutario). Una decisione dell'assemblea generale è inoltre richiesta anche nel caso in cui il trasferimento di patrimonio equivalga a un'operazione di liquidazione (cfr. il commento all'articolo 69).

Il disciplinamento della competenza relativa alla conclusione del contratto non modifica in nessun caso le disposizioni generali della legge e dello statuto concernenti la competenza in seno alle società. Il potere di rappresentanza dei membri dell'organo superiore di direzione o di amministrazione è sempre delimitato dal fine statutario (in senso lato)¹⁵⁴. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, l'alienazione dell'intera impresa, con tutti gli attivi, non rientra di norma nel quadro delle

¹⁵³ Per una definizione di tale nozione, cfr. il commento all'art. 12. Nel caso delle ditte individuali, tale competenza spetta ovviamente al titolare della ditta.

¹⁵⁴ Cfr. ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8^a ed. Berna 1998, § 9 n. 71 seg.

operazioni coperte dal fine sociale; il consiglio d'amministrazione non può di norma alienare di sua iniziativa l'intera azienda¹⁵⁵. Lo stesso accade in caso di trasferimento di patrimonio: in linea di principio, quest'ultimo deve poter essere legittimato dal fine sociale ed essere compatibile con lo stesso.

Giusta il *capoverso 2*, il contratto di trasferimento richiede la forma scritta. Tale norma si applica anche qualora si trasferiscano fondi. In tal caso, affinché sia possibile apportare le relative modifiche nel registro fondiario (art. 103) è necessario un atto pubblico di accertamento. A tal fine è sufficiente un solo atto pubblico, anche se i fondi trasferiti sono siti in più Cantoni.

Art. 71 Contenuto del contratto di trasferimento

Il *capoverso 1* elenca gli elementi essenziali che il contratto di trasferimento deve prevedere. Le parti possono inoltre vincolare la conclusione del contratto all'accordo su questioni ulteriori (elementi soggettivamente essenziali). In dettaglio, il contratto deve contemplare almeno gli elementi seguenti:

Capoverso 1 lettera a: il contratto deve permettere l'identificazione delle parti contraenti. Deve dunque menzionare la loro ditta o il loro nome, la sede e la forma giuridica.

Capoverso 1 lettera b: come in materia di scissione (art. 37 lett. b), va stilato un inventario degli elementi del patrimonio attivo e passivo trasferiti. L'inventario è la base su cui poggia il trasferimento di patrimonio: esso determina quali elementi patrimoniali sono trasferiti. Onde garantire la sicurezza dei negozi giuridici, l'inventario deve indicare chiaramente gli elementi trasferiti; i fondi, i titoli di credito e i valori immateriali vanno addirittura designati singolarmente. La nozione di valore immateriale abbraccia beni quali i diritti immateriali, il know-how e il goodwill, la cui stima è spesso fonte di problemi. La loro enumerazione mira a garantire la trasparenza. L'esigenza di una designazione chiara è indispensabile poiché una designazione vaga del patrimonio trasferito comporterebbe un'incertezza duratura quanto alla proprietà e ai titolari degli elementi patrimoniali trasferiti. Una simile conseguenza nuocerebbe sia agli interessi delle parti contraenti, sia a quelli dei terzi, in particolare dei creditori; essa potrebbe inoltre mettere in pericolo la sicurezza delle negozi giuridici e la certezza del diritto. È impresa difficile precisare in modo generale e astratto quali condizioni sia necessario adempiere affinché la designazione possa essere ritenuta chiara; essa dipende ampiamente dalla natura degli elementi patrimoniali trasferiti e dalla composizione della parte di patrimonio. In generale, la descrizione contenuta nel contratto di trasferimento dev'essere sufficientemente concreta da poter attribuire con certezza i valori patrimoniali in qualsiasi circostanza.

Capoverso 1 lettera c: il contratto deve indicare il valore complessivo degli attivi e dei passivi trasferiti. Giusta il *capoverso 2*, la differenza tra i due importi dev'essere positiva. Non è pertanto necessario designare singolarmente il valore di ciascuno degli elementi patrimoniali trasferiti.

Capoverso 1 lettera d: il trasferimento di patrimonio può aver luogo a titolo gratuito o prevedere una controprestazione da parte del soggetto giuridico assunto. Se è convenuta una controprestazione, essa costituisce un elemento essenziale del contratto. Se il trasferimento ha luogo senza controprestazione, tale fatto sarà parimenti

monio, a seconda del modo in cui è utilizzato, consente di ottenere un risultato simile a quello di una fusione, di una scissione o di una trasformazione (in merito, cfr. n. 1.3.2.4.4). Per i motivi suindicati, il trasferimento di patrimonio deve acquisire validità giuridica a partire dalla sua iscrizione nel registro di commercio (cpv. 2).

In virtù del *capoverso 1*, la notificazione per l'iscrizione nel registro di commercio è compito dell'organo superiore di direzione o di amministrazione del soggetto giuridico trasferente. Una volta operata, l'iscrizione è seguita da una pubblicazione nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC), conformemente a quanto disposto dall'articolo 931 capoverso 1 CO. La pubblicazione concerne tuttavia soltanto il principio del trasferimento di patrimonio; essa non menziona singolarmente gli elementi patrimoniali trasferiti. La pubblicità relativa al trasferimento dei diritti è garantita dall'iscrizione nel giornale e nella scheda del soggetto (art. 11 ORC), dalla pubblicazione nel FUSC (art. 931 CO) e dalla facoltà per i terzi di prendere visione dei documenti su cui poggia l'iscrizione (art. 930 CO). L'iscrizione origina inoltre una presunzione generale di conoscenza (efficacia dei fatti iscritti nel registro di commercio ai sensi dell'art. 933 CO). Tale presunzione concerne tuttavia soltanto il principio del trasferimento e non il trasferimento dei singoli elementi patrimoniali; questi ultimi non sono infatti pubblicati. È nell'interesse collettivo, compreso quello dei soggetti partecipanti al trasferimento, che il trasferimento di patrimonio fruisca degli effetti derivanti dall'iscrizione nel registro di commercio.

Il *capoverso 2* conferisce effetto costitutivo all'iscrizione nel registro di commercio. All'atto dell'iscrizione, tutti gli attivi e i passivi elencati nell'inventario sono trasferiti al soggetto giuridico assunto¹⁵⁶. Tale trasferimento globale di un patrimonio o di parte di esso è il cardine della nuova regolamentazione e differenzia sostanzialmente quest'ultima dal vigente articolo 181 CO. Come in materia di scissione, tale forma di trasferimento non costituisce un caso di successione a titolo universale propriamente detta, identico alla fusione (art. 22) o alla devoluzione (art. 560 CC). Sono infatti trasferiti soltanto gli elementi patrimoniali figuranti nell'inventario; il soggetto trasferente non cessa di esistere. Si tratta piuttosto, di conseguenza, di una «successione universale parziale». La nozione di «trasferimento secondo inventario» sembra tuttavia meglio definire tale nuova forma di trasferimento di patrimonio.

Conformemente all'articolo 34 LCart, gli effetti di diritto civile sono sospesi se la concentrazione di imprese è soggetta a controllo dal profilo del diritto della concorrenza. Tale disciplinamento della LCart, applicabile a seconda delle circostanze, è fatto salvo dal *capoverso 2*.

2.1.5.4 Sezione 4: Informazione dei soci

Art. 74

Se una società trasferisce una parte importante del proprio patrimonio, i soci hanno senza dubbio il bisogno legittimo di essere informati di tale trasferimento e delle condizioni del suo svolgimento. Tale necessità non è stata del resto contestata nell'ambito della procedura di consultazione per quanto concerne la dissociazione (art. 39 lett. c AP-LFus), la quale nel disegno è sostituita dal trasferimento di patrimonio.

¹⁵⁶ Per quanto concerne il momento esatto a partire dal quale il trasferimento di patrimonio acquisisce validità giuridica, cfr. il commento all'art. 22.

Il *capoverso 1* impone all'organo superiore di direzione o di amministrazione della società trasferente di informare i soci in caso di trasferimento di patrimonio. In virtù del *capoverso 3*, tale obbligo esiste soltanto nella misura in cui il valore degli attivi trasferiti sia superiore al 5 per cento del bilancio complessivo. Va da sé che la base di calcolo è costituita dall'ultimo bilancio stilato dalla società e, se del caso, approvato dall'assemblea generale. Dal canto suo, la nozione di bilancio complessivo comprende l'insieme degli attivi circolanti e degli attivi fissi; un'eventuale perdita non ne fa parte. Al fine di garantire la certezza del diritto, la soglia determinante per l'obbligo d'informare è costituita da una percentuale del bilancio complessivo piuttosto che da una nozione generica (ad es.: una parte importante del patrimonio).

L'informazione è inserita nell'allegato al conto annuale (art. 663b CO), quantomeno per le società tenute ad allestirlo. Se non vi è l'obbligo di allestire tale conto, il trasferimento di patrimonio dev'essere oggetto di un rapporto presentato nel corso dell'assemblea generale successiva e figurare in una rubrica dell'ordine del giorno allegato alla convocazione dell'assemblea generale.

Un'informazione minima dei soci è inoltre necessaria a causa del fatto che il trasferimento di patrimonio consente, a seconda delle modalità d'utilizzazione, di ottenere un risultato simile a quello di una fusione, di una scissione o di una trasformazione (in merito, cfr. n. 1.3.2.4.4). Se i diritti societari non sono interessati dall'operazione, l'informazione dei soci è posteriore alla realizzazione del trasferimento. Il disegno rinuncia pertanto a un rapporto speciale dell'organo superiore di direzione o di amministrazione e a un diritto di consultazione speciale come invece previsto in materia di fusione, di scissione e di trasformazione (art. 14, 16, 39, 41, 61 e 63).

Qualora tale disposizione non sia rispettata, gli azionisti possono in particolare esigere l'istituzione di una verifica speciale (art. 697a segg. CO); la responsabilità dei membri dell'organo superiore di direzione o di amministrazione può inoltre essere chiamata in causa se ne risulta un danno.

Il *capoverso 2* disciplina il contenuto materiale dell'informazione nei confronti dei soci. Tale disposizione si ispira direttamente a quelle previste in materia di fusione e di scissione (art. 14 e 39). Lo scopo e le conseguenze del trasferimento vanno spiegati e giustificati sotto i profili economico e giuridico (lett. a). Lo stesso vale per il contratto di trasferimento (lett. b) e per la controprestazione (lett. c); se non è convenuta alcuna controprestazione, tale fatto va giustificato. I soci vanno informati circa le ripercussioni del trasferimento sui lavoratori e sul contenuto di un eventuale piano sociale (lett. d).

L'introduzione di un obbligo d'informare in materia di trasferimenti di patrimonio permette alla Svizzera di tenere conto dei principi dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici (OCSE) in materia di gestione aziendale. Tali principi auspicano la trasparenza delle operazioni di cessione di frazioni importanti degli

attivi di una società, nonché un'informazione adeguata degli azionisti (soci) affinché i loro diritti siano tutelati¹⁵⁷.

2.1.5.5 Sezione 5: Protezione dei creditori e dei lavoratori

Art. 75 Responsabilità solidale

L'ammissibilità del trasferimento di patrimonio implica che un soggetto giuridico possa trasferire molteplici elementi non solo del patrimonio attivo, ma anche di quello passivo. Benché il patrimonio o la parte di patrimonio debba sempre presentare, ai sensi dell'articolo 71 capoverso 2, un'eccedenza di attivi, non è escluso che i creditori siano danneggiati, ad esempio dal fatto che il soggetto giuridico assuntore goda di minor credito rispetto al soggetto giuridico trasferente oppure presenti un'eccedenza di debiti.

Per meglio proteggere i creditori il cui credito è trasferito, i *capoversi 1 e 2* riprendono il principio della normativa di cui all'articolo 181 capoverso 2 CO, concernente la responsabilità solidale. La modifica principale rispetto a tale disposizione concerne la durata della responsabilità solidale, portata da due a tre anni¹⁵⁸. I debitori precedenti rimangono solidalmente obbligati con il nuovo debitore, per i debiti trasferiti, per tre anni a partire dalla pubblicazione del trasferimento di patrimonio o, per i crediti che scadono successivamente, dal giorno della scadenza. La responsabilità solidale di cui all'articolo 75 costituisce un caso di solidarietà perfetta tra i due debitori ai sensi degli articoli 143 segg. CO: tanto il soggetto giuridico trasferente, quanto quello assuntore rispondono per intero dei debiti trasferiti. Il pagamento effettuato da uno dei debitori libera gli altri.

Giusta il *capoverso 3*, i soggetti giuridici partecipanti al trasferimento devono garantire i crediti in due situazioni particolari:

- La responsabilità solidale si estingue prima della fine del termine di tre anni: tale condizione si realizza in particolare quando, in seguito al fallimento di uno dei soggetti giuridici partecipanti al trasferimento di patrimonio, la sua responsabilità solidale non offre più alcuna protezione.
- I creditori rendono verosimile che la responsabilità solidale non garantisce una protezione sufficiente.

Nei due casi le garanzie sono costituite posteriormente alla realizzazione del trasferimento di patrimonio.

Conformemente al *capoverso 4*, i soggetti giuridici possono inoltre soddisfare i crediti se non ne risulta un danno per gli altri creditori. Ove dal tenore o dalla natura

¹⁵⁷ Cfr. i principi dell'OCSE in materia di gestione aziendale, SG/CG/(99) 5 del 29 aprile 1999. La parte I. E. 1. afferma che le norme e le procedure che disciplinano l'acquisizione, sui mercati finanziari, di una partecipazione che assicura il controllo di una società, come pure le operazioni di carattere eccezionale come le fusioni e le cessioni di frazioni importanti degli attivi di una società, andrebbero definite con precisione e rese pubbliche, così da informare gli investitori in merito ai loro diritti e alle possibilità di ricorrere. Le transazioni dovrebbero essere trasparenti quanto al prezzo e dovrebbero svolgersi in condizioni di lealtà atte a proteggere i diritti di tutti gli azionisti, a prescindere dalla categoria a cui appartengono.

¹⁵⁸ Si propone anche un adeguamento corrispondente dell'art. 181 cpv. 2 CO; cfr. anche il commento a tale disposizione.

del contratto o dalle circostanze non risulti una diversa volontà delle parti, l'adempimento dell'obbligazione può addirittura aver luogo prima della scadenza del termine (art. 81 CO).

Art. 76 Trasferimento dei rapporti di lavoro e responsabilità solidale

Il trasferimento della totalità di un patrimonio o di parte di esso può comportare, come in materia di fusione e di scissione, il trasferimento dei rapporti di lavoro al soggetto giuridico assunto. In tal caso, il *capoverso 1* prevede espressamente che il trasferimento dei rapporti di lavoro è retto dall'articolo 333 CO. Giusta tale articolo, i rapporti passano all'acquirente del patrimonio con tutti i diritti e gli obblighi che ne derivano. Il lavoratore può tuttavia opporsi al trasferimento dei rapporti di lavoro (come accade in materia di fusione e di scissione; cfr. gli art. 27 e 49).

Per quanto concerne la protezione dei diritti patrimoniali dei lavoratori e, in particolare, i loro crediti relativi al versamento del salario, il *capoverso 2* rinvia all'articolo 75. Ai sensi di tale disposizione, il debitore precedente risponde solidalmente, per tre anni, dell'esecuzione dei debiti. I lavoratori possono esigere la costituzione di garanzie se la responsabilità solidale si estingue prima della scadenza del termine triennale o non rappresenta una protezione sufficiente. La responsabilità solidale e il diritto di esigere la costituzione di garanzie concernono inoltre tutti i debiti derivanti dal contratto di lavoro divenuti esigibili sino al momento in cui il rapporto di lavoro può essere sciolto normalmente o è sciolto per opposizione del lavoratore al trasferimento. Di conseguenza, tali misure di protezione concernono anche crediti salariali posteriori alla realizzazione del trasferimento di patrimonio.

Art. 77 Consultazione dei rappresentanti dei lavoratori

Il *capoverso 1* prevede espressamente che l'articolo 333a CO, concernente la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, si applica al trasferimento di patrimonio. Ai sensi dell'articolo 333a CO, il soggetto giuridico trasferente è tenuto a informare tempestivamente la rappresentanza dei lavoratori o, in mancanza, i lavoratori medesimi prima del trasferimento. I lavoratori vanno informati in merito al motivo e alle conseguenze giuridiche, economiche e sociali del trasferimento.

L'obbligo di consultare i lavoratori non grava unicamente il soggetto giuridico trasferente, ma anche il soggetto giuridico assunto. Se il trasferimento di patrimonio ha ripercussioni per i lavoratori, infatti, queste ultime possono concernere sia i lavoratori della società trasferente, sia quelli della società assuntrice. È pertanto necessario estendere la consultazione ai lavoratori del soggetto giuridico assunto.

Per quanto concerne i *capoversi 2 e 3*, si rinvia al commento relativo all'articolo 28 capoversi 3 e 4.

2.1.6 Capitolo 6: Fusione e trasferimento di patrimonio di fondazioni

Benché siano soggetti giuridici ai sensi dell'articolo 2 lettera a, le fondazioni presentano differenze strutturali assai importanti rispetto alle società. Contrariamente a queste ultime, che possono essere definite gruppi di persone fondati su un contratto e perseguenti un obiettivo comune, le fondazioni sono stabilimenti ai sensi dell'articolo 52 CC, vale a dire patrimoni destinati al conseguimento di un fine particolare. Ne consegue che, nell'ambito della forma giuridica della fondazione, i diritti e gli

obblighi societari sono inesistenti; è per contro opportuno tenere conto degli interessi dei destinatari delle fondazioni. Tali differenze strutturali tra società e fondazioni portano inoltre a disciplinare in modo differente gli istituti giuridici della legge sulla fusione; le norme applicabili alle fondazioni sono riunite in un capitolo distinto del disegno.

Il capitolo 6 disciplina la fusione tra fondazioni e la loro partecipazione a un trasferimento di patrimonio. Sono permesse soltanto queste due operazioni. Poiché una fondazione non ha membri, l'istituto giuridico della scissione non ha ragione d'essere; essa è proficuamente sostituita dal trasferimento di patrimonio. In quanto stabilimento, la fondazione è inoltre incompatibile con le società (in merito, cfr. anche il commento all'art. 4). La trasformazione diretta di una fondazione in una società va quindi esclusa. L'assenza di norme sulla trasformazione di fondazioni va relativizzata dal fatto che il trasferimento di patrimonio consente di ottenere un risultato assai simile a quello della trasformazione, quanto meno sotto il profilo economico.

Le fusioni e i trasferimenti di patrimonio cui partecipano fondazioni di previdenza professionale sottoposti alla vigilanza prevista dagli articoli 61 segg. LPP sono retti dalle disposizioni speciali di cui agli articoli 88 segg. Le disposizioni del presente capitolo non sono pertanto direttamente applicabili a tali istituti.

2.1.6.1 Sezione 1: Fusione

Le disposizioni applicabili alla fusione tra fondazioni sono in parte simili a quelle che disciplinano la fusione tra società (art. 3 segg.). La fusione poggia su un contratto stipulato tra le fondazioni (art. 79), il quale è in seguito verificato da un revisore (art. 81). Tali disposizioni tengono tuttavia conto delle peculiarità delle fondazioni, le quali si manifestano in particolare in relazione con le condizioni che le fondazioni devono soddisfare per potere operare la fusione (art. 78 cpv. 2), la protezione dei destinatari (art. 78 cpv. 2 e 82) e l'approvazione da parte dell'autorità di vigilanza (art. 83).

Art. 78 Principio

Giusta la *capoverso 1*, le fondazioni possono fondersi tra loro. In una decisione del 1989 (DTF 115 II 415 segg.), il Tribunale federale ha infatti riconosciuto l'ammissibilità della fusione tra fondazioni secondo il diritto vigente; si tratta tuttavia di un caso di fusione non previsto dalla legge. La fusione tra fondazioni presenta una particolarità rispetto alla fusione tra società ai sensi dell'articolo 3: poiché la fondazione non ha soci, la fusione non ha ripercussioni sul societariato (cfr. l'art. 7 per la fusione tra società). La fusione tra fondazioni può dunque essere definita come l'unione giuridica di due o più fondazioni senza liquidazione e comportante il trasferimento del loro patrimonio.

La differenza strutturale fondamentale tra una società e una fondazione comporta l'inammissibilità delle operazioni di fusione (e anche di trasformazione) che coinvolgono tali due forme giuridiche. L'incompatibilità tra le due forme summenzionate è dovuta principalmente all'assenza di soci nella fondazione. Se si ammettesse l'assunzione mediante fusione di una società anonima ad opera di una fondazione, infatti, gli azionisti perderebbero tutti i diritti societari senza beneficiare di una controprestazione. Una simile operazione va di conseguenza preceduta dallo sciogli-

mento e dalla liquidazione della società anonima, in quanto gruppo di persone. Cionondimeno, l'istituto giuridico del trasferimento di patrimonio (art. 69) consente di trasferire, *uno actu* e secondo una procedura semplice e celere, l'intero patrimonio della società anonima alla fondazione. È prevista anche l'operazione inversa (art. 86 seg.). Il trasferimento di patrimonio costituisce un succedaneo che consente di ovviare efficacemente all'inammissibilità della fusione (e della trasformazione) tra fondazioni e società.

Per la fusione tra fondazioni, il *capoverso 2* prevede condizioni qualificate:

- La fusione è permessa soltanto se è oggettivamente giustificata. Tale condizione è soddisfatta in particolare quando la fusione favorisce la salvaguardia e il conseguimento del fine della fondazione. Due fondazioni possono operare una fusione ad esempio quando perseguono uno scopo analogo che non sono più in grado di conseguire autonomamente.
- Benché i destinatari non dispongano di norma di pretese giuridiche nei confronti della fondazione, tali pretese vanno se del caso salvaguardate. Tale disposizione concerne principalmente le fondazioni di famiglia.

Le condizioni summenzionate si applicano sia alla fondazione assuntrice, sia alla fondazione trasferente.

Di norma, i destinatari di fondazioni non dispongono di pretese vere e proprie nel senso giuridico del termine. In caso di fusione, essi beneficiano tuttavia di una protezione indiretta, nella misura in cui la fusione dev'essere oggettivamente giustificata e, in particolare, promuovere la salvaguardia e la realizzazione del fine. La condizione relativa alla salvaguardia e al conseguimento del fine delle fondazioni presuppone che queste ultime perseguano fini analoghi o quantomeno complementari. Onde soddisfare tale esigenza, può risultare indispensabile modificare il fine della fondazione prima della fusione. Se in vista della fusione tale modifica si rende necessaria, si applica la procedura di cui all'articolo 86 CC.

Art. 79 Contratto di fusione

Secondo il *capoverso 1*, la conclusione del contratto di fusione spetta all'organo superiore della fondazione (consiglio di fondazione). L'approvazione del contratto di fusione da parte di un'assemblea generale, così come prevista per la fusione tra società (art. 12 cpv. 2), non è richiesta; la fondazione non dispone infatti di un organo analogo. Una volta concluso, il contratto va inoltre sottoposto per approvazione all'autorità di vigilanza conformemente all'articolo 83; è fatta salva la fusione di fondazioni di famiglia e di fondazioni ecclesiastiche, le quali non sono soggette a vigilanza statale (art. 87 cpv. 1 CC).

Il *capoverso 2* enumera gli elementi oggettivamente essenziali del contratto di fusione. Le fondazioni interessate possono ovviamente vincolare la fusione all'accordo su questioni ulteriori. Rispetto alla fusione tra società (art. 13), il contenuto del contratto di fusione è meno esteso, in particolare per l'assenza di questioni concernenti il societariato. In dettaglio, il contratto di fusione deve contenere almeno gli elementi seguenti:

- La designazione precisa delle fondazioni che partecipano alla fusione (*lett. a*): vanno indicati il nome, la sede e il fine. In caso di fusione mediante combinazione, tali dati devono essere indicati anche per la fondazione neo-costituita.

