



Euroconference
Editoria

LA RIVISTA DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Mensile di approfondimento dedicato alla gestione straordinaria di imprese e società

Diritto e società

Trasformazione di Spa in Srl e decadenza del collegio sindacale in carica; validità o invalidità della delibera di trasformazione adottata e tutela dei sindaci revocati senza giusta causa

di Verena Mazzon 2

Aumento del capitale sociale con *earn out* e *bonus shares*

di Manuela Grassi e Matteo Battiston 15

Lo stato dell'arte in tema di ammissibilità della compensazione del credito del socio con il debito da sottoscrizione

di Federico Colognato e Valeria Marocchio 23

Tributi e accertamento fiscale

L'acquisto di partecipazioni tramite società veicolo non è elusivo ai fini dell'Ace

di Fabio Giommoni 37

Cessione totalitaria di partecipazioni ai fini dell'imposta di registro

di Andrea Dosa 46

Scissioni e credito d'imposta per le attività di ricerca e sviluppo

di Roberto Moro Visconti e Matteo Maria Renesto 54

Trasformazione di Spa in Srl e decadenza del collegio sindacale in carica; validità o invalidità della delibera di trasformazione adottata e tutela dei sindaci revocati senza giusta causa

di Verena Mazzon - avvocato, studio notarile SNBS

Si vuole valutare se la trasformazione di Spa in Srl sia idonea a determinare la decadenza automatica e immediata del collegio sindacale in carica, a vantaggio di un nuovo organo di controllo, e se i sindaci cessati anzitempo dalle proprie funzioni possano impugnare la delibera adottata, lamentando di avere subito un danno per l'intervenuta revoca senza giusta causa ([articolo 2400](#), comma 2, cod. civ.), per abuso di potere o per abuso di maggioranza ([articolo 2377](#), comma 2, cod. civ.). In particolare, si è ritenuto opportuno distinguere le ipotesi in cui la suddetta decadenza automatica appaia pressoché inconfutabile:

– trasformazione di Spa in Srl non obbligata alla nomina dell'organo di controllo, in assenza della nomina facoltativa di detto organo;

– trasformazione di Spa in Srl obbligata alla nomina dell'organo di controllo, con contestuale nomina di un nuovo organo di controllo monocratico;

dalle ipotesi in cui detta cessazione anticipata non appaia altrettanto pacifica:

– trasformazione di Spa in Srl non obbligata alla nomina dell'organo di controllo, con nomina facoltativa di detto organo (sia esso monocratico o collegiale);

– trasformazione di Spa in Srl obbligata alla nomina dell'organo di controllo, con contestuale nomina di un nuovo organo di controllo collegiale (in luogo del precedente).

Premessa

Il presente scritto si propone di analizzare lo stato dell'arte in ordine all'eventuale decadenza automatica del collegio sindacale nell'ipotesi di trasformazione di Spa in Srl, valutando se in tale specifico caso possa non trovare applicazione l'[articolo 2400](#), comma 2, cod. civ., a mente del quale:

“i sindaci possono essere revocati solo per giusta causa. La deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dal Tribunale, sentito l’interessato”.

In particolare, si tenterà di delineare, altresì, il regime della deliberazione assembleare che adotti la suddetta modificazione statutaria e le conseguenze che tale scelta possa comportare in capo ai sindaci in carica, con riguardo agli eventuali rimedi a loro disposizione ove gli stessi si considerino decaduti senza giusta causa.

Com’è noto, tra le varie differenze di disciplina esistenti fra Spa e Srl vi è il regime dei controlli interni: nella Spa l’organo di controllo (il collegio sindacale) deve necessariamente sussistere ed è necessariamente collegiale¹; a tale organo può essere affidata, a determinate condizioni (cfr. [articolo 2409-bis](#), comma 2, cod. civ.²), anche la funzione di revisione legale dei conti; in alternativa, può essere nominato un revisore esterno³ (persona fisica o società di revisione) che svolga esclusivamente tale compito, mentre il controllo di legalità resterebbe attribuito al collegio sindacale.

Nelle Srl, invece, la nomina dell’organo di controllo è obbligatoria solo in determinate circostanze ([articolo 2477](#), comma 3, cod. civ.⁴); nelle altre ipotesi, la società può scegliere di non nominare alcun organo di controllo ovvero di nominare un organo di controllo che, in tal caso, sarà “facoltativo” ([articolo 2477](#), comma 1, cod. civ. - nel senso che non è imposto dalla legge ma soltanto dall’autonomia statutaria). L’organo di controllo nominato (obbligatoriamente o facoltativamente) nelle Srl, di regola, è monocratico, salvo che lo statuto disponga diversamente, prevedendo un organo di controllo a struttura collegiale. Anche nelle Srl, come nelle Spa, può scegliersi di nominare il solo organo di controllo (monocratico o collegiale, al quale affidare sia la funzione di controllo di legalità, sia la

¹ Esso è composto di 3 o 5 membri effettivi e 2 sindaci supplenti (articolo 2397, comma 1, cod. civ.).

