

POLEDNA | BOSS | KURER

RECHTSANWÄLTE
ATTORNEYS AT LAW



Convegno dei Notariati Lombardo e Ticinese, Milano 9 novembre 2012

Il trasferimento d'azienda: aspetti di diritto svizzero e cenni transfrontalieri

Avv. Davide Jermini, notaio

Poledna Boss Kurer AG
Zürich/Lugano

P | B | K LUGANO
Via F. Pelli 7
Postfach 5162
CH-6901 Lugano
+41 91 911 80 00 T
+41 91 911 80 08 F

info@pbklaw.ch
www.pbklaw.ch

THE FIRM WITH A VIEW

Sommario

- Definizione
- Basi legali
- Principi della LFus
- Asset deal *vs.* trasferimento di patrimonio
- Cenni transfrontalieri

Definizione

- *Latu sensu:*
 - Trasferimento della proprietà della società (*share deal*)
 - Fusione con altra società (combinazione / assorbimento)
 - Scissione di una società (trasferimento di parti di patrimonio contro attribuzione di quote o diritti sociali)
 - Trasferimento della sede della società
 - [Trasformazione della forma giuridica della società]

- *Strictu sensu:*
 - Trasferimento degli attivi e dei passivi (*asset deal* / trasferimento di patrimonio)

Basi legali

- Legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (Legge sulla fusione, LFus)
- Codice delle obbligazioni (in particolare art. 184ss., 181, 333 e 333a CO)
- Ordinanza sul registro di commercio (in particolare art. 128-141 ORC)
- Legge federale sul diritto internazionale privato (in particolare art. 161-164b LDIP)

Principi della LFus

Art. 1 Oggetto

¹ La presente legge disciplina l'adeguamento delle strutture giuridiche di società di capitali, società in nome collettivo e in accomandita, società cooperative, associazioni, fondazioni e imprese individuali per fusione, scissione, trasformazione e trasferimento di patrimonio.³

² Essa intende garantire la certezza del diritto e la trasparenza, tutelando nel contempo i creditori, i lavoratori dipendenti e i titolari di partecipazioni minoritarie.

Principi della LFus

- **Scopo:**
 - facilitare le operazioni societarie straordinarie
- e, nel contempo, tutelare gli interessi
- dei *creditori*
 - dei *lavoratori dipendenti* e
 - dei *soci minoritari*

Principi della LFus

- **Struttura della LFus:**
 - Oggetto e definizioni (art. 1 – 2)
 - Fusione (art. 3 – 28)
 - Scissione (art. 29 – 52)
 - Trasformazione (art. 53 – 68)
 - Trasferimento di patrimonio (art. 69 – 77)
 - Fusione , trasformazione e trasferimento di patrimonio di fondazioni (art. 78 – 87), di istituti di previdenza (art. 88 – 98) e di istituti di diritto pubblico (art. 99 – 101)
 - Disposizioni comuni (art. 102 – 111)

Principi della LFus

- Mezzi:
 - Facilitazione delle ristrutturazioni:
 - regole chiare e procedure lineari
 - agevolazioni per PMI
 - Tutela dei creditori :
 - diffida ai creditori tramite pubblicazione sul FUSC
 - garanzia dei crediti (garanzia personale o reale)
 - garanzia sussidiaria o solidale dell'ente trasferente
 - evtl. responsabilità personale dei soci