- Lo statuto dei destinatari titolari di pretese giuridiche in seno alla fondazione assuntrice (*lett. b*): conformemente all'articolo 78 capoverso 2, le eventuali pretese giuridiche dei destinatari vanno salvaguardate nel contesto della fusione. Onde poter verificare se tale condizione è adempiuta, il contratto di fusione deve contenere indicazioni sullo statuto dei destinatari.
- La data a partire dalla quale gli atti della fondazione trasferente sono ritenuti compiuti per conto della fondazione assuntrice (*lett. c*): tale disposizione consente alle fondazioni di conferire effetto retroattivo alla fusione, in particolare per motivi di ordine contabile o fiscale. La retroattività esplica tuttavia effetto soltanto nei confronti delle fondazioni partecipanti alla fusione. La fusione è efficace nei confronti dei terzi soltanto a partire dalla sua approvazione ad opera dell'autorità di vigilanza e dalla sua iscrizione nel registro di commercio, conformemente agli articoli 83 del disegno e 932 CO.

In virtù del *capoverso 3*, il contratto di fusione richiede la forma scritta. Tale regola formale prevale anche nel caso in cui la fusione comporti il trasferimento di fondi e deroga pertanto all'articolo 216 CO, che per la vendita di fondi prevede l'atto pubblico (cfr. anche l'art. 103).

Le fondazioni di famiglia e le fondazioni ecclesiastiche non abbisognano dell'iscrizione nel registro di commercio (art. 52 cpv. 2 CC) e non sottostanno neppure alla vigilanza di un'autorità statale (art. 87 cpv. 1 CC). In virtù di quanto precede e al fine di garantire la sicurezza dei negozi giuridici, il contratto di fusione dev'essere oggetto di atto pubblico. L'atto pubblico è inoltre necessario al fine di tutelare i diritti dei destinatari titolari di pretese giuridiche e dei creditori; esso permette di determinare con precisione il momento in cui la fusione acquisisce validità giuridica.

Art. 80 Bilancio

Come la fusione tra società, la fusione tra fondazioni deve necessariamente poggiare su un bilancio di fusione. Se l'ultimo bilancio stilato dalla fondazione non è più attuale, va allestito un bilancio intermedio. In tal caso, l'articolo 11 è applicabile mediante rinvio. Giusta tale disposizione, le fondazioni devono stilare un bilancio intermedio se la data determinante per il bilancio precede di oltre sei mesi quella della conclusione del contratto di fusione o se, posteriormente alla data determinante, sono sopravvenute modifiche importanti nel loro patrimonio. Per il resto si rinvia al commento relativo all'articolo 11.

Art. 81 Verifica del contratto di fusione

Come l'articolo 15 capoverso 1, il *capoverso 1* esige che le fondazioni facciano verificare da un revisore il contratto di fusione e i bilanci su cui poggia la fusione. Contrariamente a quanto previsto dall'articolo 15, il revisore non deve necessariamente possedere requisiti particolari. Se la fondazione dispone già di un organo di controllo in virtù dello statuto, la verifica può essere compiuta da tale organo. Ciascuna delle fondazioni partecipanti alla fusione può fare verificare separatamente i documenti su cui poggia la fusione; è pure possibile nominare un revisore comune.

Il *capoverso 2* impone alle fondazioni partecipanti alla fusione di fornire al revisore tutte le informazioni e i documenti utili. Tale obbligo si estende a tutte le fondazioni partecipanti alla fusione. Il revisore incaricato dalla fondazione assuntrice può pertanto esigere informazioni e documenti dalla fondazione trasferente.

Giusta il *capoverso 3*, il revisore deve redigere un rapporto scritto in cui accerta che le eventuali pretese giuridiche dei destinatari delle fondazioni sono salvaguardate (cfr. art. 78 cpv. 2). Deve inoltre attestare che la sostanza di tutte le fondazioni partecipanti alla fusione è sufficiente a soddisfare tutti i crediti, siano essi noti o prevedibili. Tale esigenza si prefigge di evitare che, a seguito della fusione, la fondazione si ritrovi con un'eccedenza di debiti.

Art. 82 Obbligo d'informare

Di norma, i destinatari di fondazioni non dispongono di pretese giuridiche vere e proprie. Se ne possiedono tuttavia, come accade nell'ambito di talune fondazioni di famiglia, esse vanno salvaguardate nel contesto della fusione conformemente all'articolo 78 capoverso 2.

L'articolo 82 prevede che gli organi superiori delle fondazioni partecipanti alla fusione informino in modo appropriato i destinatari titolari di pretese giuridiche nei confronti delle fondazioni medesime. L'informazione deve vertere sulla fusione prospettata e sulle sue ripercussioni sullo statuto giuridico dei destinatari. Va garantita prima che le fondazioni partecipanti richiedano l'approvazione del contratto di fusione da parte dell'autorità di vigilanza ai sensi dell'articolo 83. Nel caso delle fondazioni di famiglia e delle fondazioni ecclesiastiche, i destinatari vanno informati prima della decisione di fusione; tali fondazioni non sono infatti soggette a vigilanza e la fusione non necessita quindi di approvazione. L'informazione dei destinatari titolari di pretese giuridiche riveste importanza in quanto consente loro di valutare se opporsi alla fusione conformemente all'articolo 84 capoverso 2.

Art. 83 Approvazione ed esecuzione della fusione

Giusta l'articolo 84 CC, le fondazioni sono sottoposte alla vigilanza degli enti pubblici (Confederazione, Cantone o Comune) a cui appartengono per la loro destinazione. L'autorità di vigilanza provvede affinché i beni delle fondazioni siano impiegati conformemente al fine della fondazione. L'articolo 87 capoverso 1 CC sottrae le fondazioni di famiglia e le fondazioni ecclesiastiche alla vigilanza statale. Alla luce delle disposizioni generali relative alla vigilanza sulle fondazioni, spetta al disegno di legge sulla fusione disciplinare le questioni giuridiche inerenti alla vigilanza in materia di fusione tra fondazioni.

Il *capoverso 1* prevede che gli organi superiori delle fondazioni soggette a vigilanza da parte di una corporazione di diritto pubblico devono richiedere l'approvazione della fusione da parte dell'autorità di vigilanza. Tutte le fondazioni partecipanti alla fusione devono presentare per scritto un domanda d'approvazione congiunta. La domanda deve accertare che le condizioni della fusione e, in particolare, quelle di cui all'articolo 78 capoverso 2 sono adempiute. Tra i documenti giustificativi che è necessario allegare alla domanda e al contratto di fusione vanno menzionati i bilanci di fusione verificati dal revisore (art. 80) e il rapporto di revisione (art. 81).

Per prevenire eventuali conflitti di competenza tra le autorità di vigilanza delle diverse fondazioni partecipanti alla fusione, il *capoverso 2* attribuisce la competenza esclusiva di esaminare l'ammissibilità della fusione all'autorità di vigilanza della fondazione trasferente. È pertanto competente una sola autorità di vigilanza. Tale soluzione ha inoltre il pregio di escludere che le autorità di vigilanza emanino decisioni contraddittorie.

Il *capoverso 3* dispone che l'autorità di vigilanza competente esamina la domanda e, se le condizioni per la fusione sono adempiute, emette una decisione di approvazione. Una volta passata in giudicato la decisione, l'autorità di vigilanza notifica la fusione per l'iscrizione nel registro di commercio. Giusta il *capoverso 4*, l'articolo 22 capoverso 1 si applica per quanto concerne la validità giuridica. La fusione tra fondazioni acquisisce validità giuridica nei confronti dei terzi una volta iscritta nel registro di commercio e pubblicata nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (art. 932 CO). Se non sono adempiuti i presupposti legali della fusione, l'autorità di vigilanza deve negarne l'approvazione. La decisione dell'autorità di vigilanza è impugnabile mediante i rimedi giuridici ordinari applicabili in materia di diritto delle fondazioni.

Art. 84 Decisione ed esecuzione della fusione di fondazioni di famiglia
e di fondazioni ecclesiastiche

L'articolo 87 CC sottrae le fondazioni di famiglia e le fondazioni ecclesiastiche alla vigilanza statale; l'articolo 52 capoverso 2 CC le dispensa dal farsi iscrivere nel registro di commercio. La fusione di fondazioni di famiglia e di fondazioni ecclesiastiche non è pertanto né esaminata da un'autorità di vigilanza, né iscritta nel registro di commercio, il che rende inapplicabile la normativa di cui all'articolo 83. Al fine di tenere conto delle particolarità di tali fondazioni, il *capoverso 1* prevede che la fusione acquisisca validità giuridica soltanto dopo che l'organo superiore delle fondazioni partecipanti abbia decretato la fusione. La fusione diviene dunque effettiva una volta che il contratto di fusione, che riveste la forma di atto pubblico (art. 79 cpv. 3), sia stato approvato da tutte le fondazioni.

In assenza di una decisione dell'autorità di vigilanza competente, destinata tra l'altro a tutelare gli interessi dei destinatari, il *capoverso 2* istituisce una procedura particolare mirante a tutelare i destinatari titolari di pretese giuridiche. Se le condizioni materiali e formali della fusione non sono adempiute (art. 78 cpv. 2 e 79 - 82), i destinatari summenzionati possono impugnare la decisione di fusione dinanzi al giudice¹⁵⁹. Lo stesso diritto è riconosciuto ai membri dell'organo superiore delle fondazioni partecipanti alla fusione che non hanno avallato la decisione di fusione. Onde garantire la sicurezza dei negozi giuridici, l'azione va promossa entro tre mesi dalla decisione. Conformemente all'articolo 82, l'organo superiore della fondazione deve informare i destinatari titolari di pretese giuridiche prima che venga emanata la decisione di fusione. I destinatari sono dunque informati prima ancora che il termine inizi a decorrere. Per quanto concerne il margine di manovra del giudice, è applicabile l'articolo 106.

Art. 85 Protezione dei creditori

Secondo il *capoverso 1*, l'autorità di vigilanza deve informare i creditori, mediante una triplice pubblicazione nel Foglio ufficiale svizzero di commercio, del fatto che possono esigere la costituzione di garanzie se fanno valere i loro crediti. Le pubblicazioni vanno effettuate prima che l'autorità di vigilanza emetta la sua decisione conformemente all'articolo 83 capoverso 3. Nel caso delle fondazioni di famiglia e delle fondazioni ecclesiastiche, le misure di protezione dei creditori non sono applicate dall'autorità di vigilanza, bensì dall'organo superiore della fondazione.

¹⁵⁹ La competenza del tribunale è retta dal progetto di art. 29a della legge federale sul foro in materia civile.

I destinatari titolari di pretese giuridiche non possono avvalersi delle misure di protezione dei creditori. La salvaguardia dei loro diritti è infatti un presupposto della fusione (art. 78 cpv. 2). Il rispetto di tale condizione è verificato dal revisore (art. 81) e dall'autorità di vigilanza (art. 83). I destinatari di fondazioni di famiglia e di fondazioni ecclesiastiche possono inoltre impugnare la decisione di fusione se i loro diritti non sono salvaguardati (art. 84 cpv. 2).

Il *capoverso 2* permette di rinunciare, a determinate condizioni, alla procedura di protezione dei creditori istituita dal *capoverso 1*. Il revisore incaricato di verificare la fusione può certificare che tutti i crediti noti e prevedibili possono essere soddisfatti mediante la sostanza delle fondazioni partecipanti alla fusione.

Secondo il *capoverso 3*, l'articolo 25 si applica in caso di pubblicazione di una diffida a creditori. Si rinvia al commento relativo a tale disposizione.

2.1.6.2 Sezione 2: Trasferimento di patrimonio

Secondo le disposizioni della presente sezione, le fondazioni possono trasferire la totalità o parte del loro patrimonio a un altro soggetto giuridico, a prescindere dalla forma giuridica di quest'ultimo. L'ammissibilità del trasferimento patrimoniale di fondazioni permette di ovviare all'assenza di norme legali concernenti la trasformazione di fondazioni, la fusione di fondazioni con società e la scissione di fondazioni; tali operazioni sono infatti escluse a causa dell'incompatibilità delle strutture di base delle fondazioni e delle società (cfr. anche il n. 2.1.6). Il trasferimento di patrimonio consente quindi di compiere operazioni che, da un punto di vista economico, sono simili a quelle summenzionate. Il trasferimento di patrimonio non tange il societariato, il che non comporta tuttavia alcuna difficoltà in materia di fondazioni, al contrario. Poiché le fondazioni non possono accordare diritti societari, l'istituto giuridico del trasferimento di patrimonio si rivela perfettamente adatto allo scopo.

Se una fondazione può procedere a un trasferimento di patrimonio, essa può parimenti assumere la totalità o parte del patrimonio di un altro soggetto giuridico, indipendentemente dalla forma giuridica di quest'ultimo. Giusta l'articolo 69, infatti, una società o una ditta individuale iscritta nel registro di commercio può trasferire l'intero patrimonio o parte di esso anche a una fondazione. Un siffatto trasferimento di patrimonio è retto dagli articoli 69 - 77.

Art. 86 Principio

Il *capoverso 1* permette a una fondazione di trasferire la totalità o parte del suo patrimonio, con attivi e passivi, a un altro soggetto giuridico¹⁶⁰. Tale disposizione fa dunque suo il principio enunciato dall'articolo 69 *capoverso 1* estendendolo alle fondazioni. La fondazione trasferente deve imperativamente essere iscritta nel registro di commercio¹⁶¹. Tale condizione non è di norma adempiuta dalle fondazioni di famiglia e dalle fondazioni ecclesiastiche (art. 52 cpv. 2 CC); queste ultime devono pertanto, se del caso, farsi preventivamente iscrivere nel registro di commercio. La necessità di limitare il trasferimento di patrimonio ai soggetti iscritti nel registro di commercio è già stata spiegata in precedenza (cfr. il commento all'art. 73).

¹⁶⁰ In merito alla nozione di soggetto giuridico, cfr. l'art. 2 lett. a.

¹⁶¹ Cfr. l'art. 69 cpv. 1.

Le modalità del trasferimento patrimoniale di fondazioni sono identiche a quelle del trasferimento di patrimonio di società. Il *capoverso 2* rimanda pertanto agli articoli 70 (conclusione del contratto di trasferimento), 71 (contenuto del contratto di trasferimento), 72 (oggetti del patrimonio attivo non attribuiti), 75 (responsabilità solidale), 76 (trasferimento dei rapporti di lavoro e responsabilità solidale) e 77 (consultazione dei rappresentanti dei lavoratori).

Art. 87 Approvazione ed esecuzione del trasferimento di patrimonio

La procedura di approvazione e d'esecuzione del trasferimento di patrimonio di fondazioni è, sotto ogni profilo, simile a quella applicabile alle fusioni tra fondazioni (art. 83). Il *capoverso 1* dispone quindi che l'organo superiore di una fondazione sottoposta a vigilanza che intenda trasferire la totalità o parte del suo patrimonio deve chiedere l'approvazione del trasferimento all'autorità di vigilanza. Come in materia di fusione, l'organo superiore deve illustrare, all'interno di una domanda scritta, che le condizioni legali del trasferimento sono adempiute.

L'autorità competente è designata dal *capoverso 2*. Traendo ispirazione dalla normativa applicabile in caso di fusione (art. 83 cpv. 2), esso prevede la competenza esclusiva dell'autorità di vigilanza della fondazione trasferente.

Se le condizioni del trasferimento sono adempiute, l'autorità di vigilanza emette una decisione. Una volta passata in giudicato quest'ultima, l'autorità notifica il trasferimento di patrimonio per l'iscrizione nel registro di commercio. Le modalità d'iscrizione e la validità giuridica della stessa sono disciplinate dall'articolo 73, al cui commento si rinvia.

2.1.7 Capitolo 7: Fusione, trasformazione e trasferimento di patrimonio di istituti di previdenza

La nozione di istituto di previdenza è definita nell'articolo 2 lettera i, ai sensi del quale la nozione abbraccia gli istituti sottoposti alla vigilanza di cui agli articoli 61 segg. LPP e dotati di personalità giuridica. Conformemente a quanto disposto dall'articolo 48 capoverso 2 LPP, gli istituti di previdenza devono obbligatoriamente assumere una delle tre forme giuridiche seguenti: fondazione, società cooperativa o istituto di diritto pubblico. A prescindere dalla forma giuridica assunta dall'istituto di previdenza, le disposizioni del presente capitolo disciplinano in modo esaustivo le operazioni di fusione, di trasformazione e di trasferimento di patrimonio.

2.1.7.1 Sezione 1: Fusione

Le norme applicabili alla fusione di istituti di previdenza sono sostanzialmente analoghe a quelle che disciplinano la fusione di società (art. 3 segg.). La fusione poggia su un contratto (art. 90), un rapporto di fusione (art. 91) e un rapporto di revisione (art. 92); essa è quindi sottoposta per approvazione all'autorità di vigilanza, per essere poi iscritta nel registro di commercio (art. 95). Tali disposizioni tengono tuttavia conto delle peculiarità degli istituti di previdenza, le quali si estrinsecano in particolare in materia di protezione degli assicurati (art. 88 cpv. 2 e 93) e di questioni attinenti alla vigilanza (art. 95).

Art. 88 Principio

Giusta il *capoverso 1*, gli istituti di previdenza possono fondersi tra loro, a prescindere dalla forma giuridica che assumono. Non è dunque possibile operare una fusione tra un istituto di previdenza e un altro soggetto giuridico che non soddisfaccia i criteri di definizione dell'istituto di previdenza di cui all'articolo 2 lettera i.

Il *capoverso 2* assoggetta la fusione tra istituti di previdenza a due condizioni qualificate:

- Lo scopo previdenziale va salvaguardato. La fusione non deve pertanto comportare, direttamente o indirettamente, la modifica dello scopo degli istituti di previdenza partecipanti alla fusione.
- I diritti e le pretese degli assicurati vanno salvaguardati.

Tali condizioni concernono tutti gli istituti di previdenza partecipanti alla fusione, a prescindere dal ruolo che svolgono in tale contesto (istituto di previdenza trasferente o assuntore).

Art. 89 Bilancio

Come in caso di fusione tra società (art. 11) e tra fondazioni (art. 80), la fusione tra istituti di previdenza poggia su un bilancio di fusione. Se l'ultimo bilancio stilato dall'istituto di previdenza non è più attuale, va allestito un bilancio intermedio. Le disposizioni di cui all'articolo 11 si applicano in materia di bilancio intermedio.

Art. 90 Contratto di fusione

Tale disposizione enuncia norme concernenti la competenza a concludere il contratto di fusione, gli elementi essenziali di quest'ultimo e la sua forma.

Il *capoverso 1* precisa che il contratto di fusione va concluso dagli organi superiori di direzione degli istituti di previdenza. Se è coinvolta una società cooperativa di previdenza, il contratto di fusione va inoltre approvato anche dall'assemblea generale dei soci (art. 94 cpv. 1).

Il *capoverso 2* enumera gli elementi oggettivamente essenziali del contratto di fusione. Le parti contraenti possono inoltre vincolare la conclusione del contratto di fusione a un accordo su questioni non menzionate da tale disposizione (elementi soggettivamente essenziali). In dettaglio, il contratto di fusione deve contenere gli elementi seguenti:

- La designazione precisa degli istituti di previdenza partecipanti alla fusione (*lett. a*): vanno indicati il loro nome o la loro ditta, la sede e la forma giuridica. In caso di fusione mediante combinazione, tali indicazioni concernono anche l'istituto di previdenza neocostituito.
- Indicazioni inerenti ai diritti e alle pretese degli assicurati in seno all'istituto di previdenza assuntore (*lett. b*).
- La data a partire dalla quale gli atti dell'istituto di previdenza trasferente sono ritenuti compiuti per conto dell'istituto di previdenza assuntore (*lett. c*). Tale disposizione consente agli istituti di previdenza di conferire effetto retroattivo alla fusione, segnatamente per motivi di ordine contabile o fiscale. La retroattività produce tuttavia effetto soltanto nei confronti delle parti

contraenti. L'efficacia nei confronti dei terzi è dal canto suo determinata dagli articoli 95 capoverso 4 del disegno e 932 CO.

Giusta il *capoverso 3*, il contratto richiede la forma scritta.

Art. 91 Rapporto di fusione

Come in caso di fusione tra società (art. 14), gli organi superiori di direzione degli istituti di previdenza partecipanti alla fusione devono redigere un rapporto di fusione scritto. Tale obbligo impone agli istituti di previdenza di fornire spiegazioni in merito alla fusione, segnatamente all'attenzione degli assicurati. Gli istituti di previdenza possono redigere ciascuno un rapporto separato oppure presentare un rapporto comune.

In dettaglio, il *capoverso 2* prevede che il rapporto di fusione spieghi e giustifichi i punti seguenti:

- Lo scopo perseguito dalla fusione e le conseguenze di quest'ultima (*lett. a*). A tal proposito, spesso la fusione tra istituti di previdenza segue o accompagna la concentrazione delle imprese a cui sono legati.
- Il contratto di fusione (*lett. b*). Il contratto dev'essere oggetto di spiegazioni segnatamente in merito al suo contenuto e alle modalità da esso previste.
- Le ripercussioni della fusione sui diritti e le pretese degli assicurati (*lett. c*).

Art. 92 Verifica del contratto di fusione

Il contratto di fusione, il rapporto di fusione e il bilancio di fusione vanno sottoposti a una duplice verifica. In virtù del *capoverso 1*, l'ufficio di controllo di ciascun istituto di previdenza ai sensi dell'articolo 53 capoverso 1 LPP deve procedere al relativo esame. Un perito riconosciuto in materia di previdenza professionale ai sensi dell'articolo 53 capoverso 4 LPP è inoltre tenuto a verificare la fusione. Per semplificare la verifica della fusione, gli istituti di previdenza possono nominare un perito comune.

Le persone incaricate della verifica devono disporre di tutte le informazioni necessarie all'adempimento dei loro compiti. A tal fine, il *capoverso 2* impone agli istituti partecipanti alla fusione di fornire a tutti gli uffici di controllo e ai periti riconosciuti tutte le informazioni e i documenti che possano essere utili a questi ultimi.

Giusta il *capoverso 3*, il risultato della verifica è attestato da un rapporto scritto, il quale constata se i diritti e le pretese degli assicurati sono salvaguardati.

Art. 93 Obbligo d'informare e diritto di consultazione

In materia di istituti di previdenza, l'informazione degli assicurati riveste particolare importanza. Questi ultimi vanno informati della fusione e soprattutto delle sue ripercussioni sui loro diritti e sulle loro pretese. Nei confronti degli istituti di previdenza, l'articolo 93 istituisce dunque un obbligo d'informare affiancato da un diritto di consultazione degli assicurati.

Conformemente al *capoverso 1*, l'organo competente dell'istituto di previdenza deve informare gli assicurati circa la fusione prospettata e le sue ripercussioni sui loro diritti e le loro pretese. Gli assicurati vanno informati al più tardi 30 giorni prima che sia presentata, secondo l'articolo 95, la domanda d'approvazione della fusione da parte dell'autorità di vigilanza. Le modalità secondo cui l'informazione è assicurata sono lasciate alla discrezione degli istituti di previdenza. La pubblicazione negli

organi di stampa o una lettera agli assicurati possono risultare atte allo scopo. Gli istituti di previdenza sono inoltre tenuti a informare gli assicurati del diritto di consultazione di cui dispongono in virtù del *capoverso 2*. Tale disposizione prevede che gli istituti di previdenza devono permettere a tutti gli assicurati di consultare, presso la loro sede, il contratto di fusione e il rapporto di fusione. Tale diritto sorge al più tardi 30 giorni prima della presentazione della domanda d'approvazione della fusione presso l'autorità di vigilanza (art. 95).

