

ASSUNZIONE DI BENI EX Art. 628 cpv. 2 CO RECENTI SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI

Avv. Francesca Cavadini, DES

Studio legale e notarile Bernasconi Peter Gaggini

Avv. Gianluca Generali

Studio legale notarile Felder Riva Soldati Marcellini

A. INTRODUZIONE

Nel solco di quanto avvenuto a pag. 68 di questa rivista, il presente intervento, come il precedente (riguardante la responsabilità nei gruppi di società) intende prendere spunto dalla riforma del diritto societario italiano per delle riflessioni parallele in ambito del diritto svizzero. Sante che le norme del Codice delle Obbligazioni, inerenti la costituzione della società anonima, a differenza di quanto avvenuto nella vicina penisola, non hanno subito innovazioni di rilievo, ne consegue che per temi d'attualità la ricerca va necessariamente fatta a livello di prassi e giurisprudenza.

Ed é proprio una decisione del Tribunale federale, relativamente recente, a fornire lo spunto per le riflessioni che seguono, inerenti l'art. 628 cpv. 2 CO, avente per oggetto la costituzione "qualificata" della società anonima, tramite l'assunzione di beni.

Ad orientamento del lettore, l'intervento risulta strutturato a grandi linee come segue: fatto un riassuntivo sommario dello scopo e della portata della norma in oggetto, si esporrà il suo attuale campo di applicazione nonché l'interpretazione che giurisprudenza e dottrina danno della stessa. Segue quindi un riassunto dei punti principali della decisione del Tribunale federale DTF 128 III 178, con particolare riferimento alla sua portata, unitamente alla critica fatta a tale giudizio dalla dottrina. Un breve sunto concluderà l'intervento.

B. SCOPO E PORTATA DELL'ART. 628 CPV. 2 CO (L'ASSUNZIONE DI BENI)

1. Contenuto e contesto della norma

L'art. 628 CO recita:

Qualora un azionista conferisca una quota in natura, lo statuto deve indicare l'oggetto e la sima di questo conferimento come pure il nome del conferente e le azioni che gli sono attribuite.

Qualora una società assuma o si proponga di assumere beni da azionisti o da terzi, lo statuto deve indicare l'oggetto di questa assunzione, il nome dell'alienante e la controprestazione della società.

Qualora al momento della costituzione della società, sia pattuiti speciali vantaggi a favore dei promotori o d'altre persone, lo statuto deve indicare i nomi dei beneficiari e, in modo preciso, il contenuto ed il valore di siffatti vantaggi.

L'assemblea generale può decidere, dopo dieci anni, di abrogare le disposizioni statutarie concernenti i conferimenti in natura o le assunzioni di beni.

Tale norma ha quale scopo quello di regolare quelle che la dottrina definisce *Qualifizierte Gründungstatbestände*, ovvero costituzioni qualificate¹⁰⁷.

2. Obblighi specifici per la costituzione qualificata della società anonima

L'assunzione di beni (cpv. 2), come il conferimento in natura (cpv. 1) o la pattuizione di speciali vantaggi (cpv. 3) si distinguono dalla costituzione ordinaria (con versamento a contanti) in quanto potenzialmente presentano il rischio che il capitale azionario non sia di fatto integralmente coperto o venga sin dall'inizio, come nel caso dell'assunzione di beni, tolto alla società a danno dei suoi creditori.

Proprio in ragione del rischio che comportano tali forme qualificate di costituzione della società anonima, il legislatore ha posto obblighi supplementari chiari a cui i soci fondatori devono adempiere per costituire la SA.

Tali obblighi supplementari sono segnatamente:

- a) Disposizioni formali (artt. 631 / 634 CO),
- b) Relazione sulla costituzione (art. 635 CO),
- c) Attestazione di verifica del revisore (art. 635a CO),
- d) Pubblicità nello statuto della società (art. 641 cfr. 6 CO),

3. Applicazione di tali obblighi nell'assunzione di beni ex cpv. 2

a) Contratti scritti di assunzione (artt. 631 / 634 CO)

In analogia al versamento in natura di cui al cpv. 1, l'assunzione di beni impone che vengano allegati i contratti con cui i beni sono stati assunti, nella misura in cui l'acquisizione sia già avvenuta. Qualora trattasi di immobili é necessario l'atto pubblico. In caso di intenzione ad assumere beni non è ovviamente possibile produrre alcun contratto: in tal caso deve esservi la clausola di intenzione ad assumere nello statuto¹⁰⁸.