² Il quale fa riferimento alle Spa che non siano tenute alla redazione del bilancio consolidato.

³ La disciplina della revisione legale è identica per Spa e Srl ed è contenuta nel D.Lgs. 39/2010.

⁴ Ai sensi dell’articolo 2477, cod. civ., nel testo modificato, da ultimo, dal D.L. 91/2014, convertito in L. 116/2014 (il quale ha abrogato il comma 2 della norma in commento, la quale oggi non prevede più la nomina obbligatoria dell’organo di controllo qualora il capitale sociale della Srl sia pari o superiore a quello minimo stabilito per le Spa): *“L’atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e i poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore. Se lo statuto non dispone diversamente, l’organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo. La nomina dell’organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società:*

a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;

b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;

c) per 2 esercizi consecutivi ha superato due dei limiti indicati dal comma 1, articolo 2435-bis.

L’obbligo di nomina dell’organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c), comma 3 cessa se, per 2 esercizi consecutivi, i predetti limiti non vengono superati.

Nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le Spa.

L’assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati al comma 3 deve provvedere, entro 30 giorni, alla nomina dell’organo di controllo o del revisore. Se l’assemblea non provvede, alla nomina provvede il Tribunale su richiesta di qualsiasi soggetto interessato”.

I limiti indicati dal comma 1, articolo 2435-bis, cod. civ. - richiamato dall’articolo 2477, comma 3, lettera c), cod. civ. - che, se superati per 2 esercizi consecutivi, rendono obbligatoria la nomina dell’organo di controllo in Srl, sono i seguenti:

1. totale dell’attivo dello Stato patrimoniale: 4.400.000 euro;

2. ricavi delle vendite e delle prestazioni: 8.800.000 euro;

3. dipendenti occupati in media durante l’esercizio: 50 unità.

Specularmente, il Legislatore prevede che l’obbligo di nomina dell’organo di controllo cessi qualora, per 2 esercizi consecutivi, i predetti limiti non vengano superati (cfr. articolo 2477, comma 4, cod. civ.).

funzione di revisione legale dei conti), ovvero di nominare – in aggiunta all'organo di controllo interno (sindaco unico od organo collegiale, deputato al solo controllo di legalità) -, anche un revisore esterno (deputato alla sola revisione legale dei conti)⁵.

Nei paragrafi che seguono si tenterà di giungere a conclusioni soddisfacenti soprattutto sul piano della certezza del diritto e della stabilità degli effetti della deliberazione assembleare con cui sia adottata la modifica statutaria di trasformazione, qualora essa determini la sostituzione dell'organo di controllo in carica.

⁵ In ordine alla facoltà di nominare, in aggiunta all'organo di controllo (sindaco unico od organo collegiale, deputato al controllo di legalità), anche un revisore (deputato alla revisione legale dei conti), si rammenta che l'articolo 2477, cod. civ. sembrerebbe, letteralmente, consentire soltanto la nomina alternativa, e non concorrente, dell'organo di controllo o del revisore (utilizzando il Legislatore la disgiunzione "o"); tuttavia, la dottrina notarile ritiene sempre possibile avvalersi di entrambe le figure, tenendo così distinto il controllo di legalità (che sarebbe esercitato dall'organo di controllo interno) dal controllo dei conti (in capo al revisore esterno, persona fisica o società di revisione). Il Legislatore, in sostanza, avrebbe utilizzato la disgiunzione "o", in luogo della congiunzione "e", al solo scopo di rendere evidente che non intendeva imporre alcun obbligo di istituzione congiunta delle 2 figure. In tal senso si esprimono, fra gli altri, il Consiglio Notarile di Milano, con la massima n. 124, secondo cui *"il regime legale dei controlli nella Srl, in mancanza di diverse previsioni statutarie, è da intendersi nel senso che sia la funzione di controllo di gestione (ex articolo 2403, cod. civ.) sia la funzione di revisione legale dei conti (ex articolo 14, D.Lgs. 39/2010) sono attribuite a un unico organo monocratico, genericamente individuato con la locuzione "organo di controllo o revisore". Si ritiene che l'organo monocratico investito della funzione di controllo e della funzione di revisione possa essere sia un revisore legale dei conti persona fisica, sia una società di revisione legale, iscritti nell'apposito registro. È pertanto legittima la clausola statutaria che espressamente preveda tale facoltà.*