Art. 94 Decisione di fusione

Secondo il *capoverso 1*, la competenza relativa alla decisione di fusione varia in funzione della forma giuridica dell'istituto di previdenza. Per le fondazioni, la competenza spetta all'organo superiore di direzione. Per gli istituti di previdenza che rivestono la forma giuridica di società cooperative, è parimenti richiesta una decisione dell'organo superiore di direzione, la quale va tuttavia approvata dall'assemblea generale. Le relative esigenze di maggioranza sono disciplinate dall'articolo 18 capoverso 1 lettera d, applicabile mediante rinvio. Mediante il rinvio all'articolo 100 capoverso 3, il *capoverso 2* sancisce una normativa speciale concernente gli istituti di previdenza organizzati secondo il diritto pubblico. La decisione di fusione è retta dalle disposizioni pertinenti del diritto pubblico federale, cantonale o comunale.

Art. 95 Approvazione ed esecuzione della fusione

Il *capoverso 1* prevede che gli organi superiori di direzione debbano richiedere l'approvazione della fusione all'autorità di vigilanza competente. L'approvazione di tale autorità costituisce un presupposto necessario della fusione; in assenza di approvazione, la fusione non può essere iscritta nel registro di commercio e non può acquisire validità giuridica. In allegato al disegno, si prevede di inserire nella LPP una norma di delega a favore del Consiglio federale, il quale potrà disciplinare l'approvazione delle fusioni tra istituti di previdenza da parte delle autorità di vigilanza (nuovo art. 62 cpv. 3 LPP). Tali norme d'esecuzione potranno in particolare definire la forma e il contenuto della domanda, nonché i documenti giustificativi da allegare a quest'ultima.

Il *capoverso 2* dispone che la competenza di pronunciarsi sulla fusione spetta soltanto all'autorità di vigilanza dell'istituto di previdenza trasferente. La decisione di tale autorità vincola l'autorità di vigilanza dell'istituto di previdenza assuntore. Tale attribuzione di competenza consente di prevenire eventuali conflitti di competenza tra le autorità di vigilanza ed esclude la possibilità che queste ultime emettano decisioni contraddittorie.

Ai sensi del *capoverso 3*, l'autorità di vigilanza competente esamina se le condizioni della fusione sono adempiute. Essa può esigere che tutti gli istituti partecipanti alla fusione le forniscano documenti supplementari necessari alla disamina delle condizioni della fusione. Giusta il *capoverso 4*, una volta passata in giudicato la decisione, l'autorità di vigilanza notifica la fusione per l'iscrizione nel registro di commercio. La fusione acquisisce validità giuridica nei confronti dei terzi soltanto dopo essere stata iscritta nella debita forma e pubblicata nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC). Il *capoverso 5* rinvia a tal proposito all'articolo 22 capoverso 1. Se le condizioni legali della fusione non sono soddisfatte, l'autorità di vigilanza deve negare la sua approvazione alla fusione. La decisione dell'autorità di vigilanza può essere impugnata mediante i rimedi giuridici ordinari del diritto concernente gli istituti di previdenza (cfr. l'art. 74 LPP).

Art. 96 Protezione dei creditori

Questa disposizione assicura la protezione dei creditori in caso di fusione tra istituti di previdenza. Essa si ispira ampiamente all'articolo 25 (protezione dei creditori in caso di fusione di società).

Secondo il *capoverso 1*, l'autorità di vigilanza deve informare i creditori, mediante una triplice pubblicazione nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC), del fatto che possono esigere la costituzione di garanzie se fanno valere i loro crediti. Tali intimazioni pubbliche vanno effettuate prima che l'autorità di vigilanza emetta la sua decisione conformemente all'articolo 95 capoverso 3.

Il *capoverso 2* permette di prescindere dalla procedura di protezione dei creditori imposta dal capoverso 1 se tutti i crediti noti e prevedibili possono essere soddisfatti mediante la sostanza a disposizione degli istituti di previdenza partecipanti alla fusione. All'atto pratico, ciò dovrebbe verificarsi spesso.

Se le diffide ai creditori hanno avuto luogo, questi ultimi possono, in virtù del *capoverso 3*, esigere la costituzione di garanzie da parte dell'istituto di previdenza assunto entro due mesi a contare dalla pubblicazione nel FUSC prevista dal capoverso 1. Gli assicurati non possono tuttavia esigere la costituzione di garanzie per quanto concerne pretese e crediti derivanti dal rapporto assicurativo; i loro diritti sono infatti salvaguardati da altre norme (cfr. in particolare gli art. 88 cpv. 2, 92 cpv. 3, 93 e 95 cpv. 3).

Giusta il *capoverso 4*, l'istituto di previdenza può negare la costituzione di garanzie se prova che la fusione non pregiudica il soddisfacimento del credito. Esso può inoltre soddisfare il credito conformemente a quanto previsto dall'articolo 25 capoverso 5, se non ne deriva un danno per gli altri creditori. Spetta all'autorità di vigilanza dirimere eventuali controversie in merito.

2.1.7.2 Sezione 2: Trasformazione

La trasformazione di un istituto di previdenza in un istituto di previdenza di diversa forma giuridica comporta in linea di principio gli stessi problemi della fusione tra istituti di previdenza. Le soluzioni a tali problemi devono di conseguenza ispirarsi alle norme applicabili in materia di fusione. L'articolo 97 capoverso 3 prevede che le prescrizioni concernenti la fusione tra istituti di previdenza (art. 89 - 95) si applicano per analogia in materia di trasformazione. Tale rinvio garantisce l'uniformità delle normative concernenti la fusione e la trasformazione di istituti di previdenza.

Art. 97

Il *capoverso 1* prevede che gli istituti di previdenza possano essere trasformati in una fondazione o in una società cooperativa. Una società cooperativa di previdenza può ad esempio essere trasformata in una fondazione e viceversa. Lo stesso vale per un istituto di diritto pubblico, il quale può essere parimenti trasformato in una società cooperativa o in una fondazione. L'operazione inversa, vale a dire la trasformazione di una fondazione o di una società cooperativa in un istituto di diritto pubblico non è per contro permessa; l'istituto giuridico del trasferimento di patrimonio consente tuttavia di compiere siffatte operazioni di ristrutturazione.

Secondo il *capoverso 2*, l'ammissibilità della trasformazione soggiace a due condizioni: lo scopo previdenziale e i diritti e le pretese degli assicurati vanno salvaguar-

Art. 99 Fusioni, trasformazioni e trasferimenti di patrimonio permessi

Il diritto vigente non disciplina la trasformazione diretta e senza liquidazione di istituti di diritto pubblico. L'articolo 99 del disegno istituisce invece una base legale di diritto privato che consente agli istituti di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 2 lettera d di prendere parte a una fusione, a una trasformazione o a un trasferimento di patrimonio.

In dettaglio, sono applicabili i principi seguenti:

- Fusione: ai sensi del *capoverso 1 lettera a*, gli istituti di diritto pubblico possono, mediante fusione, trasferire il loro patrimonio a una società di capitali, a una società cooperativa, a un'associazione o a una fondazione.
- Trasformazione: in virtù del *capoverso 1 lettera b*, gli istituti di diritto pubblico possono essere trasformati in una società di capitali, in una società cooperativa, in un'associazione o in una fondazione.
- Trasferimento di patrimonio: giusta il *capoverso 2*, gli istituti di diritto pubblico possono trasferire la totalità o parte del loro patrimonio ad altri soggetti giuridici oppure assumere la totalità o parte del patrimonio di altri soggetti giuridici. Il soggetto assunto può rivestire una qualsiasi forma giuridica di cui all'articolo 2 lettera a; può dunque anche trattarsi di un istituto di diritto pubblico.
- La scissione di istituti di diritto pubblico non è contemplata dal disegno poiché tale operazione non pertiene al diritto societario. L'istituto giuridico del trasferimento di patrimonio consente tuttavia di trasferire parti di patrimonio.

Gli istituti di diritto pubblico possono partecipare a una fusione, a una trasformazione o a un trasferimento di patrimonio se dispongono di autonomia organizzativa e sono iscritti nel registro di commercio (cfr. l'art. 2 lett. d). L'iscrizione nel registro di commercio è indispensabile al fine di garantire la pubblicità del trasferimento dei diritti; l'iscrizione della fusione, della trasformazione o del trasferimento di patrimonio nel registro di commercio deve infatti essere in grado di sostituire la pubblicità delle iscrizioni nel registro fondiario (in merito, cfr. il commento all'art. 73).

L'articolo 99 disciplina soltanto la conversione di istituti di diritto pubblico in soggetti giuridici di diritto privato mediante fusione, trasformazione e trasferimento di patrimonio. Le operazioni inverse, vale a dire l'assunzione di un soggetto giuridico di diritto privato ad opera di un istituto di diritto pubblico e la trasformazione di un soggetto giuridico di diritto privato in un istituto di diritto pubblico («statalizzazione») non sono per contro contemplate dal presente disegno (lo stesso vale per la fusione tra istituti di diritto pubblico). Vanno tuttavia fatte salve le disposizioni sul trasferimento di patrimonio per quanto attiene all'attuazione del trasferimento (esclusivamente di diritto privato) dei diritti.

Il *numerus clausus* relativo alla scelta di una forma di diritto privato e al tipo di ristrutturazione (fusione, trasformazione e trasferimento di patrimonio) si applica in linea di principio anche agli istituti di diritto pubblico: onde garantire la trasparenza e la certezza del diritto, la forma giuridica in causa e il tipo di ristrutturazione devo-

no di norma adempiere alle esigenze poste dal Codice delle obbligazioni e dalla presente legge. Se tali esigenze non sono soddisfatte, la Confederazione e i Cantoni possono, mediante norme speciali di diritto pubblico¹⁶³, compiere ristrutturazioni nell'ambito del diritto pubblico. Siffatte forme giuridiche e operazioni non sono disciplinate dalla presente legge¹⁶⁴.

Art. 100 Diritto applicabile

Il *capoverso 1* prevede che le disposizioni del disegno si applicano alla fusione di un istituto di diritto pubblico con un soggetto giuridico di diritto privato, alla trasformazione di un tale istituto in un tale soggetto e a qualsiasi trasferimento di patrimonio cui prende parte un istituto di diritto pubblico. Tali disposizioni si applicano tuttavia soltanto per analogia; è quindi lecito non applicare a una fattispecie le norme del disegno qualora le differenze tra i soggetti giuridici di diritto privato e i soggetti giuridici di diritto pubblico lo rendano necessario. Per gli istituti di diritto pubblico partecipanti a una fusione o a una trasformazione ai sensi dell'articolo 99 capoverso 1, il diritto pubblico può inoltre prevedere norme che derogano alla legge sulla fusione; gli articoli 99 - 101 si applicano tuttavia in ogni caso. Come dimostrato da esempi estrapolati dalla prassi¹⁶⁵, va in particolare ammessa la possibilità di derogare al diritto privato per quanto concerne l'approvazione del bilancio d'apertura e dello statuto, la nomina del primo consiglio d'amministrazione, la designazione dell'ufficio di revisione, il contenuto e l'approvazione del contratto, nonché gli altri atti connessi con la trasposizione nel diritto privato. Sono per contro escluse le deroghe alle disposizioni di diritto civile relative al trasferimento dei diritti e degli obblighi. In materia di trasferimento di patrimonio, il disegno non prevede di conseguenza alcuna riserva a favore del diritto pubblico; l'applicazione analogica delle disposizioni della legge sulla fusione tiene debitamente conto delle peculiarità degli istituti di diritto pubblico.

Un istituto di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 2 lettera d non è necessariamente dotato di personalità giuridica; esso deve soltanto godere di autonomia organizzativa. Di conseguenza, il suo patrimonio non è necessariamente distinto, dal profilo giuridico, da quello della corporazione a cui appartiene. È pertanto indispensabile determinare quali oggetti compongano il patrimonio dell'istituto di diritto pubblico. A tal fine, il *capoverso 2* prevede l'obbligo di stilare un inventario che designi con chiarezza gli oggetti del patrimonio attivo e passivo coinvolti nella fusione, nella trasformazione o nel trasferimento di patrimonio; i fondi, i titoli di credito e i valori immateriali vanno menzionati singolarmente. Soltanto gli oggetti patrimoniali inventariati sono trasferiti *ex lege* al soggetto giuridico assunto di diritto privato,

¹⁶³ Ad es. le società anonime fondate su una legge speciale ai sensi dell'art. 763 CO.

¹⁶⁴ Cfr. il commento all'art. 100.

¹⁶⁵ Swisscom: articoli 21 segg. della legge federale del 30 aprile 1997 sull'organizzazione dell'azienda delle telecomunicazioni della Confederazione (legge sull'azienda delle telecomunicazioni, LATC; RS 784.11). Imprese d'armamento: legge federale del 10 ottobre 1997 concernente le imprese d'armamento della Confederazione; RS 934.21. FFS: articoli 24 segg. della legge federale del 20 marzo 1998 sulle Ferrovie federali svizzere; RS 742.31.

senza che le prescrizioni di forma specifiche vadano osservate una volta iscritta l'operazione nel registro di commercio¹⁶⁶.

L'inventario di cui al capoverso 2 non deve soltanto designare gli oggetti del patrimonio trasferiti, ma anche indicarne il valore di stima. La necessità di una stima nasce da considerazioni di ordine fiscale e mira a proteggere i creditori e i soci dei soggetti giuridici partecipanti all'operazione. Conformemente all'articolo 99 capoverso 1, la fusione o la trasformazione di un istituto di diritto pubblico non dev'essere oggetto di un conferimento in natura (cfr. gli art. 9 cpv. 2 e 57, nonché il commento relativo a tali disposizioni). Poiché l'allestimento dei conti di istituti di diritto pubblico obbedisce di frequente a principi di stima diversi da quelli previsti dal diritto privato, dev'essere di principio possibile procedere ad adeguamenti e correzioni in occasione della conversione dell'istituto di diritto pubblico in un soggetto giuridico di diritto privato. Va in particolare ammessa la possibilità di compiere rivalutazioni e inserire voci nell'inventario o nel bilancio d'apertura; il diritto privato ammette infatti una rivalutazione a posteriori soltanto in misura assai limitata (cfr. l'art. 670 in caso di risanamento).

La trasformazione di un istituto di diritto pubblico in una società di capitali o in una società cooperativa le cui quote sono alienate (privatizzazione) comporta in generale un assoggettamento all'imposta (cfr. gli art. 49 e 56 LIFD e gli art. 21 e 23 LAID). Secondo il principio dell'importanza determinante, l'imposizione delle società si basa sul bilancio commerciale. Se i valori contabili anteriori alla fusione o alla trasformazione sono ripresi in sede di imposizione dell'utile, le riserve occulte costituite prima dell'assoggettamento all'imposta sono gravate da un onere fiscale latente. Se non è ammessa una rivalutazione, dev'essere possibile iscrivere tali riserve nell'inventario. Soltanto i plusvalori pubblicati e verificati secondo il diritto privato¹⁶⁷ vanno trattati alla stregua dei conferimenti dei membri di società di capitali, i quali sono esenti da imposta (art. 60 lett. a LIFD e art. 24 cpv. 2 lett. a LAID). Per quanto concerne l'imposizione dell'utile, essi vanno considerati riserve occulte imposte. Gli ammortamenti possono quindi basarsi su «valori per l'imposizione dell'utile» superiori e l'utile in capitale risultante dal conto dei profitti e delle perdite non è imposto per la differenza tra il valore contabile e l'eventuale «valore per l'imposizione dell'utile» superiore.

La determinazione delle riserve occulte presuppone la stima degli oggetti del patrimonio attivo e passivo al momento della trasformazione. Tale stima può essere decisiva ai fini dell'imposizione dell'utile soltanto se è riconosciuta dal diritto civile. I valori indicati dall'inventario vanno inoltre verificati da un revisore particolarmente qualificato. La verifica non è tuttavia necessaria se l'autorità pubblica dispone delle

¹⁶⁶ A tal proposito, la trasformazione di un istituto di diritto pubblico in un soggetto giuridico di diritto privato si differenzia, dal punto di vista teorico, dalla trasformazione ai sensi degli articoli 53 segg. Contrariamente a quanto previsto da tali disposizioni, non si tratta di una trasformazione diretta, ma di una trasformazione mediante trasferimento di patrimonio.

¹⁶⁷ Cfr. art. 100 cpv. 2 in fine.

conoscenze tecniche necessarie e sono applicati principi di stima generalmente riconosciuti o addirittura legali¹⁶⁸.

In generale, i valori figuranti nell'inventario fungono da base per l'allestimento del bilancio d'apertura. Se tali valori non corrispondono alle norme sul rendiconto previste da normative speciali, come ad esempio l'articolo 24 capoverso 2 lettera g dell'ordinanza del 17 maggio 1972 sulle banche e le casse di risparmio (ordinanza sulle banche, OBCR; RS 952.02), il quale prescrive la continuità nella presentazione e valutazione, le riserve occulte risultanti dall'inventario soggiacciono al disciplinamento di cui all'articolo 60 lettera a LIFD.

Il *capoverso 3* precisa che la decisione relativa all'approvazione della fusione, della trasformazione o del trasferimento di patrimonio da parte dell'istituto di diritto pubblico è disciplinata esclusivamente dal diritto pubblico federale, cantonale e comunale. Il diritto pubblico determina quindi se ed eventualmente a quali condizioni l'istituto di diritto pubblico può partecipare all'operazione. La conversione di quest'ultimo in un soggetto giuridico di diritto privato necessita in generale di una base legale speciale o di una decisione formale di un'autorità.

Art. 101 Responsabilità della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni

La protezione dei creditori in caso di fusione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio cui partecipano istituti di diritto pubblico si impone a seconda delle fattispecie. Si tratta tuttavia di prendere in considerazione le circostanze particolari insite nella ristrutturazione di istituti di diritto pubblico. Bisogna in particolare tenere conto del fatto che rapporti giuridici particolari vanno convertiti dal diritto pubblico al diritto privato. Va risolta la questione dell'esistenza di un'eventuale garanzia statale (segnatamente per le banche cantonali). Può risultare necessario adeguare i rapporti giuridici vigenti tra i privati e la corporazione di diritto pubblico. Tali adeguamenti non vanno tuttavia compiuti a scapito dei creditori. In considerazione degli effetti prolungati di tali adeguamenti, il mantenimento di una responsabilità dello Stato limitata nel tempo non serve in tutti i casi gli interessi dei creditori. Nel caso di ristrutturazioni che, di norma, si compiono mediante trasferimento legale dei diritti, lo Stato auspica inoltre di poter procedere a un risanamento contabile entro una data determinata. Tale risanamento non può aver luogo con una responsabilità solidale dello Stato limitata nel tempo, se non è regolato il rapporto di responsabilità interna tra lo Stato e la parte di patrimonio trasferita.

Le autorità competenti in materia di ristrutturazione di istituti di diritto pubblico devono di conseguenza adottare le misure necessarie affinché, in caso di conversione di un istituto di diritto pubblico in un soggetto giuridico di diritto privato, la protezione dei creditori e della buona fede nei confronti della collettività sia di principio garantita. Analogamente a quanto previsto in materia di ristrutturazioni tra soggetti giuridici di diritto privato conformemente agli articoli 26, 68 capoverso 1 e 75, va garantito, quale standard minimo, che le pretese dei creditori siano soddisfatte dallo

¹⁶⁸ Le grandi corporazioni di diritto pubblico (Confederazione e Cantoni) dispongono di norma delle conoscenze specifiche necessarie all'allestimento di un inventario fondato e competente e all'effettuazione di una stima. Se sono inoltre applicati principi di stima riconosciuti (Raccomandazioni concernenti la presentazione dei conti [RPC], International Accounting Standards [IAS]) o legali, la verifica da parte di un revisore particolarmente qualificato non è obbligatoria.

Stato in misura equivalente, quanto a contenuto, portata e durata, al mantenimento della responsabilità solidale dello stesso. Poiché determinate pretese risarcitorie possono essere garantite da tali misure, è possibile rinunciare al mantenimento della responsabilità solidale dello Stato.

I creditori e il pubblico vanno informati in anticipo circa l'operazione di ristrutturazione preventivata e le conseguenze che ne derivano per i rapporti giuridici esistenti. Un'informazione dettagliata è necessaria in particolare in caso di soppressione o di limitazione della garanzia statale. Se la garanzia dello Stato è soppressa, va inoltre prestata particolare attenzione agli interessi dei creditori; i contratti stipulati vanno infatti salvaguardati e vanno presi in considerazione i limiti posti dal diritto privato, dalla garanzia della proprietà, dal divieto dell'arbitrio e dal principio generale della buona fede. Bisogna offrire ai creditori la possibilità di adeguare i loro rapporti commerciali entro un termine ragionevole. Onde garantire il rispetto dei principi generali costituzionali e di diritto privato nell'ambito dei rapporti giuridici esistenti con i creditori al momento della ristrutturazione, la garanzia dello Stato per i debiti esistenti va mantenuta nella sua portata corrente sino allo scadere del termine ordinario di disdetta o alla scadenza del contratto; se non è stato convenuto nessun termine, la garanzia dello Stato va mantenuta per un lasso di tempo ragionevole¹⁶⁹. Per i rischi esistenti e per le obbligazioni non chiaramente definite (oneri di vecchia data, rischi derivanti da processi, arretrati nei confronti di istituti di previdenza a favore del personale, ecc.) che sono trasferiti nell'ambito dell'operazione di ristrutturazione, è ad esempio possibile prevedere riserve nel bilancio d'apertura; lo Stato può inoltre prevedere garanzie adeguate.

Se le necessarie misure di protezione dei creditori e del pubblico non sono adottate nell'ambito di operazioni di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 99, è possibile ordinare misure fondate sulla vigilanza delle autorità¹⁷⁰.

Nel contesto della conversione di un istituto di diritto pubblico in soggetto giuridico di diritto privato, è possibile che non sia presa alcuna misura a tutela dei creditori; le misure adottate possono inoltre rivelarsi insufficienti. Se per tale motivo i creditori subiscono un danno, la Confederazione, i Cantoni e i Comuni ne rispondono sulla base del diritto applicabile alla responsabilità dell'ente pubblico interessato (cfr. la legge federale del 14 marzo 1958 sulla responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali; legge sulla responsabilità; RS 170.32). L'applicazione delle norme sulla responsabilità dello Stato è legittima in quanto la norma di protezione di cui al capoverso 1 impone allo Stato obblighi che esso è tenuto a rispettare nell'ambito di ristrutturazioni ai sensi del disegno di legge sulla fusione. Se il capoverso 1 non è rispettato, ne risulta un atto illecito che può fondare un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato.

¹⁶⁹ Cfr. DANIEL BODMER / BEAT KLEINER / BENNO LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurigo 1976, art. 3–3^{quater}, n. 41 e; MARC RUSSENBERGER, Kantonalbanken im Umbruch – vom staatlichen Institut zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft; Revue suisse de droit des affaires 1/95, n. 2 pag. 10; § 3 della legge solettese del 4 dicembre 1994 sulla privatizzazione della banca cantonale di Soletta, Foglio ufficiale del Cantone di Soletta del 23 dicembre 1994.

¹⁷⁰ Ad esempio, la Commissione federale delle banche può controllare, nell'ambito del riacquisto di un'autorizzazione, se sono state osservate le disposizioni generali del diritto federale concernenti i rapporti giuridici esistenti. Prima del rilascio dell'autorizzazione, essa può emanare una decisione d'accertamento in cui si pronuncia in merito alla questione dell'adempimento delle condizioni generali e delle altre condizioni previste per l'autorizzazione (cfr. la decisione nel Bollettino CFB 18, pag. 26 segg.).

2.1.9 Capitolo 9: Disposizioni comuni

2.1.9.1 Sezione 1: Disposizioni d'esecuzione

Art. 102

Affinché possano acquisire validità giuridica, la fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio vanno iscritti nel registro di commercio (art. 21, 22, 51, 52, 66, 67, 73, 83 cpv. 3, 87 cpv. 3 e 95 cpv. 4; cfr. tuttavia l'art. 21 cpv. 4). L'iscrizione pone questioni inerenti alla tecnica del registro di commercio. Si tratta da un lato di determinare quali documenti giustificativi vadano prodotti in vista dell'iscrizione; dall'altro, di precisare le modalità d'iscrizione. In particolare, l'articolo 21 capoverso 3 prevede che la fusione comporta la cancellazione della società trasferente dal registro di commercio (l'art. 51 cpv. 3 prevede una norma analoga in caso di scissione mediante divisione). Se le sedi delle società partecipanti alla fusione si trovano in distretti distinti del registro di commercio, la cancellazione va coordinata con l'iscrizione della fusione presso il registro di commercio della società assuntrice.