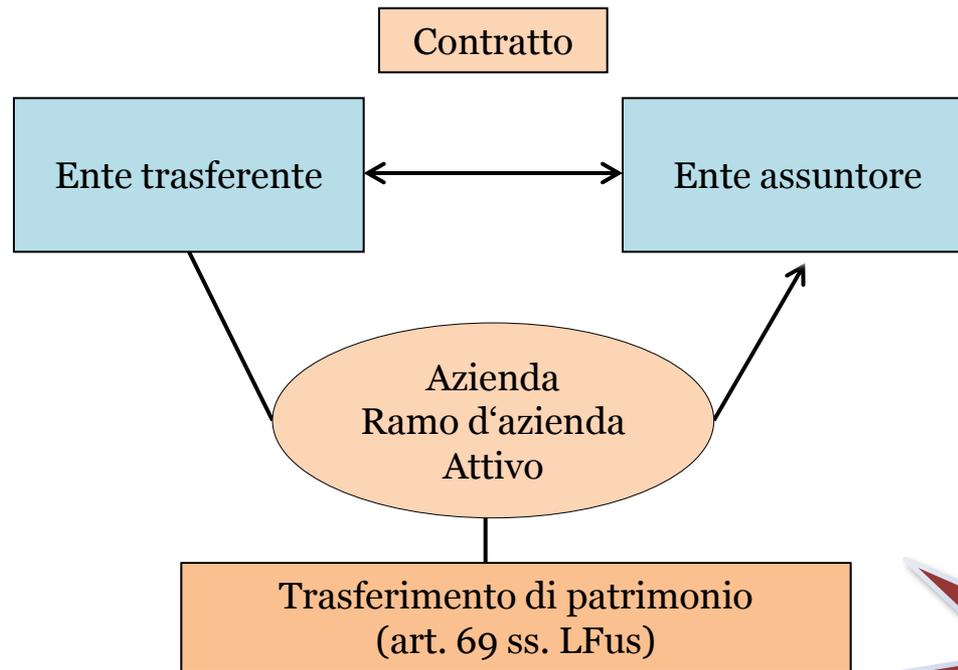
Principi della LFus

- Mezzi:
 - Tutela dei lavoratori dipendenti:
 - trasferimento dei rapporti di lavoro ex art. 333 CO
 - obbligo di informare e consultare i lavoratori ex art. 333a CO
 - responsabilità solidale
 - evtl. garanzia dei crediti derivanti dal contratto di lavoro
 - evtl. responsabilità personale dei soci
 - Tutela dei soci minoritari:
 - salvaguardia delle quote sociali e dei diritti societari (art. 7 LFus)
 - determinazione e verifica del rapporto di scambio
 - eccezioni: indennità facoltativa o coatta (*squeeze-out*)

Principi della LFus

- *Numerus clausus* delle ristrutturazioni consentite?
 - *No*: nel senso che una determinata struttura aziendale può essere raggiunta anche attraverso *altre vie*, diverse dalla fusione, scissione, trasformazione o trasferimento di patrimonio.
 - *Sì*: nel senso che la legge sulle fusioni regola le quattro forme di ristrutturazione (fusione, scissione, trasformazione o trasferimento di patrimonio) espressamente previste nella legge medesima in maniera *esaustiva*. [DTF 132 III 470 „caso FFS“ – SA di diritto privato non può essere assorbita da un istituto di diritto pubblico in quanto la LFus non regola la statalizzazione]

Asset deal *vs.* trasferimento di patrimonio



vs.



Asset deal

- Natura, presupposti ed effetti dell'art. 184 CO
 - norma base del contratto di compravendita
 - non concepita per il trasferimento d'azienda
 - successione particolare (rispetto delle forme)
 - utilizzato nei casi dove non si vogliono trasferire (tutti i) passivi
 - signing (nascita obbligazione) / closing (perfezionamento)

Asset deal

- Natura, presupposti ed effetti dell'art. 184 CO
 - beni mobili: nessun requisito di forma
 - crediti: forma scritta
 - fondi: atto pubblico + iscrizione a registro fondiario
 - contratti di lavoro: trapasso automatico ex art. 333 CO
 - debiti: nessun requisito di forma, ma accordo creditore necessario oppure assunzione ex art. 181 CO

Asset deal

- Natura, presupposti ed effetti dell'art. 181 CO
 - caso speciale di assunzione di debito
 - attivi e passivi trasferiti devono rappresentare una parte organica e circoscritta del patrimonio o dell'attività („*in sich geschlossen*“)
 - non è necessario il consenso del creditore toccato
 - responsabilità solidale del debitore originario (trasferente) per 3 anni
 - l'effetto (parzialmente) liberatorio per il debitore originario interviene con la comunicazione ai creditori