b) Relazione sulla costituzione (art. 635 CO)

Pure scritta deve essere la relazione sulla costituzione, che deve essere firmata da tutti i soci fondatori. Essa deve in particolare riferire su i) stato e specie del bene da assumere e ii) adeguatezza della sua stima.

c) Attestazione di verifica del revisore (art. 635a CO)

Un revisore verifica la relazione sulla costituzione e attesta per scritto la sua completezza e conformità alla realtà. Il messaggio del Consiglio federale prevedeva inizialmente un "*ausgewiesener Revisor*": la soluzione

¹⁰⁷ F. SCHENKER, in *Basler Kommentar zum Obligationenrecht*, Band II, 2° éd., Basilea 2002, ad art. 628 CO N. 1; P. FORSTMOSER / A. MEIER-HAYOZ / P. NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berna 1996, pag. 143; P. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3a éd., Zurigo 2004, pag. 86.

¹⁰⁸ P. BÖCKLI, op. cit. pag. 90.

poi adottata impone unicamente a che il revisore della società sia considerato idoneo a rilasciare l'attestazione di verifica. Il revisore deve essere indipendente ai sensi dell' art. 727c CO.

d) Pubblicità nello statuto della società (art. 641 cfr. 6 CO)

Ulteriore obbligo che il legislatore ha imposto al socio costituente nel caso di costituzione qualificata e dunque anche di assunzione di beni è la pubblicità a livello di statuto, ovvero questo deve menzionare in modo chiaro cosa viene assunto, a che prezzo e l'identità di chi vende alla società (questi non deve tuttavia comparire a Registro di Commercio).

A conferma dell'importanza e rilevanza degli obblighi di cui sopra, si consideri che il mancato adempimento ha quale conseguenza la nullità dell'atto di assunzione di beni¹⁰⁹. Per i soci fondatori vi sono inoltre conseguenze di ordine civile, vedasi la responsabilità prevista all'art. 753 CO ed anche penali, quali gli artt. 251, 253 e 153CPS¹¹⁰.

C. CAMPO D'APPLICAZIONE DELL'ART. 628 CPV. 2 CO

Da un'interpretazione letterale dell'articolo 628 cpv. 2 CO, si costata che non vi è alcun limite al campo d'applicazione delle disposizioni sull'assunzione di beni né da un punto di vista formale, né da un punto di vista personale, né infine da un punto di vista materiale. Alcune limitazioni sono state tuttavia poste dalla dottrina e dalla giurisprudenza per evidenti ragioni pratiche.

1. Posizione della dottrina e della giurisprudenza prima della sentenza 128 III 178

a) Da un punto di vista formale

L'entrata in vigore della riforma del diritto societario ha messo fine alla lunga controversia relativa alla questione di sapere se le disposizioni sull'assunzione di beni al momento della fondazione della società debbano essere applicate anche in assenza di contratti formali di acquisizione¹¹¹. La legge prevede in effetti l'applicazione delle disposizioni in questione qualora la società assume o si propone di assumere beni¹¹².

b) Da un punto di vista personale

La legge stabilisce pure in modo chiaro che le disposizioni sull'assunzione di beni si applicano indipendentemente dalla persona che aliena il bene in questione. Il legislatore non ha quindi voluto dare seguito alle critiche espresse da tempo dalla dottrina¹¹³, secondo la quale le disposizioni sull'assunzione di beni dovrebbero applicarsi solo nel caso in cui la società assume o si propone di assumere beni da un azionista od una persona che gli è vicina¹¹⁴.

¹⁰⁹ DTF 64 II 282; P. BbCKLI, op. cit., pag. 102.

¹¹⁰ P. FORSTIMOSER / A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL, op.cit., pag. 103.

¹¹¹ Il Tribunale federale aveva risolto la questione affermativamente. Cfr. DTF 109 Ib 97; DTF 83 II 290.

¹¹² F. SCHENKER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. Auflage, ad art. 698 N. 8.

¹¹³ P. BbCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2° ed., Zurigo 1996, N. 71; R. WATTIER, Bemerkungen zur Unlogik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht, AJP 1994, p. 147ss; F. SCHENKER, op. cit., ad art. 698, N. 10.