La presente disposizione contiene una norma di delega a favore del Consiglio federale, affinché preveda disposizioni d'esecuzione che disciplinino i dettagli della procedura d'iscrizione nel registro di commercio e i documenti giustificativi da fornire. Più in concreto, l'ordinanza sul registro di commercio va completata alla luce della legge sulla fusione.

I dettagli della procedura d'iscrizione nel registro fondiario (cfr. l'art. 103) vanno parimenti disciplinati a livello di regolamento per il registro fondiario (RRF; RS 211.432.1).

2.1.9.2 Sezione 2: Domanda d'iscrizione nel registro fondiario

Art. 103

L'iscrizione di fusione, scissione e trasferimento di patrimonio nel registro di commercio implica il trasferimento *ex lege* di un patrimonio o di una parte di quest'ultimo (art. 22, 52 e 73 cpv. 2). I diritti reali sui fondi sono quindi trasferiti senza essere iscritti nel registro fondiario, vale a dire in modo «extra-tabulare». L'iscrizione nel registro fondiario non è pertanto necessaria ai fini dell'acquisizione dei diritti reali (art. 656 cpv. 2 CC). Se i diritti reali sui fondi sono trasferiti, è tuttavia necessario adeguare l'iscrizione nel registro fondiario; giusta l'articolo 656 capoverso 2 ultimo periodo CC, infatti, l'acquirente può disporre del fondo solo dopo che l'iscrizione è stata eseguita. Inoltre, il proprietario sino ad allora iscritto nel registro fondiario può ancora disporre del fondo, nonostante il trasferimento «extra-tabulare» del diritto reale al nuovo acquirente. In virtù dell'articolo 963 capoverso 1 CC, egli è in effetti formalmente abilitato a disporre benché, dal profilo giuridico, non sia più autorizzato a farlo. Secondo l'articolo 973 capoverso 1 CC, il proprietario ancora iscritto può quindi conferire diritti a un terzo in buona fede. L'acquirente che ancora non figura nel registro fondiario non può inoltre avvalersi delle presunzioni e delle azioni fondate sull'iscrizione (art. 9 e 937 cpv. 1 CC). Per tali motivi, in caso di trasferimento extra-tabulare della proprietà fondiaria, è necessario richiedere il più presto possibile l'iscrizione nel registro fondiario. In tal senso, l'articolo 103 rappre-

sentata una disposizione ordinatoria intesa ad assicurare la concordanza tra la realtà fisica e l'iscrizione nel registro fondiario; tale norma intende garantire la certezza giuridica e la veridicità dei registri pubblici.

In caso di fusione e di divisione, il soggetto iscritto come proprietario nel registro fondiario (soggetto trasferente) è sciolto e cancellato dal registro medesimo (art. 21 cpv. 3 e 51 cpv. 3). In caso di trasformazione, il cambiamento di forma giuridica avviene senza che i rapporti giuridici del soggetto giuridico ne risultino modificati (art. 53). In entrambi i casi, gli atti di disposizione illeciti compiuti dal soggetto giuridico iscritto quale proprietario nel registro fondiario sono quindi esclusi, nonostante vi sia una differenza tra la situazione giuridica formale sancita dal registro fondiario e la situazione giuridica effettiva. Il *capoverso 1* prevede di conseguenza che l'iscrizione nel registro fondiario delle modifiche derivanti dalla fusione, dalla scissione o dalla trasformazione sia richiesta entro tre mesi a contare dalla data in cui tali operazioni acquisiscono validità giuridica.

Il *capoverso 2* contempla norme applicabili al trasferimento di fondi conseguente alla fusione di associazioni o di fondazioni, nonché alla scissione mediante separazione e al trasferimento di patrimonio. Se, in caso di fusione di associazioni o di fondazioni, il soggetto giuridico trasferente non è iscritto nel registro di commercio, il soggetto giuridico assuntore deve notificare immediatamente gli adeguamenti al registro fondiario. Lo stesso vale in caso di separazione e di trasferimento di patrimonio; il soggetto giuridico iscritto quale proprietario nel registro fondiario non cessa infatti di esistere. In tali casi, gli adeguamenti del registro fondiario vanno effettuati il più presto possibile. Il rischio che il soggetto giuridico trasferente disponga nuovamente del fondo (volontariamente o involontariamente) non può in effetti essere escluso.

Nei casi retti dal *capoverso 2*, il *capoverso 3* prevede che il trasferimento della proprietà dei fondi al soggetto giuridico assuntore sia oggetto di un atto pubblico; tale atto va prodotto, quale documento giustificativo, affinché il trasferimento della proprietà possa essere iscritto nel registro fondiario. L'atto pubblico è steso dopo che il trasferimento di proprietà è stato operato. Esso menziona il trasferimento di proprietà e contiene l'elenco dei fondi, designati singolarmente e con precisione¹⁷¹. Poiché si tratta di un semplice atto pubblico di accertamento (e non di una «causa relativa a immobili svizzeri» secondo la terminologia del Tribunale federale), esso può essere celebrato da qualsiasi pubblico ufficiale svizzero. Il principio della libertà degli atti pubblici (art. 55 Tit. fin. CC) si applica in materia di competenza *ratione loci*. Un atto pubblico unico concernente tutti i fondi siti in Svizzera è sufficiente.

Gli altri dettagli relativi alla domanda d'iscrizione nel registro fondiario saranno disciplinati dal Consiglio federale (art. 102 lett. b).

¹⁷¹ L'identificazione dei fondi ha luogo conformemente all'art. 1a cpv. 1 del regolamento del 22 febbraio 1910 per il registro fondiario (RRF; RS 211.431.1).

2.1.9.3

Sezione 3: Controllo delle quote sociali e dei diritti societari

Art. 104

Questa disposizione è la base legale che permette ai soci di chiedere un controllo giudiziario dei diritti societari o pecuniari che sono stati loro attribuiti nell'ambito di una fusione, di una scissione o di una trasformazione. In occasione delle tre operazioni anzidette, infatti, i soggetti giuridici devono garantire la continuità del societariato conformemente agli articoli 7, 31 (che rinvia alle disposizioni di cui all'art. 7) e 56; i soci non possono essere esclusi dalla società e i loro diritti vanno salvaguardati in modo adeguato. L'articolo 8 consente peraltro di derogare al principio della continuità del societariato; in caso di fusione, i soggetti giuridici possono accordare un indennizzo che non si compone di quote sociali o diritti societari. A prescindere dalla loro natura, i diritti riconosciuti ai soci devono essere adeguati. In caso contrario, in virtù del *capoverso 1* i soci possono chiedere al tribunale che fissi un conguaglio destinato a compensare la lesione dei loro diritti. A tal proposito, il tribunale non è vincolato dal limite di cui all'articolo 7 capoverso 2 (10 per cento del valore reale delle quote sociali attribuite). Il diritto di chiedere un controllo giudiziario dei diritti riconosciuti ai soci va esercitato entro due mesi a partire dalla pubblicazione della fusione, della scissione o della trasformazione nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC). La relativa brevità del termine è dovuta a motivi inerenti alla certezza del diritto.

Contrariamente a quanto accade in caso di fusione, di scissione e di trasformazione, una procedura di controllo delle quote sociali e dei diritti societari non è necessaria in caso di trasferimento di patrimonio ai sensi degli articoli 69 segg. Per definizione, tale operazione non modifica i diritti dei soci; l'eventuale controprestazione del trasferimento spetta sempre al soggetto giuridico trasferente, e non ai suoi soci.

Va rilevato che i casi di controllo giudiziario dovrebbero essere relativamente rari. La salvaguardia delle quote sociali e dei diritti societari è infatti oggetto di resoconto nel rapporto di fusione (art. 14), nel rapporto di scissione (art. 39) e nel rapporto di trasformazione (art. 61). Inoltre, salvo nel caso delle piccole e medie imprese¹⁷², essa è verificata da un revisore particolarmente qualificato (art. 15, 40 e 62). Il socio che si rivolge al giudice dovrebbe pertanto accertare mediante nuove perizie l'inadeguatezza della salvaguardia delle quote o dei diritti societari, rispettivamente dell'indennizzo di cui all'articolo 8.

Il diritto di chiedere un controllo giudiziario è concepito come diritto individuale, appartenente a ciascun socio; giusta il *capoverso 2*, la decisione del tribunale esplica tuttavia effetto nei confronti di tutti i soci dei soggetti giuridici partecipanti, purché abbiano lo stesso statuto giuridico dell'attore. Tale disposizione estende dunque la forza di cosa giudicata a tutti i soci¹⁷³.

Conformemente al *capoverso 3*, le spese di procedura sono a carico del soggetto giuridico assuntore. Il tribunale può tuttavia porre tutte le spese o parte di esse a carico dell'attore se circostanze particolari lo giustificano¹⁷⁴. Ciò si verifica in particolare quando la domanda è manifestamente infondata e l'attore avrebbe dovuto ren-

¹⁷² Le piccole e medie imprese possono rinunciare alla verifica previo consenso di tutti i soci (art. 15 cpv. 2, 40 e 62 cpv. 2).

¹⁷³ Cfr. l'art. 706 cpv. 5 CO.

¹⁷⁴ Cfr. anche l'art. 756 cpv. 2 CO.

dersene conto. Tale regolamentazione intende consentire ai soci di promuovere un'azione quando hanno buoni motivi per farlo, senza che i costi della procedura fungano da deterrente.

Dato che un controllo giudiziario richiede necessariamente tempo, il *capoverso 4* prevede che tale procedura non possa mettere in dubbio la validità della decisione di fusione, di scissione o di trasformazione. In tal senso, il tribunale può accettare di correggere le quote e i diritti societari attribuiti soltanto mediante la fissazione di un conguaglio che compensi la lesione dei diritti dei soci.

2.1.9.4 Sezione 4: Contestazione delle decisioni di fusione, di scissione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio

Art. 105 Principio

Il *capoverso 1* conferisce a ciascun socio il diritto di contestare davanti al giudice la decisione di fusione, di scissione, di trasformazione e di trasferimento di patrimonio che non rispetti le disposizioni della legge sulla fusione. Giusta il *capoverso 2*, i soci possono chiedere l'annullamento della decisione anche se essa è di competenza dell'organo superiore di direzione o di amministrazione e non dell'assemblea generale. In tal caso, si tratta di una decisione di fusione agevolata ai sensi degli articoli 23 e 24 o di una decisione relativa a un trasferimento di patrimonio conformemente agli articoli 69 segg.

La legittimazione attiva è riconosciuta in linea di principio ai soci di tutti i soggetti partecipanti alla fusione, alla scissione, alla trasformazione o al trasferimento di patrimonio. I soci non devono tuttavia aver votato a favore della decisione di fusione, di scissione o di trasformazione¹⁷⁵. Tale restrizione della legittimazione attiva non si applica in caso di fusione agevolata e di trasferimento di patrimonio, in quanto la competenza decisionale spetta in tali casi all'organo superiore di direzione o di amministrazione e non all'assemblea generale.

L'azione tendente all'annullamento va promossa entro due mesi dalla pubblicazione della fusione, della scissione, della trasformazione o del trasferimento di patrimonio nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (FUSC). Se tale pubblicazione non è richiesta, il termine decorre a partire dalla decisione dell'assemblea generale.

Il disegno di legge sulla fusione non prevede rimedi giuridici particolari applicabili alle fondazioni e agli istituti di previdenza. Le fondazioni sono prive di soci; nessuno dispone dunque della legittimazione attiva necessaria a chiedere l'annullamento di una fusione o di un trasferimento di patrimonio sulla base dell'articolo 105. Sono dati per contro i rimedi giuridici ordinari del diritto in materia di fondazioni, i quali consentono a chiunque abbia un interesse giuridico di contestare gli atti compiuti dagli organi della fondazione e dalla sua autorità di vigilanza¹⁷⁶. Analogamente, in caso di fusione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio di un istituto di previdenza, i rimedi giuridici sono disciplinati dalla LPP (cfr. in particolare gli art. 73 seg. LPP).

¹⁷⁵ Cfr. DTF 99 II 55, in particolare pag. 57.

¹⁷⁶ A tal proposito, cfr. HANS MICHAEL RIEMER, *Die Stiftungen*, Berner Kommentar, Berna 1975, art. 84 n. 119 segg. e 132 segg.

Art. 106 Conseguenze di un vizio

Per quanto concerne le conseguenze dell'azione di annullamento, il disegno distingue tra vizi che possono essere sanati e vizi che non possono esserlo¹⁷⁷. Nel primo caso, il *capoverso 1* prevede che il tribunale non annulla la decisione di fusione, di scissione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio, bensì assegna un termine entro il quale i soggetti giuridici interessati hanno la possibilità di sanare il vizio. Se, ad esempio, il contratto di fusione è incompleto riguardo a una questione di secondaria importanza (ad es. art. 13 cpv. 1 lett. h), il tribunale può impartire un termine affinché le società colmino tale lacuna. Di contro, se il vizio non può essere sanato, oppure se i soggetti non hanno provveduto a sanarlo entro il termine fissato, il tribunale annulla la decisione di fusione, di scissione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio. Esso deve inoltre ordinare le misure necessarie al ripristino della situazione anteriore (ad es. annullamento dell'iscrizione nel registro di commercio).

2.1.9.5 Sezione 5: Responsabilità

Art. 107

Le operazioni di fusione, di scissione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio originano una responsabilità notevole delle persone che hanno collaborato alla loro realizzazione. L'articolo 107 stabilisce pertanto a quali condizioni può essere chiamata in causa la loro responsabilità. Il disciplinamento della responsabilità previsto dal disegno di legge sulla fusione si ispira alle norme di responsabilità civile del nuovo diritto della società anonima (art. 752 segg. CO).

Giusta il *capoverso 1*, tutte le persone implicate in un modo o nell'altro nel processo di fusione, di scissione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio rispondono non soltanto nei confronti dei soggetti giuridici, ma anche nei confronti di tutti i soci e di tutti i creditori, del danno cagionato mediante la violazione, intenzionale o colposa, dei doveri loro incombenti.

Se un nuovo soggetto giuridico è costituito nell'ambito di una fusione, di una scissione o di un trasferimento di patrimonio, sono applicabili le norme sulla responsabilità dei promotori specifiche alla forma giuridica in causa.

Il *capoverso 2* disciplina la responsabilità delle persone che si occupano di verifiche previste dalla legge sulla fusione (art. 15, 40, 62, 81 e 92). Tali persone rispondono allo stesso modo di quelle implicate nel processo di fusione, di scissione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio ai sensi del *capoverso 1*.

Il *capoverso 3* prevede numerosi rinvii al CO, i quali concernono:

- le pretese fuori fallimento del soggetto giuridico ai sensi dell'articolo 756 CO. Il soggetto stesso e i soci sono legittimati ad agire contro qualsiasi persona, tra quelle di cui ai *capoversi 1* e *2*, che abbia cagionato un danno al soggetto giuridico venendo meno, intenzionalmente o per negligenza, ai doveri che le incombono;

¹⁷⁷ Gli articoli 22 paragrafo 1 lett. d della terza direttiva europea e 19 paragrafo 1 lett. d della sesta direttiva europea in materia di diritto delle società prevedono disposizioni analoghe.

- le pretese nel fallimento della società. Le disposizioni speciali di cui agli articoli 757 (per la società anonima), 764 capoverso 2 (per la società in accomandita per azioni), 827 (per la società a garanzia limitata) e 920 CO (per la società cooperativa di credito o d'assicurazione) si applicano per analogia alle pretese che i creditori della società e i soci possono far valere nell'ambito del fallimento della società;
- la responsabilità solidale e il regresso (art. 759 CO);
- la prescrizione dell'azione di risarcimento (art. 760 CO).

Mediante tali rinvii, il diritto della società anonima si applica pertanto a tutti i soggetti giuridici, indipendentemente dalla loro forma giuridica, coinvolti in una fusione, una scissione, una trasformazione o un trasferimento di patrimonio.

Giusta il disegno di articolo 29a della legge federale sul foro in materia civile, l'azione di responsabilità può essere promossa, nei confronti di tutte le persone responsabili, presso il tribunale della sede di uno dei soggetti partecipanti. Se una società svizzera è assunta mediante fusione da una società estera, ad esempio, i soci e i creditori possono quindi intentare azione presso il tribunale della sede della società svizzera.

Il *capoverso 4* prevede che la responsabilità delle persone che agiscono per conto di un istituto di diritto pubblico nell'ambito di una fusione, di una trasformazione o di un trasferimento di patrimonio è disciplinata dal diritto pubblico. Le norme di responsabilità del diritto pubblico si applicano anche nel caso in cui prevedano un diritto d'azione diretta contro la corporazione di diritto pubblico per i danni cagionati dai suoi agenti. Tale riserva a favore del diritto pubblico si giustifica poiché le persone che agiscono per conto dell'istituto pubblico nell'ambito delle operazioni summenzionate lo fanno di norma «nell'esercizio delle loro attribuzioni ufficiali» ai sensi dell'articolo 61 capoverso 1 CO. Per quanto concerne gli istituti di diritto pubblico che esercitano un'attività commerciale (ad es. le banche cantonali), la responsabilità per gli atti risultanti da tale attività è sottoposta, in virtù dell'articolo 61 capoverso 2 CO, alle norme del diritto privato, ma è tuttavia opportuno assoggettare l'intera questione della responsabilità al diritto pubblico, in quanto la collaborazione delle autorità è in ogni caso necessaria in materia di fusione, di trasformazione e di trasferimento di patrimonio.

2.1.10 Capitolo 10: Disposizioni finali

Art. 108 Disposizione transitoria

Giusta l'articolo 108, la data della domanda d'iscrizione della fusione, della scissione, della trasformazione o del trasferimento di patrimonio nel registro di commercio determina il diritto applicabile. Le operazioni la cui iscrizione nel registro di commercio è richiesta dopo l'entrata in vigore della presente legge sulla fusione sono disciplinate da quest'ultima.

Il criterio summenzionato è stato scelto per permettere ai soggetti giuridici di anticipare l'entrata in vigore della nuova legge. Essi possono così beneficiare al più presto delle nuove possibilità offerte dalla legge e compiere i primi passi in vista di una fusione, di una scissione o di una trasformazione già prima dell'entrata in vigore della legge. Tale soluzione implica che le fusioni e le trasformazioni la cui iscrizione nel registro di commercio sia richiesta posteriormente all'entrata in vigore della leg-

ge saranno tenute a rispettare le prescrizioni del nuovo diritto, anche se la decisione di effettuarle sia stata presa secondo il diritto previgente. Una volta adottata la legge, la preparazione di un'operazione di ristrutturazione secondo il nuovo diritto non dovrebbe creare problemi particolari. I vantaggi della soluzione transitoria proposta dovrebbero pertanto prevalere.

Art. 109 Referendum ed entrata in vigore

Questa disposizione precisa che la legge sulla fusione sottostà al referendum facoltativo e delega al Consiglio federale il compito di determinarne l'entrata in vigore.

2.2 Allegato: Modifica del diritto vigente

2.2.1 Codice delle obbligazioni (CO)

Art. 181 cpv. 2 e 4

L'articolo 181 CO fa dell'assunzione di un patrimonio o di un'azienda un caso particolare dell'assunzione di debito. Benché tale disposizione parli di assunzione «con l'attivo ed il passivo», essa concerne in realtà soltanto il trasferimento legale dei debiti relativi a un patrimonio o a un'azienda. Quanto agli attivi, essi vanno trasferiti separatamente secondo le disposizioni applicabili in materia di successione a titolo particolare. Al fine di tutelare i creditori, l'articolo 181 capoverso 2 CO prevede la responsabilità solidale del debitore precedente per due anni a contare dal giorno della comunicazione o della pubblicazione oppure, per i crediti non ancora scaduti, dal giorno della scadenza. L'articolo 181 CO è inoltre oggetto di spiegazioni nel numero 1.3.2.4.1.

L'assunzione della totalità o di parte di un'azienda per il tramite dell'articolo 181 CO non è attualmente vincolata ad alcuna disposizione speciale del diritto societario. Non si prevede in particolare alcun obbligo di informare i soci la cui portata ecceda quella delle norme generali in materia di pubblicità (art. 663b - 663d CO). In generale, i soci non sono quindi informati in merito all'importo della controprestazione fornita per il trasferimento dell'azienda.

Gli articoli 69 segg. del disegno di legge sulla fusione disciplinano il trasferimento di patrimonio. In virtù di tali disposizioni, un soggetto giuridico iscritto nel registro di commercio può trasferire la totalità o parte del suo patrimonio a un altro soggetto. Contrariamente a quanto previsto in caso di assunzione di un'azienda ai sensi dell'articolo 181 CO, il trasferimento di patrimonio presenta il vantaggio di trasferire *ex lege* gli attivi e i passivi al soggetto assunto (art. 73 cpv. 2).

Il nuovo *capoverso 4* dell'articolo 181 CO risolve la questione della delimitazione tra la nuova regolamentazione del trasferimento di patrimonio e le disposizioni vigenti di cui all'articolo 181 CO. 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. Di conseguenza, l'articolo 181 CO non si applica più a società in nome collettivo, società in accomandita, società anonime, società in accomandita per azioni, società a garanzia limitata, società cooperative, associazioni, fondazioni e ditte individuali iscritte nel registro di commercio.

Il *capoverso 2* porta inoltre da due a tre anni il termine relativo alla responsabilità solidale. I creditori sono così meglio tutelati e la durata del termine è in sintonia con quello previsto dal disegno di legge sulla fusione (cfr. gli art. 26 cpv. 2 e 75 cpv. 1).

Art. 182

L'articolo 182 CO disciplina l'assunzione reciproca degli attivi e dei passivi di aziende e la prosecuzione dell'attività di una ditta individuale sotto forma di società in nome collettivo o di società in accomandita. La nuova regolamentazione della legge sulla fusione e, in particolare, le norme concernenti il trasferimento di patrimonio (art. 69 segg.) consentono l'abrogazione dell'articolo 182.

Art. 622 cpv. 4

In occasione della revisione del diritto della società anonima, del 4 ottobre 1991 (RU 1992 733), il valore nominale minimo delle azioni della società anonima è passato da cento a dieci franchi. Lo scopo di tale modifica era quello di favorire l'allargamento della cerchia dei titolari di azioni e di eliminare gli inconvenienti legati alle «azioni pesanti» di società svizzere; sul mercato, la domanda di azioni il cui valore di borsa è elevato è infatti meno forte¹⁷⁸.

Va da sé che in caso di fusione, di scissione e di trasformazione il valore nominale minimo delle azioni va rispettato in occasione della fissazione del rapporto di cambio. A seconda delle circostanze, un valore nominale di dieci franchi può essere fonte di problemi. Il disegno propone pertanto di ridurre il valore nominale minimo delle azioni da dieci franchi a un centesimo, al fine di permettere che il rapporto di cambio sia espresso in cifre tonde, se del caso per il tramite dello splitting delle azioni.

La riduzione del valore nominale minimo consente inoltre di agevolare le fusioni e le trasformazioni che coinvolgono una società anonima e una società priva di un capitale suddiviso in quote sociali (società cooperativa e associazione). In casi simili, infatti, i soci privi di quote sociali hanno diritto almeno a una quota, conformemente agli articoli 7 capoverso 3 e 56 capoverso 2. Se una società anonima assume un'associazione, ciascuno dei membri di quest'ultima può quindi ricevere, a seconda delle circostanze, un'azione il cui valore nominale, fatta salva la salvaguardia dei diritti societari, può essere fissato ad almeno un centesimo.