Asset deal

- Natura, presupposti ed effetti dell'art. 181 CO
 - comunicazione ai creditori:
 - nessun vincolo di forma
 - non è ricettizia
 - prassi: pubblicazione sul FUSC / comunicazione circolare
 - esclusione di determinati debiti:
 - di principio possibile (limite: abuso di diritto)
 - presuppone comunicazione chiara ed univoca
 - non basta riferimento a bilancio di ripresa „ripulito“
 - interpretazione secondo il principio dell'affidamento

Asset deal

- Natura, presupposti ed effetti dell'art. 181 CO

art. 181 cpv. 4:

⁴ L'assunzione del patrimonio o dell'azienda di società commerciali, società cooperative, associazioni, fondazioni o imprese individuali iscritte nel registro di commercio è retta dalle disposizioni della legge del 3 ottobre 2003⁴³ sulla fusione.⁴⁴

- Messaggio CF: norma imperativa
- Dottrina (e prassi): norma dispositiva

Asset deal – Difetti

Art. 200

3. Difetti noti al compratore

¹ Il venditore non risponde dei difetti noti al compratore al momento della vendita.

² Dei difetti che il compratore avrebbe dovuto conoscere usando l'ordinaria diligenza, il venditore risponde solo quando abbia dichiarato che non sussistevano.

Art. 201

4. Verifica della cosa e avviso al venditore

a. In genere

¹ Il compratore deve esaminare lo stato della cosa ricevuta, tosto che l'ordinario andamento degli affari lo consenta, e, se vi scopre difetti di cui il venditore sia responsabile, dargliene subito notizia.

² Diversamente la cosa venduta si ritiene accettata, purché non si tratti di difetti non riconoscibili mediante l'ordinario esame.

³ Ove tali difetti si scoprono più tardi, dev'esserne data notizia subito dopo la scoperta, altrimenti la cosa si ritiene accettata anche rispetto ai medesimi.

Asset deal - Difetti

Prescrizione: nuovo diritto da 1.1.2013

Art. 210

9. Prescrizione

¹ Le azioni di garanzia per i difetti della cosa si prescrivono in due anni dalla consegna della cosa al compratore, quand'anche questi ne abbia scoperto i difetti soltanto più tardi, salvo che il venditore abbia promesso la garanzia per un tempo più lungo.

⁴ Qualunque patto che riduca il termine di prescrizione è nullo se:

- a. prevede un termine inferiore a due anni o, nel caso di cose usate, inferiore a un anno;
- b. la cosa è destinata all'uso personale o familiare del compratore; e
- c. il venditore agisce nell'ambito della sua attività professionale o commerciale.

Trasferimento di patrimonio

- Natura, presupposti ed effetti degli art. 69 ss. LFus
 - contratto di trasferimento richiede la forma scritta (se vengono trasferiti anche fondi: atto pubblico) – contenuto cfr. art. 71 LFus
 - trasferimento acquisisce validità giuridica con l'iscrizione nel registro di commercio
 - obbligo di informare i soci nell'allegato al bilancio (eccezione: valore patrimonio < 5% del bilancio della società trasferente)
 - responsabilità solidale del debitore precedente (trasferente) per 3 anni

Trasferimento di patrimonio

- Natura, presupposti ed effetti degli art. 69 ss. LFus
 - obbligo di prestare garanzia per i crediti trasferiti
 - attivi e passivi trasferiti *non* devono rappresentare una parte organica e circoscritta del patrimonio o dell'attività (possibilità di trasferire anche singoli attivi – limiti: saldo positivo e abuso di diritto)
 - l'effetto (parzialmente) liberatorio per il debitore precedente interviene dopo la pubblicazione del trasferimento di patrimonio
 - successione universale parziale
 - rimando agli art. 333 e 333a CO (art. 76 e 77 LFus)