¹¹⁴ Nello stesso senso, P. FORSTIMOSER, Une nouvelle ère dans le régime de la reprise de bien 4/03, p. 8; L. GLANZMANN, Wann liegt eine Sachübernahme vor, SZW 2003, p. 168.

c) *Da un punto di vista materiale*

Un'interpretazione letterale delle legge porta a ritenere che non vi è nemmeno una limitazione da un punto di vista materiale nell'applicazione delle disposizioni sull'assunzione di beni: in altre parole per ogni assunzione di bene le norme in questione dovrebbero trovare di principio applicazione. Come tuttavia anticipato, dottrina e giurisprudenza hanno posto alcuni limiti. La dottrina distingue le limitazioni di natura quantitativa da quelle di natura qualitativa¹¹⁵.

Per quanto concerne la natura quantitativa di un'operazione, la giurisprudenza costante del Tribunale federale ha escluso dal campo d'applicazione delle norme sull'assunzione di beni i contratti vertenti sulle transazioni di poco valore¹¹⁶.

Per quanto concerne la natura qualitativa di un'operazione, la dottrina è del parere che debbano essere pure escluse dal campo d'applicazione delle disposizioni sull'assunzione di beni le transazioni correnti che rientrano nell'attività ordinaria della società¹¹⁷.

In conclusione, da un punto di vista materiale, sono sottoposte alle esigenze dell'art. 628 cpv. 2 CO tutte le operazioni di un certo valore che non possono essere definite quali transazioni correnti che rientrano nell'attività normale della società¹¹⁸.

Sulla base di quanto visto, l'acquisto di un immobile non può, in generale, essere considerato né una transazione corrente che rientra nell'attività ordinaria della società, né una transazione di poco valore. Tale operazione deve pertanto, in linea di massima, rispettare le esigenze poste dall'art. 628 cpv. 2 CO¹¹⁹. È discussa in dottrina la questione di sapere se, nel caso di una società immobiliare il cui scopo è l'acquisto e l'amministrazione d'immobili, tale operazione possa comunque essere definita quale transazione corrente che rientra nell'attività normale della società.

2. *La sentenza DTF 128 III 178: maggiore limitazione del campo di applicazione dal punto di vista materiale?*

La fattispecie della sentenza DTF 128 III 178 riguarda l'acquisto durante una vendita all'asta di un complesso alberghiero da parte di due società, le società SA Z e SA W.

Lo scopo sociale di SA Z consiste in operazioni commerciali, in particolare nell'ambito alberghiero, ivi compreso l'acquisto di immobili:

*"(...) la SA Z a été constituée dans le but d'exploiter des "conunerces, en particulier dans le domaine hotelier et activités y relatives, y compris l'acquisition d'immeubles aux fins d'exploitation hôtelière ou coninierciale"*¹²⁰

¹¹⁵ P. FORSTMOSER, op. cit., p. 8; L. GLANZMANN, op. cit., p. 168

¹¹⁶ DTF 83 II 289.

¹¹⁷ P. BOCKLI, op. cit., N. 75; P. FORSTMOSER / A. MEIER-HAYOZ / P. NOBEL, op.cit., § 15. N 23; F. SCHENKER, op. cit., ad art. 698, N. 9.

¹¹⁸ P. FORSTMOSER, op.cit., p. 10.

¹¹⁹ P. FORSTMOSER, op.cit., p. 10.

¹²⁰ DTF 128 III 78, 4c.

Lo scopo sociale di W SA è la gestione di stabilimenti alberghieri, il commercio e la prestazione di servizi:

"Quant à W SA, dont le but est "l'exploitation d'établissement hôtelier, le commerce, la représentation, l'import-export et la diffusion de produits, ainsi que la prestation de services et la gestion de biens (...)"¹²¹.

L'acquisto di SA Z comprendeva parte di un complesso inglobante un albergo, dei ristoranti, un casinò, un centro commerciale, una sala di spettacoli, dei parcheggi e quattro appartamenti.

L'acquisto di W SA comprendeva parte di un complesso inglobante delle superfici commerciali, uffici, alloggi, locali tecnici, depositi e posteggio sotterraneo.