La proposta di revisione dell'articolo 622 capoverso 4 CO dà inoltre seguito, sotto quest'aspetto, alla mozione 99.3460, del 9 settembre 1999, della Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati. La mozione incarica il Consiglio federale di presentare, entro la metà del 2000, un rapporto sul promovimento della costituzione di nuove aziende, il quale deve tra l'altro contenere proposte concernenti la riduzione del valore nominale delle azioni¹⁷⁹. Anche l'iniziativa parlamentare 99.446, del 27 settembre 1999, del consigliere agli Stati Maximilien Reimann auspica la riduzione a un centesimo del valore nominale delle azioni.

La revisione dell'articolo 622 capoverso 4 ha dunque portata generale, eccedente i ristretti ambiti della fusione o della trasformazione. È opportuno ammettere la possibilità di costituire una nuova società anonima in cui il valore nominale delle azioni ammonta a un centesimo soltanto. Sulla base della revisione proposta, le società esi-

¹⁷⁸ Si veda il messaggio del Consiglio federale del 23 febbraio 1983, n. 122.2 e 202, FF 1983 II pag. 727 e 755.

¹⁷⁹ Si veda Boll. Uff. S 1999, pag. 743 e Boll. Uff. N 1999, pag. 1785.

stenti possono inoltre procedere a uno splitting dei loro titoli, siano essi azioni o buoni di partecipazione (cfr. il rinvio di cui all'art. 656a CO). La riduzione del valore nominale minimo da dieci franchi a un centesimo consente inoltre, mediante una divisione dei titoli, di ovviare al problema del volume degli scambi concernenti le «azioni pesanti».

Negli ordinamenti giuridici dei Paesi limitrofi si constata un'evoluzione verso l'introduzione di azioni prive di valore nominale¹⁸⁰. Tale innovazione comporterebbe tuttavia un cambiamento di paradigma nel diritto della società anonima e renderebbe necessarie numerose modifiche. Una siffatta revisione non rientra dunque nel contesto del disegno di legge sulla fusione.

L'articolo 774 capoverso 1 CO fissa a 1000 franchi almeno l'ammontare dell'importo nominale minimo delle quote sociali della società a garanzia limitata. Dato che è attualmente in corso una revisione del diritto della società a garanzia limitata, il disegno di legge sulla fusione non prevede alcuna proposta relativa alla riduzione del valore nominale minimo delle quote sociali. Nel contesto della revisione del diritto della società a garanzia limitata, si propone di portare detto valore a 100 franchi¹⁸¹.

Art. 704 cpv. 1 n. 8, 748 - 750, 770 cpv. 3, 824 - 826 e 914

Queste modifiche del Codice delle obbligazioni consistono in adeguamenti delle normative concernenti le differenti forme giuridiche resi necessari dalla loro integrazione nella legge sulla fusione (in dettaglio, si tratta della regolamentazione sulla fusione di cui agli art. 748 - 750, 770 cpv. 3 e 914 CO, dei requisiti di maggioranza per la decisione di fusione giusta l'art. 704 cpv. 1 n. 8 CO e della trasformazione di una società anonima in una società a garanzia limitata di cui agli art. 824 - 826 CO).

Art. 738, 888 cpv. 2 e 893 cpv. 2

Le nuove possibilità di modifica delle strutture giuridiche e la nuova terminologia della legge sulla fusione rendono necessari taluni adeguamenti del CO. L'articolo 738 CO va completato onde tenere conto di tutti i casi di scioglimento della società senza liquidazione. Si tratta in particolare di menzionare la divisione. Il riferimento alla trasformazione in società a garanzia limitata va inoltre soppresso, in quanto secondo la legge sulla fusione non si tratta più di un caso di scioglimento della società.

I requisiti di maggioranza per la decisione di fusione di società cooperative sono ora disciplinati dalla legge sulla fusione (art. 18). L'articolo 888 capoverso 2 CO può quindi limitarsi a trattare i casi di scioglimento seguiti dalla liquidazione della società.

L'articolo 893 CO concerne le società d'assicurazione a beneficio di una concessione. Queste ultime possono delegare in tutto o in parte i poteri dell'assemblea generale all'amministrazione. Giusta l'articolo 893 capoverso 2 CO, non possono essere delegati i poteri riguardanti segnatamente la fusione della società. L'elenco dei poteri che non possono essere delegati va completato da quelli concernenti la scissione e la trasformazione, in quanto di importanza paragonabile alla fusione.

¹⁸⁰ Cfr. a tal proposito: GAUDENZ G. ZINDEL / PETER R. BURKHALTER, Euro(päische) Aktien ohne Nennwert; Zeitschrift für Europarecht, 1999, pag. 50 segg.

¹⁸¹ Cfr. l'art. 774 cpv. 1 dell'avamprogetto peritale redatto dai professori Peter Böckli, Peter Forstmoser e Jean-Marc Rapp, posto in consultazione dal Consiglio federale tra il mese di aprile e quello di ottobre del 1999.

Art. 936a Numero di identificazione

Il *capoverso 1* di tale disposizione prevede che a tutti i soggetti iscritti nel registro di commercio sia assegnato un numero di identificazione. Onde permettere l'identificazione permanente dei soggetti, il *capoverso 2* dispone che il numero resti invariato sino allo scioglimento del soggetto, anche in caso di trasferimento della sede, di trasformazione o di cambiamento del nome o della ditta. Tale norma si rivolge in primo luogo alle autorità cantonali e federali del registro di commercio. Con l'informatizzazione del registro di commercio, all'identificazione dei soggetti tramite la ditta subentra quella resa possibile da un numero d'immatricolazione. Tale soluzione si impone anche a causa del fatto che la ditta non permette di identificare il soggetto in modo permanente. Le nuove possibilità di modifica delle strutture giuridiche offerte dalla legge sulla fusione (in particolare la trasformazione) possono rendere ancor più difficoltosa l'identificazione delle società. Il numero di identificazione si rivela pertanto indispensabile sotto il profilo della tecnica del registro; la prassi del registro l'ha del resto già introdotto. È tuttavia auspicabile l'istituzione di una chiara base legale.

Il *capoverso 3* delega al Consiglio federale la competenza di emanare mediante ordinanza disposizioni esecutive concernenti il numero di identificazione. Il Consiglio federale può tra l'altro imporre ai soggetti giuridici di indicare il numero di identificazione, a fianco della ditta, sulle lettere, sui bollettini di ordinazione e sulle fatture¹⁸². Tale obbligo intende garantire un'agevole identificazione dei soggetti, contribuendo in tal modo alla trasparenza delle relazioni commerciali. Poiché già vige l'obbligo di indicare il numero dell'imposta sul valore aggiunto, andrà vagliata, prima dell'eventuale introduzione del numero di identificazione di cui all'articolo 936a CO, la possibilità di prevedere una numerazione uniforme delle imprese per l'insieme dell'amministrazione. Va inoltre precisato che la proposta di *capoverso 2* dell'articolo 936a CO non obbliga, bensì si limita ad autorizzare il Consiglio federale a prevedere l'obbligo di indicare il numero di identificazione. Tale soluzione ci consente di esaminare in modo dettagliato le soluzioni più idonee a garantire l'identificazione dei soggetti economici.

Art. 4 delle disposizioni finali e transitorie dei titoli ventesimoquarto a trentesimoterzo

Questa disposizione delega al Consiglio federale la competenza di emanare norme concernenti la trasformazione senza liquidazione di società cooperative in società commerciali. Tale clausola di delega si riferisce all'entrata in vigore della revisione del CO del 1936. Sulla base di tale disposizione, il Consiglio federale ha emanato un'ordinanza di carattere transitorio che è stata abrogata nel 1968. Poiché è ormai desueto, l'articolo 4 delle disposizioni finali e transitorie del 1936 può essere abrogato.

¹⁸² Giusta l'art. 4 della prima direttiva europea, del 9 marzo 1968, in materia di diritto delle società (68/151/CEE), le lettere e i bollettini di ordinazione devono indicare, accanto alla forma giuridica e alla sede della società, il registro di commercio competente e il numero di iscrizione.

2.2.2 **Legge federale sul diritto fondiario rurale (LDFR)**

Art. 62 Eccezioni

La legge federale del 4 ottobre 1991 sul diritto fondiario rurale (LDFR; RS 211.412.11) non prevede alcuna disposizione esplicita in materia di fusione. Secondo la concezione vigente, tuttavia, il trasferimento mediante successione universale nell'ambito di una fusione non necessita dell'autorizzazione di acquisto di cui all'articolo 61 LDFR. Lo stesso vale per l'acquisto per successione, il quale è disciplinato dall'articolo 62 lettera a LDFR. I principali attivi del patrimonio non devono tuttavia consistere in un'azienda agricola o in fondi agricoli¹⁸³.

Nell'ambito della legge sulla fusione, *l'articolo 62 LDFR* è completato mediante una *lettera g*. In linea di principio, l'autorizzazione non è necessaria in caso di ristrutturazione di società mediante fusione o scissione. Conformemente al fine della LDFR, i casi in cui gli attivi del soggetto giuridico assuntore o trasferente consistano principalmente in un'azienda agricola o in fondi agricoli permangono tuttavia soggetti ad autorizzazione. L'esenzione dall'autorizzazione concerne inoltre soltanto i casi di assoggettamento conseguenti ad acquisto; essa non si applica in caso di acquisizione della proprietà mediante trasferimento di patrimonio.

La nuova normativa non interessa le restrizioni poste dal diritto privato ai rapporti giuridici concernenti i fondi agricoli. La fusione e la scissione di società anonime di famiglia possono quindi dare luogo al diritto di prelazione dei parenti (art. 42 seg. LDFR) o al diritto dei coeredi o dell'alienante all'utile (art. 29 segg. e 53 LDFR), qualora siano adempiute le condizioni di cui all'articolo 4 capoverso 2 LDFR.

2.2.3 **Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP)**

La LDIP prevede attualmente soltanto una normativa concernente il trasferimento transfrontaliero della sede di una società (art. 161 segg. LDIP). Benché già ammessa da giurisprudenza e dottrina, la fusione transfrontaliera non è per contro contemplata dal diritto vigente. Oltre alla fusione e al trasferimento della sede, la legge sulla fusione introduce nel diritto interno anche la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio. Ad eccezione della trasformazione, tali operazioni possono travalicare i confini nazionali. L'adozione della legge sulla fusione offre la possibilità di istituire norme di conflitto basate su principi uniformi e applicabili a tutte le fattispecie di ristrutturazione internazionali.

In presenza di una fattispecie avente risvolti internazionali, e dunque giudicabile in base al diritto di diversi Stati, le norme di conflitto hanno il compito di attribuire detta fattispecie all'ordinamento giuridico con il quale essa è più strettamente connessa¹⁸⁴. In caso di fattispecie di ristrutturazione internazionali, è determinato in tal modo anche lo statuto inerente alla fusione, alla scissione e al trasferimento di patrimonio. La maggior parte degli ordinamenti giuridici ammette tuttavia la ristrutturazione transfrontaliera di una società retta dal loro diritto soltanto se le condizioni

¹⁸³ Cfr. BEAT STALDER, *Le droit foncier rural*, Commentaire de la loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991, art. 61 LDFR n. 18.

¹⁸⁴ In merito al principio generale della connessione più stretta, si veda l'art. 117 cpv. 1 LDIP.

di quest'ultimo sono osservate, anche qualora, secondo tale ordinamento, non si tratti di uno statuto inerente alla fusione, alla scissione e al trasferimento di patrimonio. I motivi di tale *modus operandi* derivano da molteplici interessi, ad esempio la protezione dei soci, dei creditori e dei lavoratori, ma anche da considerazioni di natura fiscale o da altri interessi pubblici (ad es. restrizioni concernenti gli investimenti). Soltanto il diritto internazionale privato dello Stato in questione determina pertanto in che misura una società straniera può partecipare a una simile operazione. Per tale motivo, il disegno di revisione stabilisce le condizioni che vanno osservate e le conseguenze che derivano, secondo il diritto internazionale privato svizzero, dalla partecipazione di una società svizzera a una ristrutturazione transfrontaliera, lasciando spazio al diritto straniero, mediante rinvii generali, laddove quest'ultimo lo rivendica¹⁸⁵.

Le società che intendono procedere a una ristrutturazione sono pertanto confrontate con il problema costituito dal fatto che una ristrutturazione ammessa dal diritto di un Paese può scontrarsi con le limitazioni imposte dal diritto dell'altro. Inoltre, una ristrutturazione che dà luogo a un trasferimento di patrimonio tra due Paesi potrebbe spesso essere esclusa da motivi di ordine fiscale, in particolare nel caso in cui utili di liquidazione siano imposti nell'ambito dello scioglimento o del deflusso di riserve occulte¹⁸⁶. Permane dunque aperta la questione della frequenza delle ristrutturazioni transfrontaliere. Esigenze di certezza e di chiarezza del diritto impongono tuttavia l'istituzione di una normativa di diritto internazionale privato intesa ad agevolare le ristrutturazioni transfrontaliere auspiccate dalle parti.

2.2.3.1 Il trasferimento transfrontaliero di una società

Art. 162 cpv. 3 D-LDIP Trasferimento della società dall'estero in Svizzera; momento determinante

L'articolo 162 capoverso 3 LDIP esige dalla società di capitali trasferita in Svizzera che il suo capitale sia sufficientemente coperto ai sensi del diritto svizzero. La copertura va comprovata mediante un rapporto redatto da un ufficio di revisione abilitato a tal fine dal Consiglio federale. Il diritto della società anonima prevede per contro che, per talune operazioni importanti, il rapporto vada steso da un revisore particolarmente qualificato. La modifica si propone di armonizzare l'articolo 162 capoverso 3 LDIP con la normativa del diritto della società anonima.

¹⁸⁵ In merito alla teoria dell'applicazione cumulativa («Vereinigungstheorie»: B. BESSENICH, Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR, Basilea e Francoforte sul Meno 1991, pag. 11 segg.; D. GIRSBERGER in: Honsell/Vogt/Schnyder (ed.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basilea e Francoforte sul Meno 1996, Ergänzungen zu Art. 164 n. 6; A. K. SCHNYDER, Internationale Transaktionen unter dem Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz, in: ZBJV 135^{bis}, Berna 1999, pag. 70; F. VISCHER, Das internationale Gesellschaftsrecht der Schweiz, in: NOBEL (ed.), Internationales Gesellschaftsrecht, Berna 1998, pag. 39.

¹⁸⁶ Art. 54 cpv. 2 della legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta (RS 642.11) e per l'estero, ad es. la Gran Bretagna, si veda la decisione Daily Mail, S-CGCE 1988 5505 segg. Il Dipartimento federale delle finanze prende in considerazione la possibilità di prevedere un'eccezione a tale prassi nel caso in cui la società straniera assuntrice mantenga la società svizzera come succursale; si veda il rapporto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» (agosto 1997), n. 73, pag. 33, nota a pié di pagina 55 e pag. 43.

Art. 163 D-LDIP Trasferimento della società dalla Svizzera all'estero

Sotto il profilo materiale, l'*articolo 163 LDIP* è modificato soltanto leggermente. Una società svizzera che, senza liquidazione né nuova costituzione, intende sottoporsi al diritto straniero deve ancora provare sia che continua a sussistere giusta il diritto straniero, sia che le condizioni poste dal diritto svizzero sono adempite.

Il vigente articolo *163 capoverso 1 lettera c LDIP* prevede una diffida pubblica ai creditori, al fine di salvaguardarne gli interessi. Giusta l'*articolo 163 capoverso 2 D-LDIP*, vanno ora garantiti i crediti anche quando i creditori ne fanno domanda entro due mesi a contare dalla diffida. Tale norma scaturisce dall'applicazione analogica dell'*articolo 46 D-LFus*, prevista dall'*articolo 163 capoverso 2 D-LDIP*. È in tal modo possibile porre in atto una protezione dei creditori coerente nei rapporti internazionali. Anche le disposizioni sulla fusione mediante emigrazione (art. 163b cpv. 3 D-LDIP)¹⁸⁷ e sulla scissione mediante emigrazione (art. 163d cpv. 1 in relazione con l'art. 163b cpv. 3 D-LDIP)¹⁸⁸ rinviano all'*articolo 46 D-LFus*.

Il vigente articolo 163 capoverso 2 LDIP non subisce alcuna modifica e diviene il capoverso 3. Negli *articoli 164 e 164a D-LDIP* sono inoltre state completate le norme sulla cancellazione nel registro di commercio, sul foro ordinario e su quello d'esecuzione.

2.2.3.2 La fusione transfrontaliera

Art. 163a D-LDIP Fusione dall'estero verso la Svizzera

L'*articolo 163a D-LDIP* disciplina lo statuto relativo alla fusione mediante immigrazione, vale a dire le condizioni materiali alle quali una società svizzera può assumere una società estera (incorporazione mediante immigrazione) o unirsi alla stessa per dare vita a una nuova società svizzera (combinazione mediante immigrazione). Lo statuto della fusione concerne operazioni di diritto societario che hanno luogo nelle imprese interessate e ha pertanto carattere imperativo; le parti sono quindi private dalla possibilità di scegliere il diritto applicabile¹⁸⁹. Lo statuto della fusione è dato dal diritto applicabile alla società assuntrice, vale a dire il diritto svizzero in caso di fusione mediante immigrazione (art. 163a cpv. 2 D-LDIP); tale ordinamento giuridico è quello più strettamente connesso con la fusione, in conformità al quale si concretano gli elementi caratteristici di tale operazione.

Va tuttavia tenuto conto dei diversi interessi di protezione del diritto applicabile alla società sciolta in seguito a fusione. Il diritto dello Stato da cui la società emigra deve permettere la fusione; in tale contesto, vanno prese in considerazione tutte le disposizioni che si applicano imperativamente alla fattispecie, siano esse di diritto societario o fiscale, concernano gli investimenti o siano di altra natura. L'*articolo 163a capoverso 1 D-LDIP* ammette pertanto la fusione mediante immigrazione soltanto se, oltre al diritto svizzero, anche il diritto della società trasferente¹⁹⁰ ammette la

¹⁸⁷ Cfr. n. 223.2

¹⁸⁸ Cfr. n. 223.3

¹⁸⁹ In merito ai limiti della possibilità di scegliere il diritto applicabile nel contratto di fusione, si veda il commento all'art. 163c D-LDIP.

¹⁹⁰ In merito alla portata del rinvio, si veda l'art. 13 LDIP.

fusione, espressamente o tacitamente, e le relative condizioni sono adempiute¹⁹¹. In ultima analisi, il diritto straniero deve ammettere che il patrimonio della società da esso retta sia trasferito senza liquidazione e *uno actu* alla società svizzera.

Non è specialmente disciplinato il caso in cui due o più società insediate in distinti Stati stranieri si uniscano, a seguito di una fusione mediante combinazione, per formare una nuova società di diritto svizzero. La situazione giuridica può tuttavia rientrare nell'*articolo 163a D-LDIP*: tutti gli statuti stranieri delle società interessate devono ammettere la fusione e le condizioni di quest'ultima devono essere adempiute (art. 163a cpv. 1 D-LDIP); l'operazione soggiace per il resto al diritto svizzero, in quanto diritto della società sorta dalla fusione mediante combinazione (art. 163a cpv. 2 D-LDIP). Il contratto di fusione deve rispettare le prescrizioni imperative di diritto societario di tutti gli ordinamenti giuridici interessati (art. 163c cpv. 1 D-LDIP). Onde non ostacolare la transazione mediante esigenze superflue, il diritto svizzero deve tuttavia farsi da parte laddove, per quanto concerne le società trasferenti, non siano lesi interessi svizzeri; le norme svizzere relative alla protezione dei creditori della società trasferente, ad esempio, non vanno applicate. È opportuno determinare caso per caso quali interessi svizzeri non siano in gioco.

Art. 163b D-LDIP Fusione dalla Svizzera all'estero

La revisione proposta disciplina la fusione dalla Svizzera all'estero (fusione mediante emigrazione) in modo più dettagliato di quanto non accada per la fusione mediante immigrazione. Tale fusione rappresenta, dal punto di vista svizzero, un caso critico, in quanto i soci della società svizzera divengono soci di una società estera, privando del sostrato di responsabilità i creditori della società in Svizzera. Benché la fusione mediante emigrazione sia di norma sottoposta al diritto della società straniera assuntrice (art. 163b cpv. 4 D-LDIP), al fine di salvaguardare legittimi interessi svizzeri si applicano le seguenti norme complementari.

In primo luogo, devono essere realizzati gli elementi costitutivi della fusione: da un canto gli attivi e i passivi della società svizzera devono essere trasferiti mediante successione universale alla società estera (art. 163b cpv. 1 lett. a D-LDIP); d'altro canto vanno debitamente salvaguardati le quote sociali e i diritti societari dei soci svizzeri in seno alla società straniera (lett. b). La lettera b comprende anche il diritto a un conguaglio inteso a equilibrare il rapporto di scambio ai sensi dell'*articolo 7 capoverso 2 D-LFus*.

L'*articolo 163b capoverso 2 D-LDIP* dispone inoltre che la società svizzera che partecipa a una fusione all'estero deve adempiere tutte le condizioni del diritto svizzero applicabili alla società trasferente. Anche in caso di fusione mediante emigrazione, si applicano in tal modo tutte le prescrizioni che la società trasferente deve imperativamente osservare nel diritto interno. Si tratta in particolare delle seguenti disposizioni della legge sulla fusione: *articolo 14* (rapporto di fusione redatto dagli organi superiori di direzione o di amministrazione), *articolo 15* (verifica del contratto e del rapporto di fusione ad opera di un revisore particolarmente qualificato), *articoli 16 seg.* (diritto di consultare il contratto di fusione, il rapporto di fusione e il

¹⁹¹ Ciò è conforme alla teoria dell'applicazione cumulativa («Vereinigungsthorie»). Dato che si applicano tutte le prescrizioni straniere concernenti lo statuto della società, siano esse di diritto privato o di diritto pubblico (art. 13 LDIP), non vi è spazio alcuno per un'applicazione autonoma dell'art. 19 LDIP.

rapporto di verifica), *articoli 18 segg.* (decisione di fusione, atto pubblico e iscrizione nel registro di commercio) e *articoli 27 seg.* (protezione dei lavoratori).

In caso di fusione interna, l'*articolo 25 capoverso 1 D-LFus* prevede che i creditori della società trasferente possano esigere la costituzione di garanzie da parte della società assuntrice. Nel caso di fusione transfrontaliera, tale norma offre tuttavia ai creditori una protezione insufficiente, in quanto la garanzia è fornita soltanto dopo la pubblicazione della decisione di fusione e la conseguente cancellazione dal registro di commercio. Mediante la normativa anzidetta non è possibile fare fronte in modo efficace al rischio, presente nei rapporti internazionali, che il sostrato di responsabilità si eclissi all'estero. L'*articolo 163b capoverso 3 D-LDIP* dispone pertanto che i creditori della società svizzera vanno informati dell'imminente fusione e diffidati pubblicamente, in Svizzera, a far valere i loro crediti, rinviando inoltre, per quanto concerne le garanzie, all'*articolo 46 D-LFus*, che disciplina la protezione dei creditori in caso di scissione. In tal modo si fa sì che la diffida ai creditori e la garanzia dei crediti intervengano prima della pubblicazione della decisione di fusione e della cancellazione dal registro di commercio, vale a dire prima che il sostrato di responsabilità sia trasferito alla società assuntrice estera.

Si assicura in tal modo una protezione dei creditori coerente per tutte le fattispecie di emigrazione¹⁹². Il rinvio all'*articolo 46 D-LFus* comporta, in caso di fusione transfrontaliera, una protezione dei creditori più ampia di quella prevista in caso di fusione interna. Per gli Stati membri dell'Unione europea, tale disparità di trattamento sarà tuttavia evitata grazie all'*articolo 9 capoverso 2* della proposta di decima direttiva relativa alle fusioni transfrontaliere di società per azioni, dell'8 gennaio 1985¹⁹³. La proposta di direttiva è tuttavia incentrata sui casi di fusione all'interno dell'Unione europea. La LDIP disciplina invece fattispecie internazionali che non si svolgono in uno spazio giuridico omogeneo; si giustifica pertanto una normativa differenziata rispetto a quella dell'UE.