Trasferimento di patrimonio

Art. 71 Contenuto del contratto di trasferimento

¹ Il contratto di trasferimento contiene:

- a. la ditta o il nome, la sede e la forma giuridica dei soggetti giuridici partecipanti al trasferimento;
- b. un inventario che designi chiaramente le componenti attive e passive del patrimonio trasferito; i fondi, i titoli di credito e i beni immateriali vanno indicati singolarmente;
- c. il valore complessivo degli attivi e dei passivi trasferiti;
- d. l'eventuale controprestazione;
- e. un elenco dei rapporti di lavoro trasferiti a seguito del trasferimento di patrimonio.

² Il trasferimento di patrimonio è permesso soltanto se l'inventario presenta un'eccedenza di attivi.

Trasferimento di patrimonio

- Questioni puntuali
 - grado di dettaglio dell'inventario?
 - Gli attivi devono essere descritti in maniera tale da poter essere individuati in maniera certa anche da terzi
 - Fondi, cartevalori e diritti immateriali devono essere elencati individualmente; per altri attivi può essere ammessa un'elencazione per gruppi (limite: individuabilità inequivoca)
 - Anonimizzazione delle parti dei contratti da trasferire ammessa (p.es. in caso di trasferimento di contratti coperti da segreto)

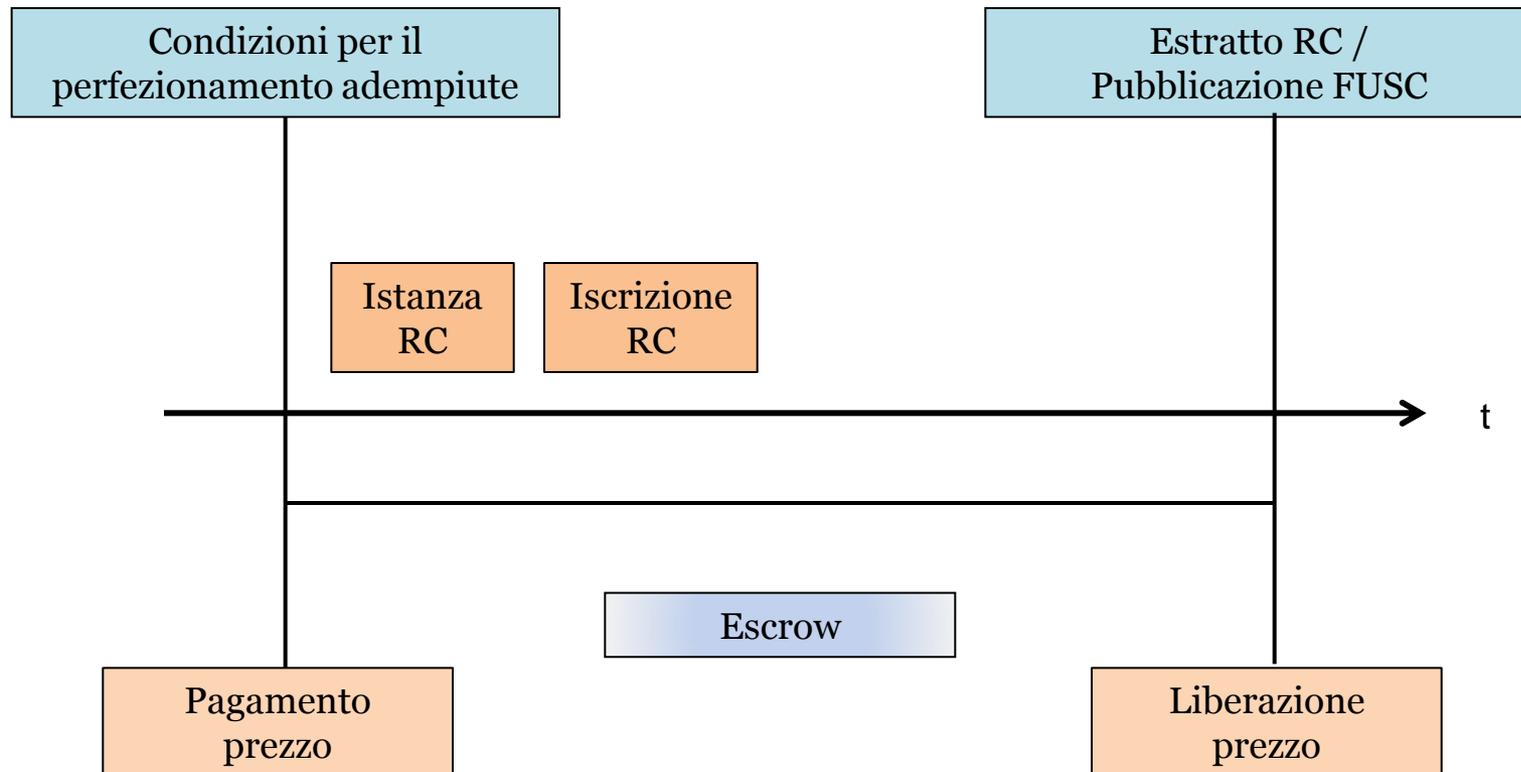
Trasferimento di patrimonio

- Questioni puntuali
 - trasferimento „automatico dei contratti“?
 - Questione controversa: dottrina dominante è favorevole al trasferimento automatico dei contratti („successione universale“).
 - Effetti dell'istituto specifico *vs.* autonomia privata.
 - Quid in caso di limitazione contrattuale del trasferimento?
[risarcimento del danno, evtl. diritto di disdetta straordinaria]
 - Soluzioni sviluppate nella prassi [comunicazioni „silenzio-assenso“]

Asset deal vs. trasferimento di patrimonio

- Questioni puntuali
 - Pubblicità derivante dall'iscrizione a registro di commercio (inventario diventa pubblico) *vs.* necessità di riservatezza delle parti