Sulla base di tale fattispecie, l'Alta Corte ha proceduto in modo molto sintetico¹²² al ragionamento giuridico seguente:

- (i) Conformemente all'art. 628 cpv. 2 CO, qualora la società assume o si propone di assumere beni da azionisti o da terzi, lo statuto deve indicare l'oggetto di questa assunzione, il nome dell'alienante e la controprestazione della società¹²³.
- (ii) Non sono da considerarsi assunzioni di beni ai sensi dell'art. 628 cpv. 2 CO le operazioni correnti che rientrano nell'attività normale della futura società¹²⁴.
- (iii) Le acquisizioni di SA Z e W SA fanno parte delle attività statutarie delle società e non sono pertanto sottoposte alle esigenze dell'art. 628 cpv. 2 CO¹²⁵.

3. La critica della dottrina

Tale sentenza è stata oggetto di critiche da parte di autorevoli autori. FORSIMOSER ad esempio definisce la sentenza DTF 128 III 178 quale "*accident de parcours*"¹²⁶. Glanzmann parla di "*Fehlurteil*"¹²⁷.

Le principali critiche espresse sono le seguenti:

- (i) Il Tribunale federale omette nel proprio ragionamento giuridico di fondare e trarre le opportune conclusioni dal fatto che la fattispecie riguardasse una vendita all'asta¹²⁸. La risoluzione della fattispecie poteva infatti essere risolta anche in base a tale circostanza, di particolare rilievo. In effetti, l'acquisto di un bene nell'ambito di una vendita all'asta costituisce per definizione una transazione "esclusivamente considerata", ovvero futura ed incerta, dipendendo dall'esito dell'asta, esito a priori non noto. Tali transazioni non costituiscono assunzioni di beni ai sensi dell'art. 628 cpv. 2 CO, a meno che esse

¹²¹ DTF 128 III 78, 4c.

¹²² La discussione del Tribunale federale in merito non supera una pagina.

¹²³ DTF 128 III 78, 4a.

¹²⁴ DTF 128 III 78, 4c.

¹²⁵ DTF 128 III 78, 4c.

¹²⁶ P. FORSIMOSER, op. cit., p. 4.

¹²⁷ L. GLANZMANN, op. cit., p. 173.

¹²⁸ P. FORSIMOSER, op. cit., p. 3.

siano relativamente sicure. Una acquisizione nell'ambito di una vendita all'asta, come detto, non può essere considerata relativamente sicura¹²⁹.

- (ii) Il Tribunale federale giustifica la non applicazione nella fattispecie dell'art. 628 cpv. 2 CO argomentando che le acquisizioni in questione rientrano nelle attività statutarie delle società rispettive. Se così fosse, l'art. 628 cpv. 2 CO diventerebbe invero privo di oggetto, in quanto ogni atto giuridico deve sempre rientrare, sotto pena di nullità, nelle "attività statutarie"¹³⁰.
- (iii) Qualora il Tribunale federale volesse riferirsi allo scopo sociale *stricto sensu*, ossia alle attività espressamente designate, questo non fornisce una trasparenza sufficiente per garantire la protezione degli azionisti e dei creditori, *ratio legis* della regolamentazione in materia di assunzione di beni¹³¹. In altre parole, l'acquisto di immobili così come di altri beni è pressoché sempre indicato negli scopi sociali per evidenti ragioni di praticità: tali diciture non sono tuttavia all'evidenza sufficienti per salvaguardare gli interessi che si propone di difendere l'art. 628 cpv. 2 CO.

D. Conclusione

Concludendo, possiamo certamente condividere la dottrina nella propria critica alla sentenza DTF 128 III 78, allorché la qualifica quale "incidente di percorso" dell'alta Corte: l'esito della stessa appare certamente proponibile, meno talune argomentazioni, in quanto in evidente contrasto con la *ratio legis*. Altre sarebbero state le possibilità per ottenere identico risultato, senza aprire il varco a possibili pericolose forzature. Va tuttavia riconosciuto, positivamente, lo sforzo del Tribunale federale di voler concretizzare i tentativi della dottrina nel porre un limite applicativo ragionevole all'art. 628 cpv. 2 CO. Accertato che il legislatore ha voluto limitare, per quanto possibile, abusi in relazione alle forme qualificate di costituzione della Società anonima, appare ora opportuno porre limiti chiari di applicazione della norma dal punto di vista qualitativo, quantitativo e dell'alienante coinvolto.

¹²⁹ P. FORSTMOSER, op. cit., p. 13; L. GLANZMANN, op. cit., p. 173.

¹³⁰ P. FORSTMOSER, op. cit., p. 11; L. GLANZMANN, op. cit., p. 173.

¹³¹ P. FORSTMOSER, op. cit., p. 12.