L'autonomia statutaria, rispetto a quanto disposto dal regime legale, può inoltre prevedere le seguenti "varianti" convenzionali:

- a) può prevedere che le funzioni di controllo e di revisione siano svolte anche in via facoltativa, fuori dai casi in cui esse sono obbligatorie per legge, oppure può renderle obbligatorie anche oltre a tale ambito;*
- b) può prevedere che le funzioni di controllo e di revisione, anziché a un organo monocratico, siano affidate a un organo collegiale (collegio sindacale), per la composizione e il funzionamento del quale si applicano le norme dettate in tema di Spa;*
- c) può prevedere che le funzioni di controllo e di revisione, anziché cumulativamente al medesimo organo, siano affidate separatamente, attribuendo, da un lato, la funzione di controllo all'organo di controllo (sindaco unico o collegio sindacale), e, dall'altro, la funzione di revisione a un revisore (persona fisica o società di revisione);*
- d) può prevedere che le scelte di cui ai 2 punti precedenti siano effettuate di volta in volta con decisione dei soci, senza modificazione statutaria.*

La nuova formulazione del comma 1, articolo 2477, cod. civ., là dove stabilisce che "se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo", impone un esame caso per caso degli statuti sociali, al fine di verificare se debba intendersi derogato il regime legale, impedendo così la nomina di un organo monocratico in mancanza di una preventiva modificazione dello statuto".

In senso parzialmente diverso si esprime la Commissione Società del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, con la massima I.D.13, secondo cui *"al verificarsi delle ipotesi previste dai commi 2 e 3, articolo 2477, cod. civ. le Srl sono soggette tanto al controllo di legalità (articolo 2403, cod. civ.) quanto alla revisione dei conti (articolo 14, D.Lgs. 39/2010). In dette ipotesi:*

- a) le Srl che non sono obbligate alla redazione del bilancio consolidato e che non rientrano tra gli enti di cui al comma 2, articolo 16, D.Lgs. 39/2010 (ossia enti di interesse pubblico, società controllate da enti di interesse pubblico, società che controllano enti di interesse pubblico e società sottoposte con questi ultimi a comune controllo, per le quali la revisione legale non può essere esercitata dal collegio sindacale, NdA), possono attribuire tali controllo e revisione a un unico soggetto, necessariamente coincidente con quello definito dall'articolo 2477, cod. civ. come "organo di controllo", ovvero, possono attribuire il controllo di legalità al suddetto "organo di controllo" e la revisione dei conti al "revisore legale" previsto dal D.Lgs. 39/2010;*
- b) le Srl obbligate alla redazione del bilancio consolidato, o che rientrano tra gli enti di cui al comma 2, articolo 16, D.Lgs. 39/2010, non possono istituire il solo "organo di controllo", ma devono necessariamente istituire, in aggiunta a esso, anche il "revisore legale" cui attribuire la funzione della revisione dei conti. All'"organo di controllo", anche monocratico, si applicano unicamente le disposizioni sul collegio sindacale previste per le Spa, comprese quelle che disciplinano l'attribuzione al medesimo della revisione dei conti.*

Al "revisore legale" si applicano unicamente le disposizioni previste dal D.Lgs. 39/2010, in particolare quelle contenute nell'articolo 13 in ordine al conferimento, revoca e dimissioni dall'incarico".

In ordine alla possibilità di istituire il solo "revisore" senza nominare l'"organo di controllo", nella motivazione della massima si precisa che *"è comunque da rilevare che la questione relativa alla possibilità di attribuire anche al revisore, e non al solo organo di controllo, entrambe le funzioni (controllo di legalità e revisione) è di modesta rilevanza pratica, in quanto la composizione soggettiva dell'organo di controllo monocratico cui è affidata anche la revisione legale dei conti è identica a quella del revisore, poiché in tal caso il componente dell'organo di controllo deve essere un revisore iscritto nell'apposito registro. Ammettere che tale unico soggetto possa qualificarsi "revisore", e non "organo di controllo", avrebbe dunque rilevanza solo formale, con riflessi limitati alla diversa disciplina sulla nomina, revoca e dimissioni a esso applicabile rispetto all'organo di controllo".*

La trasformazione di Spa in Srl e l'automatica decadenza del collegio sindacale in carica

Essendo il regime dei controlli interni diversamente disciplinato in Spa e in Srl, una Spa che deliberi di trasformarsi in Srl potrebbe decidere di regolamentare detta materia in modo diverso rispetto a quanto previsto nel precedente statuto, con possibili ripercussioni sul collegio sindacale in carica. La specifica questione se sia ammissibile, in sede di trasformazione di Spa in Srl, una diversa disciplina dell'organo di controllo idonea a determinare la cessazione anticipata del collegio sindacale non sembra, tuttavia, diffusamente affrontata in dottrina⁶, né in giurisprudenza⁷.