 - La responsabilità solidale e l'obbligo di garantire i crediti possono essere evitati nell'*asset deal* ex art. 184 CO
 - Fondi: possono essere trasferiti con un atto unico fondi siti in diversi Cantoni (deroga al principio della territorialità)
 - Difficile gestione della tempistica del perfezionamento („Closing“).

Perfezionamento („Closing“)



Asset deal vs. trasferimento di patrimonio

- Riassumendo, nella prassi:
 - Share deal > asset deal
 - Asset deal con esclusione art. 181 CO > asset deal con 181 CO
 - Asset deal > trasferimento di patrimonio ex 69 LFus
 - In genere: trasferimento di patrimonio quale strumento per il trasferimento d'azienda tra terzi indipendenti poco utilizzato
 - Utilizzo puntuale: nelle ristrutturazioni intragruppo, nel trasferimento di portafogli immobiliari, nei risanamenti, per le „bad companies“

Cenni transfrontalieri

- Adeguateamento di strutture giuridiche tramite...
 - ... trasferimento, fusione, scissione, o trasferimento di patrimonio...
 - ... tra soggetti di cui almeno uno non ha sede in Svizzera.
- Sfida principale: garantire la continuità giuridica a fronte di possibili conflitti tra gli ordinamenti dei singoli Stati

Cenni transfrontalieri

- Ad eccezione del trasferimento della sede di società, le ristrutturazioni internazionali sono delle nozioni relativamente nuove nel diritto svizzero
- Finora: uso moderato delle nuove possibilità
- Recentemente: sensibile aumento delle ristrutturazioni internazionali, soprattutto all'interno di gruppi di imprese
- Presupposti: non del tutto chiari, specie per il trasferimento di patrimonio (rimando “per analogia” alle norme sulla fusione)

Cenni transfrontalieri – diritto applicabile

- Determinato dal diritto di collisione nazionale
- Necessità di distinguere tra:
 - Statuto societario (*lex societatis*)
 - Statuto dell'operazione (ossia inerente alla fusione, alla scissione o al trasferimento di patrimonio)