Le norme svizzere che non si applicano alla società trasferente in Svizzera, bensì alla società assuntrice all'estero sono applicabili, in virtù dell'*articolo 18 LDIP*, se sono imperative anche nei rapporti internazionali indipendentemente dal diritto generalmente determinante. Tra queste figura la legge federale del 16 dicembre 1983 sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero (LAFE; RS 211.412.41), che vincola a un'autorizzazione statale l'acquisto di fondi in Svizzera da parte della società estera. In caso di fusione dalla Svizzera all'estero vanno infine osservati anche gli *articoli 164 e 164a D-LDIP*, che disciplinano, per tutte le fattispecie di emigrazione, la cancellazione dal registro di commercio, il luogo dell'esecuzione e il foro¹⁹⁴.

Art. 163c D-LDIP Contratto di fusione

Per quanto concerne il contratto di fusione, l'*articolo 163c capoverso 1 D-LDIP* dispone che vanno osservate tutte le norme imperative di diritto societario di tutti gli ordinamenti giuridici applicabili alle società partecipanti alla fusione, comprese le regole inerenti alla forma. L'osservanza delle norme imperative di diritto societario

¹⁹² Cfr. l'art. 163 cpv. 2 D-LDIP (trasferimento della sede); l'art. 163d cpv. 1 in relazione con l'art. 163b cpv. 3 D-LDIP (scissione); inoltre, per quanto concerne l'applicazione di tali norme, l'art. 164 cpv. 1 D-LDIP (disposizioni comuni). In merito al differente disciplinamento concernente l'assunzione di patrimonio, si veda il n. 2.2.3.3.

¹⁹³ GU CE 1985 C 23, pag. 11 segg.

¹⁹⁴ N. 2.2.3.4

di tutti i diritti coinvolti costituisce un'ingerenza nel principio della libera scelta del diritto applicabile¹⁹⁵. Il contratto di fusione non è tuttavia un negozio giuridico dal contenuto ordinario. Pur avendo carattere obbligazionario, in quanto conferisce diritti e obblighi reciproci alle parti contraenti, funge in primo luogo da strumento del diritto societario: il suo contenuto verte sulla modifica delle strutture societarie e ha ripercussioni immediate sullo statuto giuridico dei terzi che non figurano tra le parti contraenti, tra i quali vanno menzionati in particolare i soci, i creditori e i lavoratori delle società interessate. La protezione degli interessi legittimi dei terzi giustifica la restrizione imposta all'autonomia delle parti.

Per gli stessi motivi si giustifica anche il collegamento speciale previsto per determinare la forma del contratto. Contrariamente a quanto previsto dall'*articolo 124 LDIP*, che dispone che la forma del contratto è determinata dal diritto che gli è applicabile o dal diritto del luogo di stipulazione, l'*articolo 163c capoverso 1 D-LDIP* esige l'applicazione cumulativa delle prescrizioni di forma dei diritti delle società coinvolte. Mentre ai sensi dell'*articolo 124 LDIP* è necessario attenersi unicamente alla forma meno rigida, l'*articolo 163c capoverso 1 D-LDIP* conduce dal canto suo all'applicazione del diritto più restrittivo. In caso di fusione transfrontaliera a cui partecipa una società svizzera, è pertanto escluso che il contratto sia concluso senza rispettare la forma scritta (art. 12 cpv. 2 D-LFus).

Per gli oggetti del contratto di fusione di natura tipicamente contrattuale o che non concernono il diritto societario, le parti possono scegliere liberamente il diritto applicabile (art. 163c cpv. 2 D-LDIP), ovviamente nel rispetto delle norme imperative di diritto societario dei diritti nazionali interessati (art. 163c cpv. 1 D-LDIP). Se le parti non optano per alcun diritto, il contratto di fusione sottostà al diritto dello Stato con cui è più strettamente connesso (art. 163c cpv. 2 secondo periodo D-LDIP). La legge presume l'esistenza di tale connessione con il diritto dello Stato il cui ordinamento giuridico disciplina la società assuntrice (art. 163c cpv. 2 terzo periodo D-LDIP). Tale presunzione legale può essere sconfessata. La regolamentazione è conforme ai principi del diritto internazionale dei contratti e tiene conto delle componenti obbligazionarie del contratto di fusione.

2.2.3.3 La scissione e il trasferimento di patrimonio transfrontalieri

Art. 163d D-LDIP Scissione e trasferimento di patrimonio

Scissione

L'*articolo 163d D-LDIP* rinuncia a definire la fattispecie di scissione transfrontaliera e rinvia ampiamente alle norme del D-LDIP concernenti la fusione transfrontaliera, le quali si applicano per analogia. Il disegno di revisione si conforma in tal modo alla legge sulla fusione; le questioni che necessitano di essere disciplinate sono infatti assai simili. Per informazioni complementari in merito si rinvia pertanto alla regolamentazione prevista in materia di scissione¹⁹⁶ e al commento relativo alla fusione transfrontaliera¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Si veda in merito l'art. 116 LDIP.

¹⁹⁶ Articoli 29 - 52 D-LFus.

¹⁹⁷ N. 2.2.3.2

Vi è scissione transfrontaliera quando una società svizzera (società trasferente) trasferisce parti del proprio patrimonio a società straniera (società assuntrice) e viceversa. Quale contropartita, quote sociali o diritti societari della società assuntrice sono attribuiti ai soci della società trasferente; per quanto concerne il trasferimento giuridico delle parti di patrimonio interessate dalla scissione, esso si compie *uno actu*.

L'applicazione analogica delle norme concernenti la fusione transfrontaliera (*art. 163d cpv. 1 primo periodo D-LDIP*) implica l'applicazione delle norme imperative degli statuti societari interessati (*art. 163a e 163b D-LDIP*). Per quanto concerne la scissione mediante emigrazione, sono esplicitamente riprese le disposizioni concernenti la protezione dei soci in materia di fusione (*art. 163d cpv. 2* in relazione con l'*art. 163b cpv. 1 D-LDIP*). Per il resto, sono inoltre applicabili le norme imperative del diritto materiale svizzero (*art. 163d cpv. 2* in relazione con l'*art. 163b cpv. 2 D-LDIP*), quali in particolare le disposizioni sulla protezione dei creditori (*art. 45 segg. D-LFus*) e dei lavoratori (*art. 49 seg. D-LFus*) e le norme sulla forma e la pubblicità (*art. 36 e 51 seg. D-LFus*), ma anche la Lex Friedrich (*art. 18 LDIP*). Nel caso della scissione, lo statuto applicabile non è tuttavia quello della società assuntrice, come avviene per la fusione, bensì quello della società trasferente (*art. 163d cpv. 2 D-LDIP*); tale diritto è infatti più strettamente connesso con la scissione. Le parti sono libere di scegliere il diritto applicabile agli elementi del contratto di scissione che non sono imperativamente prescritti dagli ordinamenti giuridici interessati¹⁹⁸; il diritto della società che opera la scissione è applicabile a titolo sussidiario (*art. 163d cpv. 3 D-LDIP*). In caso di scissione mediante emigrazione si applicano le disposizioni comuni di cui agli *articoli 164 e 164a D-LDIP*¹⁹⁹.

Trasferimento di patrimonio

L'*articolo 163d D-LDIP* disciplina il trasferimento di patrimonio transfrontaliero in modo identico a quello riservato alla scissione, vale a dire senza darne una definizione e rinviando alle disposizioni sulla fusione transfrontaliera. Come in caso di trasferimento di patrimonio all'interno del Paese, anche la presente fattispecie consiste nel trasferimento di un patrimonio, con attivi e passivi, mediante successione universale. A differenza di quanto accade sul piano nazionale, la società trasferente e quella assuntrice non sottostanno tuttavia allo stesso statuto societario; all'atto pratico, ciò significa che una società è sita in Svizzera e l'altra all'estero.

Come già per la scissione, l'applicazione analogica delle norme sulla fusione transfrontaliera (*art. 163d cpv. 1 primo periodo D-LDIP*) comporta l'applicazione di tutte le norme imperative degli statuti interessati (*art. 163a e 163b*). In caso di trasferimento di patrimonio all'estero (*art. 163d cpv. 2* in relazione con l'*art. 163b cpv. 2 D-LDIP*), le norme imperative del diritto materiale svizzero comprendono segnatamente le disposizioni sulla protezione dei creditori (*art. 75 D-LFus*) e dei lavoratori (*art. 76 seg. D-LFus*), nonché le norme sulla forma e la pubblicità (*art. 71 e 73 D-LFus*) e, come per tutte le altre fattispecie di ristrutturazione, anche prescrizioni di diritto pubblico imperative sul piano internazionale, come la Lex Friedrich (*art. 18 LDIP*). Conformemente alla natura dell'operazione, in caso di trasferimento di patrimonio le disposizioni a tutela dei soci previste in caso di fusione (*art. 163d cpv. 2* in relazione con l'*art. 163b cpv. 1 D-LDIP*) si riducono all'obbligo di informare dell'organo superiore di direzione (*art. 74 D-LFus*). Poiché in caso di emigra-

¹⁹⁸ Ad esempio quando alla società che opera la scissione sono garantiti, dopo la fusione, l'utilizzo di taluni beni immateriali o l'esercizio di altri diritti.

¹⁹⁹ N. 2.2.3.4

zione di un patrimonio la società svizzera è tenuta a osservare anche le prescrizioni sulla protezione del capitale e la liquidazione (*art. 69 cpv. 2 D-LFus* in relazione con gli *art. 163d cpv. 1 e 163b cpv. 2 D-LDIP*), è possibile rinunciare ai diritti di protezione dei creditori di cui all'*articolo 46 D-LFus (art. 163d cpv. 1 secondo periodo D-LDIP)*.

Per il resto, come in caso di scissione, il diritto più strettamente connesso con il trasferimento di patrimonio è quello della società trasferente; tale diritto costituisce pertanto lo statuto determinante in materia di trasferimento (*art. 163d cpv. 2 D-LDIP*). Le parti possono scegliere liberamente il diritto applicabile agli elementi facoltativi del contratto di trasferimento; a titolo sussidiario, è applicabile il diritto della società trasferente (*art. 163d cpv. 3 D-LDIP*), la quale nell'ambito del trasferimento di patrimonio esegue la prestazione caratteristica²⁰⁰.

2.2.3.4 Disposizioni comuni concernenti il trasferimento di una società, la fusione e la scissione

Art. 164 D-LDIP Cancellazione dal registro di commercio

Il vigente articolo 164 capoverso 1 LDIP menziona unicamente le condizioni alle quali una società svizzera trasferita all'estero può essere cancellata dal registro di commercio. L'*articolo 164 capoverso 1 D-LDIP* comprende ora anche la fusione e la scissione all'estero e ne modifica inoltre le condizioni sotto il profilo materiale. Il rapporto di un revisore particolarmente qualificato deve confermare che i crediti dei creditori sono stati soddisfatti o garantiti conformemente all'*articolo 46 D-LFus*, o che i creditori acconsentono alla cancellazione. L'*articolo 164 capoverso 1 D-LDIP* si fonda direttamente sulle disposizioni in materia di protezione dei creditori del disegno di revisione, le quali rinviano, per quanto concerne il trasferimento di una società, la fusione e la scissione dalla Svizzera all'estero, all'*articolo 46 D-LFus*²⁰¹. Se una società svizzera va cancellata dal registro di commercio dopo che si è unita con una società straniera per formare una nuova società svizzera, l'*articolo 164 capoverso 1 D-LDIP* non si applica; tale fattispecie è retta dall'*articolo 15 D-LFus (art. 163a cpv. 2 D-LDIP)*.

L'*articolo 164 capoverso 2 D-LDIP* è dedicato alla protezione dei soci di una società svizzera che, mediante fusione o scissione, emigra all'estero: in tal caso va comprovato, oltre a quanto enunciato dal *capoverso 1*, che la fusione o la scissione ha acquisito validità giuridica secondo il diritto applicabile alla società straniera (*lett. a*). Si intende in tal modo evitare che una società svizzera sia cancellata dal registro di commercio senza tenere conto delle disposizioni del diritto estero, cui la fusione o la scissione dalla Svizzera all'estero è di norma sottoposta in virtù del diritto internazionale privato svizzero.

Un revisore particolarmente qualificato deve inoltre attestare che la società straniera ha riconosciuto ai soci aventi diritto quote sociali o diritti societari, oppure ha versato loro o garantito un conguaglio o un indennizzo eventuali (*art. 164 cpv. 2 lett. b D-LDIP*). Il rapporto di revisione deve riferire sull'adeguatezza ai sensi degli *articoli 7 e 8 D-LFus* e affrontare le questioni di cui all'*articolo 15 capoverso 4*

²⁰⁰ Cfr. l'art. 117 cpv. 2 e 3 LDIP.

²⁰¹ Art. 163 cpv. 2 D-LDIP (trasferimento della sede); art. 163b cpv. 3 D-LDIP (fusione); art. 163d cpv. 1 D-LDIP in relazione con l'art. 163b cpv. 3 D-LDIP (scissione).

D-LFus. Quanto precede risulta dai rinvii di cui all'*articolo 163b capoverso 1 lettera b D-LDIP* per la fusione mediante emigrazione e all'*articolo 163d capoverso 1 D-LDIP* per la scissione mediante emigrazione.

Art. 164a D-LDIP Luogo dell'esecuzione e foro

Foro dell'azione tendente al controllo

In caso di fusione o di scissione interne, giusta l'*articolo 104 D-LFus* ciascun socio può chiedere, entro due mesi a partire dalla pubblicazione della decisione della società, che il giudice verifichi la salvaguardia delle quote sociali e dei diritti societari e fissi un conguaglio. La relativa azione deve poter essere promossa anche in caso di fusione o di scissione dalla Svizzera all'estero, in quanto il diritto materiale corrispondente spetta ai soci della società svizzera trasferente in virtù dell'*articolo 163b capoverso 1 lettera b D-LDIP*. L'*articolo 104 D-LFus* è una norma imperativa del diritto svizzero ai sensi dell'*articolo 163a capoverso 2 D-LDIP*.

Nelle relazioni internazionali, le fattispecie di emigrazione risultano problematiche dal punto di vista svizzero. In tali casi, l'azione di controllo di cui all'*articolo 104 D-LFus* non è diretta formalmente contro la società svizzera trasferente, bensì contro la società assuntrice estera. Qualora, in assenza di una norma di competenza speciale, si dovesse promuovere l'azione al foro ordinario del convenuto, in caso di fusione o di scissione dalla Svizzera all'estero l'azione andrebbe promossa al foro della sede della società estera. Tale esito non sarebbe tuttavia soddisfacente; si giustifica pertanto di prevedere, nell'*articolo 164a capoverso 1 D-LDIP*, che l'azione contro la società estera può essere promossa anche presso la sede svizzera della società trasferente.

In materia di casi internazionali a livello europeo, la Convenzione del 16 settembre 1988 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (CL, RS 0.275.11) prevale sulla norma di competenza di cui all'*articolo 164a capoverso 1 D-LDIP*. L'azione di cui all'*articolo 104 D-LFus* è formalmente un'azione d'esecuzione di una prestazione, la quale è diretta contro la società assuntrice estera; in linea di principio, il foro è pertanto sito presso la sede della società assuntrice. Va lasciata irrisolta la questione di un'eventuale competenza esclusiva, fondata sull'*articolo 16 numero 2 CL*, del giudice della sede della società trasferente²⁰²; la decisione definitiva in merito spetta ai tribunali competenti.

Luogo dell'esecuzione e foro ordinario

Giusta il vigente *articolo 164 capoverso 2 LDIP*, una società trasferita all'estero può essere escussa in Svizzera sino a quando i creditori non siano tacitati o i loro crediti garantiti. Tale disposizione si applica sia alle società tenute a iscriversi in Svizzera nel registro di commercio, sia a quelle che non soggiacciono a tale obbligo; il controllo dell'estinzione dei debiti in occasione della cancellazione, ai sensi dell'*articolo 164 capoverso 1 LDIP*, risulta impossibile proprio nel caso delle società non iscritte. L'*articolo 164a capoverso 2 D-LDIP* estende tale principio e dispone che il luogo dell'esecuzione e il foro svizzeri sussistono sino a quando i creditori o i titolari di quote siano stati soddisfatti o i loro crediti garantiti. Si introduce in tal modo

²⁰² La fondatezza dell'azione mette in dubbio la decisione di fusione o di scissione della società trasferente.

l'innovazione seguente: a fianco del luogo dell'esecuzione è mantenuto anche il foro ordinario in Svizzera.

Il luogo dell'esecuzione e il foro ordinario non sussisteranno più soltanto in caso di trasferimento della sede di una società, ma anche in caso di fusione o di scissione dalla Svizzera all'estero. In sintesi, l'*articolo 164a capoverso 2 D-LDIP* istituisce un luogo dell'esecuzione e un foro svizzeri per le azioni dirette contro la società estera assuntrice, poiché è a partire dall'iscrizione nel registro di commercio che la fusione o la scissione acquisisce validità giuridica e gli attivi e i passivi sono trasferiti alla società assuntrice²⁰³.

Art. 164b D-LDIP Trasferimento, fusione, scissione e trasferimento di patrimonio all'estero

La vigente LDIP non prevede alcuna norma intesa a disciplinare il riconoscimento della ristrutturazione di società site in diversi Stati stranieri. Il diritto svizzero può essere interessato da siffatte operazioni, cui non partecipano società svizzere, in particolare se è in causa l'appartenenza di valori patrimoniali siti in Svizzera. Poiché vanno osservate le norme imperative di tutti gli ordinamenti giuridici interessati, la Svizzera, in quanto Stato terzo, può riconoscere il trasferimento, la fusione e la scissione di società provenienti da Paesi diversi soltanto se tutti gli ordinamenti giuridici in questione riconoscono la validità di tale operazione.

2.2.4 Legge federale sul foro in materia civile

Art. 29a Fusioni, scissioni, trasformazioni e trasferimenti di patrimonio

La legge sul foro in materia civile è stata recentemente adottata dal Parlamento. Essa disciplina la competenza per territorio in materia civile e si applica pertanto anche alle controversie inerenti alla legge sulla fusione. Il disegno di articolo 29a della legge sul foro prevede la competenza alternativa del giudice della sede di ciascuno dei soggetti partecipanti. È in tal modo scongiurato il rischio che una fusione, una scissione o un trasferimento di patrimonio sopprimano taluni fori.

2.2.5 Codice penale (CP)

Art. 326^{ter} Contravvenzioni alle disposizioni sulle ditte commerciali

La revisione dell'ordinanza sul registro di commercio (ORC), entrata in vigore il 1° gennaio 1998, ha profondamente modificato le disposizioni concernenti le ditte commerciali (art. 45 segg. ORC). È stata in particolare abrogata la procedura speciale d'autorizzazione prevista per l'utilizzo di denominazioni nazionali, territoriali e regionali. La soppressione di tale procedura fa dell'articolo 326^{ter} capoverso 3 CP una norma desueta. Si propone pertanto di abrogarlo.

²⁰³ Articoli 22 (fusione) e 52 (scissione).

2.2.6

Legge federale sulle tasse di bollo

L'articolo 14 capoverso 1 lettere b ed i concerne la tassa di negoziazione e riprende le proposte (si veda il n. 1.3.9.6) secondo le quali le ristrutturazioni non danno luogo alla riscossione di tale imposta.

2.2.7

Legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD)

Il commento che segue non concerne unicamente le norme della LIFD, ma anche le relative disposizioni della LAID, il cui tenore è assolutamente identico.

L'articolo 18 capoverso 2 LIFD disciplina tra l'altro il trasferimento di elementi della sostanza commerciale nella sostanza privata. Il disegno di legge sulla fusione prevede che le società in nome collettivo e le società in accomandita possono essere trasformate in società di capitali o in società cooperative. Dato che la trasformazione consiste sostanzialmente nel cambiamento della forma giuridica, è lecito chiedersi in che misura essa implichi un trasferimento di valori patrimoniali. Per motivi inerenti alla sistematica fiscale, sembra tuttavia opportuno menzionare esplicitamente il trasferimento della sostanza commerciale in una persona giuridica, al fine di sancire le eccezioni relative alle fattispecie di ristrutturazione di cui all'articolo 19 capoverso 1. Poiché la LAID (art. 8 cpv. 1) non definisce con precisione il «trasferimento nella sostanza privata», il disegno di legge rinuncia a inserire nella LAID una disposizione corrispondente al nuovo articolo 18 capoverso 2 LIFD.

L'articolo 19 capoverso 1 LIFD concernente la ristrutturazione di imprese di persone, modifica la regolamentazione vigente nel modo seguente:

- Giusta le lettere a e b, ai fini della neutralità fiscale della ristrutturazione è sufficiente che «un esercizio o un ramo d'attività» sia trasferito a un'altra impresa di persone o a una persona giuridica (sempre alla condizione che sussista l'assoggettamento fiscale in Svizzera e siano ripresi gli elementi fino ad allora determinanti ai fini dell'imposta sul reddito). Si rinuncia per contro all'esigenza di cui all'articolo 19 capoverso 1 lettera c, secondo cui vanno trasferite parti distinte dell'impresa e l'esercizio di tali parti deve rimanere immutato. Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» aveva proposto nel suo rapporto di vincolare la neutralità fiscale della ristrutturazione di società di persone al «trasferimento di esercizi indipendenti o parti distinte di essi». In sintonia con la terminologia dell'UE (direttiva del 23 luglio 1990 relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi), il disegno non fa riferimento a «parti distinte dell'esercizio», bensì a «rami d'attività». Se un istituto di previdenza opera una scissione, la neutralità fiscale dell'operazione non dipende, in virtù dell'articolo 80 capoverso 4 LPP, né dalla presenza di «parti distinte d'esercizio», né da quella di «rami d'attività» (cfr. n. 1.3.9.5.5).
- In caso di trasferimento di un esercizio o di un ramo d'attività a una persona giuridica, la neutralità fiscale presuppone inoltre che la (eventuale) controprestazione fornita dalla società assuntrice o trasformata includa l'attribuzione di quote sociali o diritti societari (cfr. n. 1.3.9.5.1). Una ristrutturazione può essere fiscalmente neutra anche nel caso in cui un esercizio o un ramo d'attività (nel senso di un conferimento di capitale dissimulato) sia tra-

sferito a una persona giuridica legata all'impresa di persone, senza che la prima debba fornire una controprestazione e la differenza tra attivi e passivi sia di conseguenza allibrata sul conto delle riserve della persona giuridica assuntrice.

- La *lettera c* concerne in particolare le fusioni e concentrazioni aventi carattere di fusione. Sono considerate concentrazioni con carattere di fusione (in sintonia con la summenzionata direttiva dell'UE relativa alle fusioni) le operazioni di scambio mediante le quali una società acquisisce la partecipazione maggioritaria a un'altra società contro l'attribuzione dei propri diritti di partecipazione. Tanto in caso di fusione, quanto in caso di concentrazione avente carattere di fusione, i titolari dei diritti di partecipazione scambiano i loro titoli con diritti di partecipazione alla persona giuridica assuntrice. Per le persone fisiche la cui sostanza commerciale include partecipazioni alla società assunta e per le persone giuridiche si pone poi la questione se l'eventuale plusvalenza risultante dallo scambio delle partecipazioni vada considerata un utile imponibile. Poiché lo scambio delle partecipazioni è una conseguenza obbligata della ristrutturazione, la prassi fiscale riconosce in linea di principio la neutralità fiscale a livello dei soci, purché la ristrutturazione possa essere compiuta in modo fiscalmente neutro a livello societario. Tale principio va ora sancito espressamente nella legge. Esso va applicato anche nel caso in cui diritti di partecipazione a una società (svizzera o estera) siano scambiati, nel corso di una fusione o di una concentrazione avente carattere di fusione, con diritti di partecipazione a una società estera.

L'*articolo 19 capoverso 2 LIFD* disciplina il termine di attesa che va osservato in caso di trasferimento di attivi a una persona giuridica, nel senso della concezione oggettiva di cui al numero 1.3.9.5.1. La formulazione secondo cui le riserve occulte vanno imposte a posteriori «se» diritti di partecipazione sono alienati nel corso di tale termine indica chiaramente che le riserve occulte vanno imposte in modo proporzionale se l'alienazione non concerne la totalità dei diritti di partecipazione, bensì unicamente una parte degli stessi.

L'*articolo 20 capoverso 1 lettera g LIFD* fa riferimento alla scissione di persone giuridiche e all'inosservanza del termine d'attesa di cui all'articolo 61 capoverso 1^{bis} LIFD. Il gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni» aveva proposto in tale contesto di inserire la riserva dell'imposizione a posteriori dell'alienante di cui all'articolo 61 capoverso 1 LIFD. A giusta ragione, in sede di consultazione è stato tuttavia fatto valere che l'articolo 20 doveva disciplinare espressamente le conseguenze per l'imposta sul reddito. La nuova disposizione chiarisce inoltre che l'imposizione deve aver luogo soltanto se i diritti di partecipazione acquisiti nel corso di una scissione sono alienati a un prezzo eccedente il loro valore nominale. L'imposta è stabilita successivamente, conformemente alla procedura prevista dagli articoli 151-153 LIFD. Non è riscossa se è adottata la prova che non vi era intenzione di vendere al momento della scissione. Nell'ottica civilistica, dato che si tratta di un'operazione contrapposta alla fusione, la scissione comporta effettivamente una suddivisione diretta della sostanza. Tuttavia, il diritto fiscale considera che l'azionista riceve dividendi in natura che poi trasferisce come conferimenti in un'altra società. Orbene, la neutralità fiscale non deve essere applicata quando vi era intenzione di vendere già all'atto della scissione. Poiché la LAID non precisa la nozione di reddito della sostanza (art. 7), il disegno di legge rinuncia a inserire nella LAID una disposizione corrispondente al nuovo articolo 20 capoverso 1 lettera g LIFD.

L'articolo 61 capoverso 1 LIFD, la cui formulazione è più ampia di quella prevista dal diritto vigente, si ispira sostanzialmente, soprattutto nelle *lettere b e c*, all'articolo 19 capoverso 1 LIFD. La *lettera a* disciplina il problema, già accennato nel numero 1.3.9.5.6, della trasformazione di una società di capitali o di una società cooperativa in un'impresa di persone, un'associazione o una fondazione. In tal caso, l'imposizione non deve aver luogo a livello della società di capitali o cooperativa, bensì a livello dei soci. L'obbligo di imporre le eccedenze di liquidazione risulta dall'articolo 20 capoverso 1 lettera c LIFD. In sede di applicazione della *lettera b*, andrà tenuto conto del fatto che, in caso di trasferimento di un esercizio o di un ramo d'attività a una società filiale (caso di scissione verticale), è possibile parlare di scissione (propriamente detta) dal punto di vista fiscale soltanto se la società che opera la scissione conserva un esercizio.

L'articolo 61 capoverso 1^{bis} LIFD disciplina, conformemente alla concezione oggettiva summenzionata, il termine di attesa applicabile alle fattispecie di scissione. Secondo tale concezione, non vi è neutralità fiscale se vi era intenzione di vendere già all'atto della scissione. Si considera che vi sia tale intenzione allorché i diritti di partecipazione o societari sono alienati nei cinque anni dopo la scissione a un prezzo superiore al loro valore nominale e l'azionista non può provare di non aver avuto alcuna intenzione di vendere al momento della scissione. Dalla formulazione proposta risulta che le riserve occulte sono (proporzionalmente) imponibili a posteriori nel caso in cui un imprenditore, dopo una scissione verticale, non alieni a titolo oneroso i diritti di partecipazione alla società neocostituita, bensì la sua partecipazione alla (vecchia) società oggetto della scissione. Nell'ambito delle osservazioni in merito al disegno di legge rimaneggiato, i Cantoni hanno sottolineato, in relazione al termine di attesa, i problemi che vengono a porsi per le società le cui azioni sono quotate in borsa. Poiché gli azionisti di società quotate in borsa non sono noti a meno che la loro partecipazione non raggiunga il 5 per cento, secondo i Cantoni un'applicazione rigida dell'articolo 61 capoverso 1^{bis} sarebbe fonte di problemi. La situazione delle società quotate in borsa è stata messa in risalto anche da altri partecipanti alla consultazione. Una regolamentazione speciale concernente le società quotate in borsa va tuttavia esclusa per due motivi: da un lato un termine di attesa applicabile soltanto alle società che non sono quotate in borsa sarebbe in contrasto con il principio dell'uguaglianza giuridica; dall'altro anche numerose società quotate in borsa sono imprese a carattere personale, in quanto partecipazioni rilevanti sono in possesso di investitori i cui nomi, in virtù dell'articolo 663c CO, sono iscritti nell'allegato al bilancio. Per quanto concerne l'applicazione del termine di attesa, è pertanto lecito condividere il parere dei Cantoni secondo cui (conformemente alla prassi vigente) l'alienazione di pacchetti azionari di piccole dimensioni effettivamente quotati in borsa non deve avere conseguenza alcuna sul piano fiscale.

L'articolo 61 capoverso 2 LIFD disciplina il trasferimento di partecipazioni importanti e di aziende all'interno di un gruppo di società svizzero e autorizza siffatti trasferimenti secondo i valori sino ad allora determinanti ai fini dell'imposta sull'utile (si veda il n. 1.3.9.5.3). Per la definizione di gruppo di società, il disegno si fonda sull'articolo 663 capoverso 1 CO. In caso di trasferimento di partecipazioni, di un esercizio o di rami di attività a un gruppo di società con sede in Svizzera, le riserve occulte sono anch'esse trasferite a un altro soggetto fiscale. Se il trasferimento avviene verso una società consorella o verso la società madre, vi è dislocazione della sostanza fiscale. In caso di trasferimento a un filiale, ciò significa che una riduzione per partecipazione può essere chiesta relativamente alla quota di utile realizzato con un'alienazione. Se le partecipazioni, l'esercizio e i rami d'attività trasferiti sono

alienati durante il termine di attesa, occorre poter garantire che l'imposta sugli utili venga prelevata presso la società trasferente. Per questo motivo, l'articolo 61 capoverso 2^{bis} LIFD poggia sulla concezione oggettiva esposta nel numero 1.3.9.5.1. Questa soluzione corrisponde alla prassi attuale che prevede un termine di cinque anni per l'imposizione degli utili in caso di trasferimento di un esercizio o di rami d'attività a una filiale (cfr. circolare dell'AFC del 9 luglio 1998, n. 2.5.3 lett. d). Pertanto, il diritto in vigore permette già di evitare che utili in capitale imponibili siano artificiosamente trasformati in guadagni da partecipazioni esenti da imposta. Ciò non esclude però che, in caso di trasferimento di una «nuova partecipazione» ai sensi dell'articolo 270a capoverso 1 LIFD in violazione del termine di attesa, si possa far valere la riduzione per partecipazione prevista dagli articoli 69 e 70 LIFD.

2.2.8 Modifica redazionale della legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID)

A causa di una svista, il vigente articolo 12 capoverso 4 LAID, concernente l'imposta sugli utili da sostanza immobiliare in caso di ristrutturazione, rinvia all'articolo 24 capoverso 4 in luogo dell'articolo 24 capoverso 3. Onde porre rimedio a tale errore, l'*articolo 12 capoverso 4* è modificato di conseguenza.

2.2.9 Legge federale sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP)

Art. 62 cpv. 3

Conformemente alla prassi vigente, il disegno di legge sulla fusione prevede che la fusione e la trasformazione di istituti di previdenza soggiacciono all'autorizzazione delle autorità di vigilanza (cfr. l'art. 95 e il rinvio di cui all'art. 97 cpv. 3). Il disegno di articolo 62 capoverso 3 LPP contempla una norma di delega a favore del Consiglio federale, il quale può emanare mediante ordinanza disposizioni d'esecuzione concernenti l'approvazione della fusione e della trasformazione ad opera dell'autorità di vigilanza. L'esercizio della vigilanza in materia di liquidazioni e di liquidazioni parziali di istituti di previdenza (cfr. art. 23 LFLP) va inoltre disciplinato in modo più circostanziato. Tali norme d'esecuzione accresceranno la certezza del diritto e contribuiranno ad armonizzare la prassi delle varie autorità di vigilanza.

2.2.10 Legge federale sulle banche e le casse di risparmio (LBCR)

Art. 14

L'*articolo 14 capoverso 1* della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (LBCR; RS 952.0) autorizza il Consiglio federale ad agevolare la trasformazione di una banca cooperativa in una società anonima, in una società in accomandita per azioni o in una società a garanzia limitata (cfr. il cpv. 4). Alla luce del nuovo disciplinamento della trasformazione previsto dalla legge sulla fusione (art. 50 segg.), tale disposizione può essere abrogata. Poiché i *capoversi 2-4* dell'ar-

ticolo 14 LBCR sono ormai divenuti desueti, si impone parimenti la loro abrogazione.

2.2.11 Legge federale sulla sorveglianza degli istituti d'assicurazione privati (LSA)

Art. 9a e 42 cpv. 1 lett. a

Il nuovo *articolo 9a* della legge federale del 23 giugno 1978 sulla sorveglianza degli istituti d'assicurazione privati (LSA; RS 961.01) fa salva l'autorizzazione dell'autorità di sorveglianza in materia di fusione, di scissione e di trasformazione di istituti d'assicurazione privati. L'approvazione di tali operazioni da parte dell'autorità di sorveglianza si rivela necessaria in considerazione delle esigenze di protezione degli assicurati; lo stesso vale per gli istituti di previdenza (art. 95 e 97 cpv. 3).

L'*articolo 42* LSA è completato affinché il Consiglio federale possa emanare disposizioni d'esecuzione, mediante ordinanza, concernenti l'approvazione di fusioni, scissioni e trasformazioni ad opera dell'autorità di sorveglianza, conformemente all'*articolo 9a* LSA.

3 Conseguenze

3.1 Ripercussioni finanziarie e sugli effettivi del personale

3.1.1 Disegno di legge sulla fusione

Il disegno di legge sulla fusione non incide minimamente sulle finanze della Confederazione o dei Cantoni. Le spese (in materia di personale e di altro genere) derivanti dall'iscrizione nel registro di commercio delle operazioni di fusione, scissione, trasformazione e trasferimento di patrimonio sono coperte dagli emolumenti del registro di commercio.

3.1.2 Modifiche sul piano fiscale

3.1.2.1 Conseguenze per la Confederazione

A lungo termine, le modifiche proposte comporteranno una diminuzione pressoché irrilevante del gettito originato dalle imposte federali dirette; tali modifiche non mirano infatti a rinunciare all'imposizione, bensì al differimento della stessa sino alla realizzazione effettiva degli utili d'impresa. Una diminuzione limitata del gettito va per contro preventivata in materia di tassa di negoziazione. Una stima affidabile risulta difficoltosa in quanto sia il numero, sia il volume delle ristrutturazioni future è difficilmente pronosticabile. Fatta salva tale incognita, è lecito attendersi che la diminuzione del gettito della tassa di negoziazione si aggiri intorno ai 10 - 20 milioni di franchi annui.

Le modifiche proposte non avranno ripercussione alcuna sul personale della Confederazione.

3.1.2.2 Consequenze per i Cantoni

Come per la Confederazione, in materia di imposte dirette cantonali e comunali le modifiche proposte non dovrebbero comportare a lungo termine una diminuzione del gettito fiscale.

Neppure i Cantoni dovrebbero essere chiamati a far fronte a un onere di lavoro supplementare.

3.2 Consequenze economiche

3.2.1 Necessità e possibilità d'intervento da parte dello Stato

L'intervento del legislatore risulta indispensabile per diversi motivi (per maggiori dettagli in merito, cfr. n. 1.2.1):

- La legge non prevede la fusione per la maggior parte delle forme giuridiche; è il caso delle associazioni, delle fondazioni, delle società di persone (società in nome collettivo e società in accomandita) e delle società a garanzia limitata. Salvo un'unica eccezione, non esiste una base legale per la fusione tra società di diversa forma giuridica.
- Il disciplinamento della trasformazione abbraccia attualmente soltanto settori molto specifici; il diritto vigente prevede unicamente due basi legali in merito.
- La scissione non è attualmente prevista dalla legge.
- Il trasferimento di un patrimonio o di una parte di esso non può compiersi *uno actu*; è necessario osservare le regole formali specifiche del trasferimento di ciascuno degli elementi patrimoniali in causa.
- Il diritto privato non contiene alcuna base legale relativa alla conversione, mediante trasformazione o fusione, di un soggetto di diritto pubblico in un soggetto di diritto privato.

Attualmente, le basi legali concernenti importanti operazioni di riorganizzazione delle strutture giuridiche sono dunque assenti, mentre l'economia manifesta un crescente bisogno di flessibilità strutturale. La prassi liberale seguita dalle autorità del registro di commercio nel colmare le lacune legali è ai limiti delle proprie possibilità. Ne risulta una grande incertezza giuridica e una mancanza di trasparenza; tali conseguenze si rivelano particolarmente gravi alla luce degli interessi economici in causa. In un'ottica internazionale, l'assenza di norme legali in materia costituisce un handicap per la piazza economica svizzera. La necessità d'intervento del legislatore, inoltre, non è stata affatto contestata nell'ambito della procedura di consultazione concernente l'avamprogetto di legge sulla fusione.

3.2.2 **Conseguenze per i diversi protagonisti della vita economica**

Società / imprese

Rispetto al diritto vigente, la nuova normativa permette alle società di adeguare più agevolmente le loro strutture giuridiche ai nuovi bisogni. Essa amplia in modo significativo il ventaglio delle possibilità di fusione e di trasformazione.

Le nuove disposizioni possono comportare oneri supplementari per le società partecipanti a fusioni. Queste ultime sono infatti tenute a redigere un rapporto di fusione o di trasformazione e a far procedere alla sua verifica (art. 14 seg. e 61 seg.); tali esigenze sono necessarie al fine di proteggere adeguatamente i diritti dei soci (cfr. infra). Le piccole e medie imprese sono tuttavia esenti da tale obbligo previo consenso di tutti i soci; le stesse agevolazioni sono previste anche in materia di fusione agevolata, vale a dire tra società di capitali appartenenti al medesimo gruppo (art. 23 seg.). Contrariamente a quanto disposto dal diritto vigente (cfr. gli art. 748 n. 2 e 915 n. 2 CO per la fusione tra società anonime e tra società cooperative), il disegno di legge sulla fusione rinuncia all'obbligo di amministrare separatamente i patrimoni, evitando così alle società spese conseguenti.

Con la scissione e il trasferimento di patrimonio, il disegno offre alle società nuovi strumenti giuridici. La scissione dovrebbe originare costi analoghi a quelli di una fusione. Per quanto concerne il trasferimento di patrimonio, esso intende consentire alle società di operare risparmi considerevoli. Una serie di elementi patrimoniali può ora essere trasferita *uno actu*; è in particolare possibile trasferire più fondi mediante un solo atto pubblico. Il trasferimento di patrimonio consente di effettuare operazioni che, dal profilo economico, possono già essere compiute giusta il diritto vigente, ma secondo una procedura assai più complessa e costosa.

I costi esatti ingenerati dalle operazioni disciplinate dal disegno non possono essere genericamente predeterminati; essi dipendono ampiamente dall'operazione concreta di modifica delle strutture giuridiche. Le società che optano per tali operazioni assumono un onere *una tantum*, il quale rappresenta tuttavia soltanto una parte ristretta delle spese complessive derivanti dalla modifica delle strutture giuridiche. Rispetto alla situazione attuale, la nuova regolamentazione consente inoltre di ridurre le spese relative alla consultazione di un legale, la quale si rende necessaria a causa delle lacune del diritto vigente.

Soci

La posizione dei soci e, in particolare, di quelli minoritari in occasione di fusioni, scissioni, trasformazioni e trasferimenti di patrimonio esce rafforzata rispetto a quanto previsto dal diritto vigente. Essi sono meglio informati, il che consente loro di pronunciarsi in merito con cognizione di causa. Anche le possibilità di chiedere la protezione giudiziaria dei loro diritti sono perfezionate.

Creditori

La protezione dei diritti dei creditori in caso di fusione è sostanzialmente simile a quella attualmente prevista. Al fine di accelerare la procedura di fusione, tuttavia, i creditori possono esigere la costituzione di garanzie soltanto una volta che la fusione ha effetto. In materia di scissione, la protezione dei creditori è rafforzata in ragione dei rischi inerenti a tale operazione.

3.2.3 Conseguenze per l'economia nel suo complesso

Il disegno di legge sulla fusione non si propone né di promuovere, né di limitare le operazioni di modifica delle strutture giuridiche, bensì di accrescere la certezza del diritto e la trasparenza in occasione di tali operazioni. Il nuovo disciplinamento contribuisce pertanto a migliorare le condizioni quadro dell'economia. Sul piano internazionale, la nuova normativa rende maggiormente appetibile la piazza economica svizzera.

Le ripercussioni sulla concorrenza, sugli investimenti e sull'occupazione non possono essere determinate con precisione. Una qualsiasi incidenza diretta sui tre fattori summenzionati dovrebbe tuttavia essere minima. Ciò nonostante, il disegno di legge sulla fusione influirà indirettamente e positivamente sugli investimenti e sull'occupazione; tale influsso sarà frutto dell'accresciuta appetibilità della piazza economica svizzera, derivante dall'introduzione della nuova legge.

Il disegno di legge tiene conto anche delle esigenze dell'economia mediante un adeguamento mirato del diritto fiscale. Le norme relative alla neutralità fiscale di fusione, scissione e trasformazione non sono incentrate unicamente sulla legge sulla fusione, ma sono concepite in modo più preciso. Le questioni per le quali le autorità fiscali disponevano sino ad ora di un ampio potere discrezionale sono disciplinate in modo imperativo nell'ambito del diritto fiscale armonizzato della Confederazione. Le prassi parzialmente divergenti delle autorità cantonali incaricate dell'applicazione della legge saranno in tal modo uniformate, rafforzando in tale settore l'uguaglianza giuridica e la certezza del diritto.

3.2.4 Alternative

Le operazioni tendenti alla modifica delle strutture giuridiche delle società sfuggono all'autonomia privata delle persone che le promuovono; tali operazioni incidono infatti sui terzi (soci minoritari e creditori) e il trasferimento di un insieme di beni *uno actu* (scissione e trasferimento di patrimonio) deve poggiare su una base legale. Il compito di emanare tali norme spetta dunque allo Stato; non vi è spazio per un'alternativa fondata sull'autoregolazione.

Neppure la rinuncia a una normativa dettagliata del tipo di quella proposta costituisce un'alternativa praticabile. Per motivi inerenti alla certezza del diritto e alla trasparenza, in particolare, tali operazioni vanno disciplinate a livello di legge; i problemi rilevati nell'ambito del diritto vigente illustrano chiaramente gli inconvenienti derivanti dall'assenza di una chiara base legale. Lo statu quo comporterebbe inoltre che talune operazioni di fusione e di trasformazione non potrebbero essere compiute (in assenza di una base legale) e, in generale, che la scissione e il trasferimento di patrimonio rimarrebbero strumenti giuridici estranei al diritto svizzero.

3.2.5 Aspetti pratici dell'esecuzione

Nonostante la complessità della materia, la forma e la struttura del disegno di legge agevolano alle società interessate di accedere alle informazioni più importanti. Le operazioni di fusione, scissione e trasformazione sono disciplinate in modo chiaro ed esaustivo, garantendo in tal modo la trasparenza della regolamentazione.

4 Programma di legislatura

Il presente disegno è stato annunciato quale oggetto parlamentare nel rapporto sul programma di legislatura 1999-2003²⁰⁴.

5 Rapporto con il diritto europeo

5.1 Disegno di legge sulla fusione

Nella terza direttiva relativa al diritto delle società²⁰⁵, l'Unione europea ha emanato norme quadro intese a disciplinare a livello nazionale la fusione di società per azioni. La sesta direttiva²⁰⁶ contiene inoltre norme quadro sulla scissione di società per azioni, le quali sono tuttavia applicabili soltanto nella misura in cui il diritto nazionale ammetta la scissione. Ad eccezione dell'articolo 13 capoverso 2 della seconda direttiva²⁰⁷, il diritto comunitario non prevede tuttavia direttive specifiche concernenti la trasformazione della forma giuridica. Le direttive relative al diritto delle società sono vincolanti per gli Stati membri dello Spazio economico europeo (SEE)²⁰⁸.

In ragione del carattere internazionale delle attività economiche, va avviata l'armonizzazione del diritto societario con le norme degli Stati confinanti, a prescindere dalla questione dell'integrazione della Svizzera nell'Unione europea²⁰⁹. Tale armonizzazione riveste importanza anche nell'ottica della certezza giuridica di operazioni transfrontaliere e della partecipazione di investitori stranieri a società svizzere. Ciò concerne in particolar modo il disciplinamento della fusione e della scissione. Le norme quadro dell'Unione europea previste dalle due direttive summenzionate sono in linea di principio materialmente giustificate e possono essere accolte, nella misura del possibile, in seno al disegno di legge sulla fusione.

Il disegno risponde alla maggior parte delle esigenze poste dalla terza e sesta direttive dell'Unione europea. Le principali deroghe concernono gli aspetti seguenti:

- l'importo del conguaglio (art. 7 cpv. 2);
- la possibilità di riconoscere un'indennità (art. 8);
- le agevolazioni a favore delle piccole e medie imprese che rivestono la forma di società anonime (art. 14 cpv. 2, 15 cpv. 2, 16 cpv. 2, 39 cpv. 2, 40, 41 cpv. 2, 61 cpv. 2 e 62 cpv. 2);
- la designazione di un revisore comune da parte delle società partecipanti alla fusione o alla scissione (art. 15 cpv. 1 e 40);
- il diritto di consultazione dei soci (art. 16 e 41).

²⁰⁴ FF **2000** 2037 segg.; pag. 2052.

²⁰⁵ 78/855/CEE; GU n. L 295 del 20 ottobre 1978, pag. 36 segg.

²⁰⁶ 82/891/CEE; GU n. L 378 del 31 dicembre 1982, pag. 47 segg.

²⁰⁷ 77/91/CEE; GU n. L 026 del 30 gennaio 1977, pag. 1 segg. Tale disposizione prevede che la legislazione degli Stati membri offra, in caso di trasformazione di una società di diverso tipo in società per azioni, garanzie equivalenti a quelle previste in caso di costituzione di una società per azioni.

²⁰⁸ Cfr. FF **1992** IV 274 IV B 510 1305.

²⁰⁹ Cfr. anche il rapporto finale del Gruppo di riflessione «Diritto societario», pag. 19 seg. e 82.

Per maggiori dettagli in merito, si rinvia al commento relativo alle disposizioni summenzionate.

Sino ad ora, l'Unione europea non ha ancora legiferato in materia di ristrutturazione transfrontaliera di imprese; in merito esistono, da qualche anno a questa parte, soltanto una proposta commissionale di direttiva sulle fusioni transfrontaliere²¹⁰ e un avamprogetto di direttiva relativa al trasferimento della sede²¹¹. Le proposte di direttive e il disegno di revisione della LDIP sono in sintonia, sia quanto ai principi, sia quanto ai dettagli. Il disegno di revisione della LDIP prevede unicamente, in caso di fusione internazionale, una protezione dei creditori più severa di quella prevista dal diritto nazionale, il che, come già accennato, è proprio quanto le proposte di direttive intendono impedire nei Paesi dell'Unione europea²¹². Non è invece ancora stata formulata alcuna proposta di direttiva europea concernente la scissione transfrontaliera.