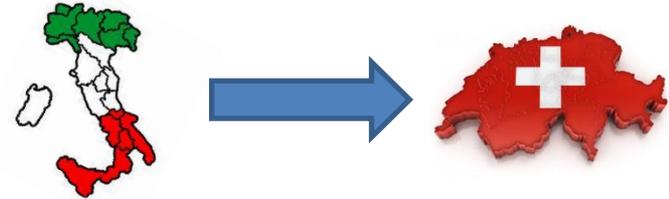
Cenni transfrontalieri – diritto applicabile

- Statuto societario (*lex societatis*)
 - Primato della teoria dell'incorporazione
 - Art. 154 cpv. 1 LDIP : „*Le società sono regolate dal diritto dello Stato giusta il quale sono organizzate (...)*“
 - In via subordinata: teoria della sede effettiva
 - Art. 154 cpv. 2 LDIP : „*La società che non adempie tali condizioni sottostà al diritto dello Stato in cui è amministrata effettivamente.*”

Cenni transfrontalieri – diritto applicabile

- Statuto dell'operazione
 - Teoria dell'applicazione cumulativa (*Vereinigungstheorie*)
 - La LDIP stabilisce le condizioni che vanno osservate e le conseguenze di un'operazione transfrontaliera, secondo il diritto internazionale privato svizzero.
 - Al contempo lascia però spazio al diritto straniero, mediante rinvii generali, laddove quest'ultimo lo rivendica.

Cenni transfrontalieri



Presupposti per il trasferimento di patrimonio verso la Svizzera
(art. 163d in combinazione con art. 163a LDIP)

- Applicabilità del diritto della società trasferente (italiana)
- Diritto italiano consente il trasferimento di patrimonio transfrontaliero
- Sono adempiute le condizioni poste dal diritto italiano
- Iscrizione a registro di commercio con allegati ex ORC, tra cui:
 - Prova dell'esistenza della società italiana
 - Attestazione sull'ammissibilità del trasferimento di patrimonio transfrontaliero

Cenni transfrontalieri



Presupposti per il trasferimento di patrimonio verso l'Italia (art. 163d in combinazione con art. 163b LDIP)

- Applicabilità del diritto della società trasferente (svizzera)
- La società svizzera deve provare che
 - gli attivi sono trasferiti alla società italiana per successione universale
 - il diritto italiano contempla norme sul trasferimento di patrimonio
- Sono adempiute le condizioni poste dalla Lfus per la società trasferente
- Iscrizione a registro di commercio con allegati ex ORC, tra cui:
 - Attestazione sull'ammissibilità del trasferimento di patrimonio transfrontaliero
 - Prova dell'avvenuto trasferimento

In due parole

- Diritto svizzero non prevede una disciplina speciale per il trasferimento d'azienda
- Possibilità: asset deal *vs.* trasferimento di patrimonio
- Svantaggio principale asset deal: successione particolare
- Svantaggi principali trasferimento di patrimonio: pubblicità / responsabilità solidale / garanzia crediti
- Nella realtà svizzera: spesso share deal
- Nella realtà transfrontaliera: costituzione nuova società

POLEDNA | BOSS | KURER

RECHTSANWÄLTE
ATTORNEYS AT LAW



Davide Jermini ha studiato dapprima economica politica presso l'Università San Gallo, dove si è laureato nel 1992, e quindi diritto presso l'Università di Basilea, dove si è laureato nel 1995 (magna cum laude). Dopo un periodo di pratica presso uno studio legale di Lugano ha conseguito il brevetto di avvocato e quello di notaio. Successivamente ha lavorato quale avvocato per lo studio legale Baker & McKenzie, dapprima a Toronto e quindi a Zurigo. Nel 2005 è tornato in Ticino. Dal gennaio 2009 è partner di Poledna Boss Kurer AG, ed è attivo a Lugano e a Zurigo. Cura regolarmente pubblicazioni a carattere scientifico.