5.2 Modifiche del diritto fiscale

La direttiva dell'Unione europea, del 23 luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati Membri diversi disciplina sostanzialmente la fusione e la scissione di società di capitali e intende evitare l'imposizione delle riserve occulte in caso di ristrutturazione, salvaguardando nel contempo gli interessi finanziari dello Stato cui appartiene la società conferente o acquisita. Gli Stati interessati devono quindi poter conservare le riserve occulte quale sostrato fiscale e tale obiettivo è raggiunto mediante la clausola della stabile organizzazione e l'esigenza della parità contabile. Per quanto concerne l'imposizione degli azionisti, la direttiva dell'UE dispone che lo scambio di diritti di partecipazione derivante dalla fusione o dalla scissione non comporta l'imposizione dell'utile risultante dall'alienazione. Gli Stati membri possono tuttavia imporre gli eventuali conguagli. Le proposte di modifica della LIFD e della LAID sono in sintonia con la direttiva dell'UE. A tal proposito va osservato che le norme della LAID relative alle ristrutturazioni intercantonali prevedono già oggi una soluzione più vantaggiosa rispetto a quella prevista dall'UE, in quanto la LAID non prevede, a differenza della direttiva dell'UE, alcuna riserva ai sensi della quale un Cantone sia autorizzato a riscuotere un'imposta sulle riserve occulte della società conferente o acquisita.

In merito all'imposizione dell'utile di fusione, va rilevato che la summenzionata direttiva dell'UE prevede l'esenzione in caso di assunzione di una filiale ad opera della società madre. L'imposizione dell'utile di fusione di cui all'articolo 61 capoverso 3 LIFD dovrebbe tuttavia essere in contrasto soltanto con la lettera della direttiva dell'UE, poiché, come illustrato nel numero 1.3.9.5.4, l'utile di fusione è (indirettamente) esente da imposta anche secondo il diritto fiscale svizzero, in quanto la società madre assuntrice può far valere il diritto alla deduzione per partecipazione.

²¹⁰ Proposta del 14 gennaio 1985 di decima direttiva relativa alle fusioni transfontaliere di società per azioni, GU 1985 C 23, pag. 11 segg.

²¹¹ Avamprogetto di proposta concernente una quattordicesima direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al trasferimento della sede delle società da uno Stato membro in un altro, comprensiva di modifica della legge applicabile, COM XV/6002/97 del 20 aprile 1997, comparsa in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1997 pag. 1721 segg.

²¹² Commento relativo all'art. 163b cpv. 3 D-LDIP, n. 223.2

La proposta di modifica della legge sulle tasse di bollo non pone alcun problema nell'ottica della compatibilità con il diritto europeo.

6 Costituzionalità

6.1 Competenza della Confederazione a legiferare in materia di fusione, scissione, trasformazione e trasferimento di patrimonio

Il disegno di legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio si fonda sull'articolo 122 capoverso 1 della Costituzione federale (RS 101), che conferisce alla Confederazione il diritto di legiferare in materia di diritto civile.

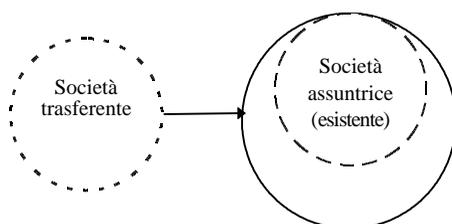
6.2 Competenza della Confederazione a emanare norme fiscali in materia di fusione, scissione, trasformazione e trasferimento di patrimonio

Le leggi fiscali che necessitano di modifica sono state emanate sulla base della Costituzione federale, secondo la procedura ordinaria. La base costituzionale si desume dall'ingresso degli atti legislativi interessati. Le modifiche proposte dal presente messaggio si mantengono entro i limiti posti dalla Costituzione e sono pertanto costituzionali.

7 Diagrammi esplicativi

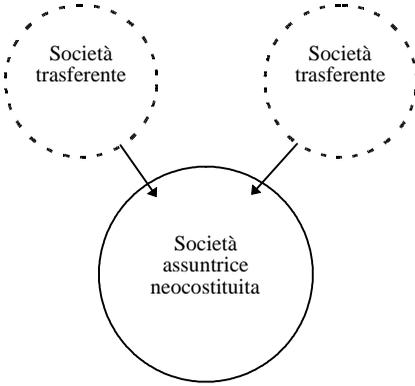
7.1 Forme di fusione

7.1.1 Fusione mediante incorporazione (art. 3 cpv. 1 lett. a)



7.1.2

Fusione mediante combinazione (art. 3 cpv. 1 lett. b)

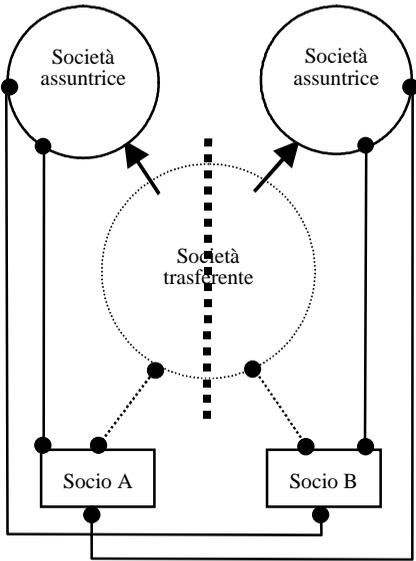


7.2

Forme di scissione

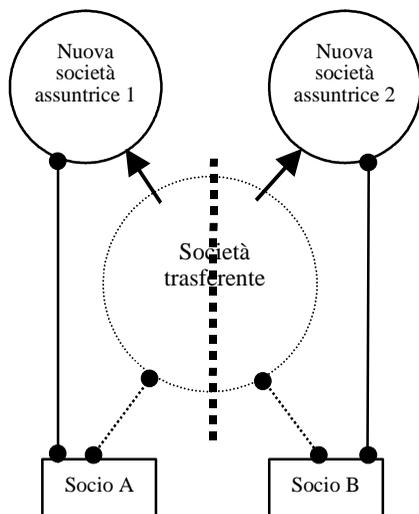
7.2.1

Divisione simmetrica



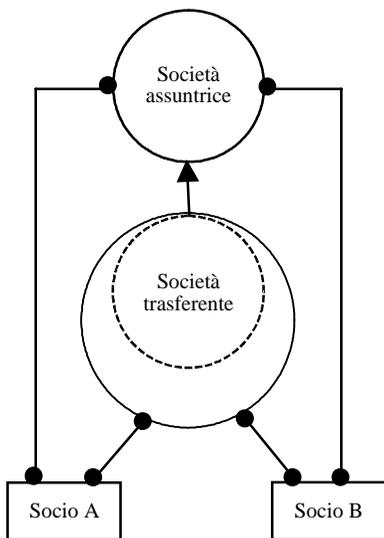
7.2.2

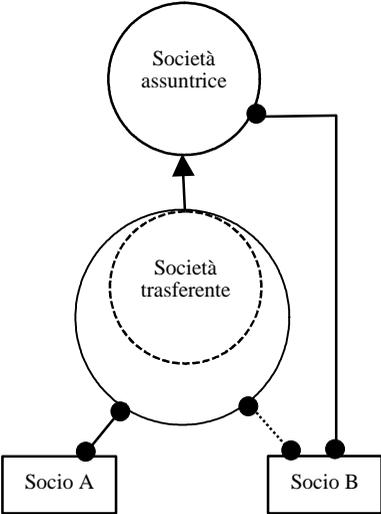
Divisione asimmetrica



7.2.3

Separazione simmetrica





7.3

Fusioni, scissioni, trasformazioni e trasferimenti di patrimonio permessi

7.3.1

In generale

Tavola delle possibilità di modifica delle strutture giuridiche (fusione, scissione, trasformazione e trasferimento di patrimonio)

① Soggetto assuntore Soggetto trasferente②	DI	S n c	S a s	S A	S a p a	S a g l	S C o o p	S C o o p #	A s s o c i a z i o n e	F o n d a z i o n e	I P
DI	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*
Snc	TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*		TP*	TP*
Sas	TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	F T TP*	TP*	TP*	TP*
SA	TP	TP	TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	TP	TP	TP
Sapa	TP	TP	TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	TP	TP	TP
Sagl	TP	TP	TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	TP	TP	TP
SCoop	TP	TP	TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	TP	TP	TP
SCoop#	TP	TP	TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F S T TP	F* T*	TP	TP
Associazione	TP*	TP*	TP*	F* T*	F* T*	F* T*	F* T*	F* T*	F T*		TP*

① Soggetto assuntore Soggetto trasferente②	DI	Snc	Sas	SA	Sapa	Sagl	SCoop	SCoop#	Associazione	Fondazione	IP
Fondazione	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	TP*	F TP*	TP*
IP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	T TP	T TP	TP	T TP	F TP

Legenda

① nel caso della trasformazione, si tratta della forma giuridica posteriore alla trasformazione

② nel caso della trasformazione, si tratta della forma giuridica anteriore alla trasformazione

F fusione

S scissione

T trasformazione

TP trasferimento di patrimonio

DI ditta individuale

Snc società in nome collettivo

Sas società in accomandita semplice

SA società anonima

Sapa società in accomandita per azioni

Sagl società a garanzia limitata

SCoop società cooperativa (con capitale sociale)

SCoop# società cooperativa senza capitale sociale

IP istituto di previdenza

* il soggetto dev'essere iscritto nel registro di commercio

7.3.2 Fusioni permesse

Tavola delle fusioni permesse (art. 4, 78 e 88)

soggetto assunto / soggetto trasferente	Snc	Sas	SA	Sapa	Sagl	SCoop	SCoop#	Associazione	Fondazione	IP
SncC	F	F	F	F	F	F	F			
Sas	F	F	F	F	F	F	F			
SA			F	F	F	F	F			
Sapa			F	F	F	F	F			
Sagl			F	F	F	F	F			
SCoop			F	F	F	F	F			
SCoop#			F	F	F	F	F	F*		
Associazione			F*	F*	F*	F*	F*	F		
Fondazione									F	
IP										F

7.3.3 Scissioni permesse

Tavola delle scissioni permesse (art. 29)

Soggetto assunto / Soggetto trasferente	Snc	Sas	SA	Sapa	Sagl	SCoop	Associazione	Fondazione	IP
Snc									
Sas									
SA			S	S	S	S			
Sapa			S	S	S	S			
Sagl			S	S	S	S			
SCoop			S	S	S	S			
Associazione									
Fondazione									
IP									

7.3.4 Trasformazioni permesse

Tavola delle trasformazioni permesse (art. 54 e 97)

Da \ In	Snc	Sas	SA	Sapa	Sagl	SCoop	SCoop#	Associazione	Fondazione	IP
Snc		T	T	T	T	T	T			
Sas	T		T	T	T	T	T			
SA				T	T	T	T			
Sapa			T		T	T	T			
Sagl			T	T		T	T			
SCoop			T	T	T					
SCoop#			T	T	T			T*		
Associazione			T*	T*	T*	T*	T*			
Fondazione										
IP						T	T		T	

7.3.5 Trasferimenti di patrimonio permessi

Tavola dei trasferimenti di patrimonio permessi (art. 69, 86 e 98)

Soggetto assuntore \ Società trasferente	DI	Snc	Sas	SA	Sapa	Sagl	SCoop	SCoop#	Associazione	Fondazione	IP
DI*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Snc*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Sas*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SA	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Sapa	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Sagl	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SCoop	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
SCoop#	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Associazione*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
Fondazione*	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
IP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP

Indice

1 Parte generale	3767
1.1 Contesto	3767
1.1.1 Situazione giuridica attuale	3767
1.1.2 Evoluzione della prassi	3768
1.2 Elaborazione della legge	3770
1.2.1 Necessità di un intervento legislativo	3770
1.2.2 L'avamprogetto del 1997	3772
1.2.3 Procedura di consultazione	3773
1.2.3.1 Introduzione	3773
1.2.3.2 Valutazione complessiva dell'avamprogetto di legge sulla fusione	3773
1.2.3.2.1 Approvazione di principio	3773
1.2.3.2.2 Critiche principali	3773
1.2.3.2.2.1 Densità normativa dell'avamprogetto	3774
1.2.3.2.2.2 Ampliamento delle possibilità di ristrutturazione permesse	3774
1.2.3.2.2.3 Procedure di ristrutturazione agevolate per le PMI	3774
1.2.3.2.2.4 Aspetti sociali – Protezione dei lavoratori in caso di ristrutturazione	3774
1.2.3.2.2.5 Istituti di previdenza a favore del personale e fondazioni	3775
1.2.3.3 Valutazione complessiva del rapporto del gruppo di lavoro «Imposte in caso di ristrutturazioni»	3775
1.2.3.3.1 In generale	3775
1.2.3.3.1.1 Valutazione sotto il profilo della politica finanziaria	3775
1.2.3.3.1.2 Riforma 1997 dell'imposizione delle imprese	3775
1.2.3.3.1.3 Entrata in vigore	3776
1.2.3.3.2 Modifica della legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD)	3776
1.2.3.3.2.1 In generale	3776
1.2.3.3.2.2 Conguagli e aumenti del valore nominale	3776
1.2.3.3.2.3 Neutralità fiscale delle ristrutturazioni	3776
1.2.3.3.3 Modifica della legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID)	3778
1.2.3.3.3.1 Differimento dell'imposta sugli utili da sostanza immobiliare e dell'imposta sul trapasso di proprietà	3778
1.2.3.3.3.2 Differimento d'imposta in caso di acquisizione dello statuto di holding	3779
1.2.3.3.3.3 Adeguamento delle legislazioni cantonali	3779
1.2.3.3.4 Modifica della legge federale sull'imposta preventiva (LIP)	3779
	3943

1.2.3.3.5	Modifica della legge federale sulle tasse di bollo (LTB)	3779
1.2.3.3.5.1	Tassa d'emissione	3779
1.2.3.3.5.2	Tassa di negoziazione	3779
1.2.3.3.6	Modifica dell'ordinanza concernente l'imposta sul valore aggiunto (OIVA)	3780
1.2.4	Seguito dei lavori	3780
1.3	Osservazioni generali riguardo al disegno	3781
1.3.1	Obiettivi del disegno	3781
1.3.2	Elementi principali del disegno	3781
1.3.2.1	Fusione	3781
1.3.2.2	Scissione	3782
1.3.2.3	Trasformazione	3783
1.3.2.4	Trasferimento di patrimonio	3785
1.3.2.4.1	Diritto vigente	3785
1.3.2.4.2	Sostituzione della dissociazione, in quanto forma di scissione, mediante il trasferimento di patrimonio	3786
1.3.2.4.3	Elementi principali della nuova regolamentazione sul trasferimento di patrimonio	3787
1.3.2.4.4	Funzione e casi d'applicazione del trasferimento di patrimonio	3788
1.3.2.5	Fusioni, trasformazioni e trasferimenti di patrimonio a cui partecipano istituti di diritto pubblico	3789
1.3.3	Creazione di una legge speciale	3789
1.3.4	Titolo della legge	3789
1.3.5	Trasferimento dei rapporti di lavoro	3790
1.3.6	Informazione e partecipazione dei lavoratori	3791
1.3.7	Fusione, scissione e trasformazione di PMI	3791
1.3.8	Rapporto con la legge sui cartelli	3792
1.3.9	Diritto fiscale	3793
1.3.9.1	Analisi del diritto vigente	3793
1.3.9.2	Principi direttori della revisione del diritto fiscale	3794
1.3.9.3	Modifiche nell'ambito delle imposte dirette federali, cantonali e comunali	3795
1.3.9.4	Rapporto con il diritto civile	3795
1.3.9.5	Questioni specifiche	3797
1.3.9.5.1	Ristrutturazione di imprese di persone (ditte individuali e società di persone)	3797
1.3.9.5.2	Ristrutturazione di persone giuridiche	3798
1.3.9.5.3	Trasferimento di partecipazioni o di aziende all'interno di un gruppo di società svizzero	3799
1.3.9.5.4	Utili e perdite derivanti da fusioni	3800
1.3.9.5.5	Scissione di istituti di previdenza	3801
1.3.9.5.6	Trasformazione di una società di capitali o di una società cooperativa in una società di persone	3802
1.3.9.5.7	Conguagli e aumenti del valore nominale	3803

1.3.9.5.8	Scissione di società holding e di società immobiliari	3803
1.3.9.5.9	Acquisizione dello statuto di holding	3804
1.3.9.6	Tasse di bollo	3804
1.3.9.7	Imposte sul trapasso di proprietà	3805
1.3.9.8	Imposta sul valore aggiunto	3806
1.4	Diritto comparato	3807
1.4.1	In generale	3807
1.4.2	Germania	3807
1.4.2.1	In generale	3807
1.4.2.2	Fusione	3807
1.4.2.3	Scissione	3808
1.4.2.4	Trasformazione	3808
1.4.3	Francia	3808
1.4.3.1	In generale	3808
1.4.3.2	Fusione	3809
1.4.3.3	Scissione	3809
1.4.3.4	Trasformazione	3810
1.4.4	Italia	3810
1.4.4.1	In generale	3810
1.4.4.2	Fusione	3810
1.4.4.3	Scissione	3811
1.4.4.4	Trasformazione	3811
2	Parte speciale	3811
2.1	Commento alle disposizioni del disegno	3811
2.1.1	Capitolo 1: Oggetto e definizioni	3811
2.1.2	Capitolo 2: Fusione di società	3815
2.1.2.1	Sezione 1: Disposizioni generali	3815
2.1.2.2	Sezione 2: Quote sociali e diritti societari	3824
2.1.2.3	Sezione 3: Aumento del capitale, costituzione e bilancio intermedio	3828
2.1.2.4	Sezione 4: Contratto di fusione, rapporto di fusione e verifica	3830
2.1.2.5	Sezione 5: Decisione di fusione e iscrizione nel registro di commercio	3840
2.1.2.6	Sezione 6: Fusione agevolata di società di capitali	3845
2.1.2.7	Sezione 7: Protezione dei creditori e dei lavoratori	3847
2.1.3	Capitolo 3: Scissione di società	3851
2.1.3.1	Sezione 1: Disposizioni generali	3852
2.1.3.2	Sezione 2: Quote sociali e diritti societari	3854
2.1.3.3	Sezione 3: Riduzione e aumento del capitale, costituzione e bilancio intermedio	3856
2.1.3.4	Sezione 4: Contratto di scissione, progetto di scissione, rapporto di scissione e verifica	3858
2.1.3.5	Sezione 5: Decisione di scissione e atto pubblico	3861
2.1.3.6	Sezione 6: Protezione dei creditori e dei lavoratori	3862

2.1.3.7 Sezione 7: Iscrizione nel registro di commercio e validità giuridica	3864
2.1.4 Capitolo 4: Trasformazione di società	3866
2.1.4.1 Sezione 1: Disposizioni generali	3866
2.1.4.2 Sezione 2: Quote sociali e diritti societari	3870
2.1.4.3 Sezione 3: Costituzione e bilancio intermedio	3872
2.1.4.4 Sezione 4: Progetto di trasformazione, rapporto di trasformazione e verifica	3873
2.1.4.5 Sezione 5: Decisione di trasformazione e iscrizione nel registro di commercio	3877
2.1.4.6 Sezione 6: Protezione dei creditori e dei lavoratori	3878
2.1.5 Capitolo 5: Trasferimento di patrimonio	3879
2.1.5.1 Sezione 1: Disposizioni generali	3879
2.1.5.2 Sezione 2: Contratto di trasferimento	3881
2.1.5.3 Sezione 3: Iscrizione nel registro di commercio e validità giuridica	3883
2.1.5.4 Sezione 4: Informazione dei soci	3884
2.1.5.5 Sezione 5: Protezione dei creditori e dei lavoratori	3886
2.1.6 Capitolo 6: Fusione e trasferimento di patrimonio di fondazioni	3887
2.1.6.1 Sezione 1: Fusione	3888
2.1.6.2 Sezione 2: Trasferimento di patrimonio	3893
2.1.7 Capitolo 7: Fusione, trasformazione e trasferimento di patrimonio di istituti di previdenza	3894
2.1.7.1 Sezione 1: Fusione	3894
2.1.7.2 Sezione 2: Trasformazione	3898
2.1.7.3 Sezione 3: Trasferimento di patrimonio	3899
2.1.8 Capitolo 8: Fusione, trasformazione e trasferimento di patrimonio a cui partecipano istituti di diritto pubblico	3900
2.1.9 Capitolo 9: Disposizioni comuni	3905
2.1.9.1 Sezione 1: Disposizioni d'execuzione	3905
2.1.9.2 Sezione 2: Domanda d'iscrizione nel registro fondiario	3905
2.1.9.3 Sezione 3: Controllo delle quote sociali e dei diritti societari	3907
2.1.9.4 Sezione 4: Contestazione delle decisioni di fusione, di scissione, di trasformazione o di trasferimento di patrimonio	3908
2.1.9.5 Sezione 5: Responsabilità	3909
2.1.10 Capitolo 10: Disposizione transitoria e disposizioni finali	3910
2.2 Allegato: Modifica del diritto vigente	3911
2.2.1 Codice delle obbligazioni (CO)	3911
2.2.2 Legge federale sul diritto fondiario rurale (LDFR)	3915
2.2.3 Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP)	3915
2.2.3.1 Il trasferimento transfrontaliero di una società	3916
2.2.3.2 La fusione transfrontaliera	3917
2.2.3.3 La scissione e il trasferimento di patrimonio transfrontalieri	3920
2.2.3.4 Disposizioni comuni concernenti il trasferimento di una società, la fusione e la scissione	3922
2.2.4 Legge federale sul foro in materia civile	3924

2.2.5 Codice penale (CP)	3924
2.2.6 Legge federale sull'imposta federale diretta (LIFD)	3925
2.2.7 Modifica redazionale della legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID)	3928
2.2.8 Legge federale sulle tasse di bollo	3925
2.2.9 Legge federale sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalità (LPP)	3928
2.2.10 Legge federale sulle banche e le casse di risparmio (LBCR)	3928
2.2.11 Legge federale sulla sorveglianza degli istituti d'assicurazione privati (LSA)	3929
3 Conseguenze	3929
3.1 Ripercussioni finanziarie e sugli effettivi del personale	3929
3.1.1 Disegno di legge sulla fusione	3929
3.1.2 Modifiche sul piano fiscale	3929
3.1.2.1 Conseguenze per la Confederazione	3929
3.1.2.2 Conseguenze per i Cantoni	3930
3.2 Conseguenze economiche	3930
3.2.1 Necessità e possibilità d'intervento da parte dello Stato	3930
3.2.2 Conseguenze per i diversi protagonisti della vita economica	3931
3.2.3 Conseguenze per l'economia nel suo complesso	3932
3.2.4 Alternative	3932
3.2.5 Aspetti pratici dell'esecuzione	3932
4 Programma di legislatura	3933
5 Rapporto con il diritto europeo	3933
5.1 Disegno di legge sulla fusione	3933
5.2 Modifiche del diritto fiscale	3934
6 Costituzionalità	3935
6.1 Competenza della Confederazione a legiferare in materia di fusione, scissione, trasformazione e trasferimento di patrimonio	3935
6.2 Competenza della Confederazione a emanare norme fiscali in materia di fusione, scissione, trasformazione e trasferimento di patrimonio	3935
7 Diagrammi esplicativi	3935
7.1 Forme di fusione	3935
7.1.1 Fusione mediante incorporazione (art. 3 cpv. 1 lett. a)	3935
7.1.2 Fusione mediante combinazione (art. 3 cpv. 1 lett. b)	3936
7.2 Forme di scissione	3936
7.2.1 Divisione simmetrica	3936
7.2.2 Divisione asimmetrica	3937
7.2.3 Separazione simmetrica	3937
7.2.4 Separazione asimmetrica	3938
7.3 Fusioni, scissioni, trasformazioni e trasferimenti di patrimonio permessi	3939

7.3.1 In generale	3939
7.3.2 Fusioni permesse	3941
7.3.3 Scissioni permesse	3941
7.3.4 Trasformazioni permesse	3942
7.3.5 Trasferimenti di patrimonio permessi	3942

Legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (<i>Disegno</i>)	3949
--	------