Per fare chiarezza sull'argomento, è opportuno tenere distinte 3 ipotesi:

1. trasformazione di Spa in Srl senza obbligo di nominare l'organo di controllo; la Srl, in tal caso, sceglie di non procedere alla nomina facoltativa di detto organo;
2. trasformazione di Spa in Srl senza obbligo di nominare l'organo di controllo; la Srl, in tal caso, sceglie di procedere alla nomina facoltativa di detto organo, mediante apposita previsione statutaria che contempli un organo di controllo monocratico o collegiale (nuovo e diverso rispetto a quello precedente);

⁶ La dottrina tratta della sorte degli organi sociali con riferimento alla fattispecie (analoga quanto agli effetti in esame) di trasformazione regressiva di società di capitali in società di persone, ammettendo la decadenza automatica e immediata degli organi sociali la cui struttura non sia replicata nella società risultante dalla trasformazione.

Si veda, *ex multis*, F. Tassinari, in M. Maltoni – F. Tassinari, "La trasformazione delle società", II ed., Ipsoa, 2011, pag. 203; A. Bonfante, in O. Cagnasso – A. Bonfante, "Il Codice Civile Commentario", fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, "La trasformazione – Artt. 2498-2500novies", Giuffrè, 2010, pag. 195-196; C. Mosca, "sub art. 2500-sexies" in Commentario alla riforma delle società diretto da P. G. Marchetti – L. A. Bianchi – F. Ghezzi – M. Notari, Trasformazione – Fusione – Scissione a cura di L. A. Bianchi, "Artt. 2498 – 2506-quater c.c.", Egea, 2006, pag. 236-237, secondo cui "l'operazione di trasformazione e le cause di revoca dei soggetti nominati negli organi della società di capitali trasformanda non possono essere valutati sullo stesso piano. La trasformazione è di regola guidata da motivazioni sottostanti di ben più ampio respiro, che coinvolgono la scelta dell'essenza e delle modalità di funzionamento della società, sicché un cambiamento di tale natura e conseguenze, se anche conduce al mutamento della struttura di governo societario e dei soggetti in essa designati, non può rappresentare un immotivato motivo di revoca tale da imporre, sempre e comunque, il risarcimento del danno".

⁷ In giurisprudenza, la sentenza della Corte di Cassazione n. 23557/2008 ha riconosciuto, in un caso analogo di riduzione del numero degli amministratori dettata dall'esigenza di diminuire i costi aziendali, un indennizzo a favore degli stessi per il pregiudizio subito: "la giusta causa che giustifica la revoca dell'amministratore può essere sia soggettiva, sia oggettiva, e cioè consistere anche in situazioni estranee alla persona dell'amministratore, non riconducibili a condotte di quest'ultimo, che siano tali da impedire la prosecuzione del rapporto. Nell'identificazione della seconda, è stato altresì precisato che, sebbene la giusta causa possa derivare anche da fatti non integranti inadempimento, occorre tuttavia "pur sempre un *quid pluris*", nel senso che è necessaria l'esistenza di "situazioni sopravvenute (provocate o meno dall'amministratore stesso), che minino il *pactum fiduciae*, elidendo l'affidamento inizialmente riposto sulle attitudini e le capacità dell'organo di gestione (Cassazioni n. 16526/2005; n. 15322/2004; n. 11801/1998; n. 3768/1985). In coerenza con questa premessa, è stato riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni dell'amministratore revocato a seguito della messa in liquidazione della società, qualora questa sia stata poi revocata (Cassazione n. 2068/1960), escludendo che costituisca giusta causa di revoca la mera convenienza economica conseguente alla diminuzione di spesa resa possibile dalla riduzione del numero degli amministratori (Cassazione n. 4240/1957). Pertanto, da un canto, possono integrare una giusta causa di revoca anche eventi estranei all'amministratore, diversi da comportamenti non corretti e non espressivi della negligenza di quest'ultimo, sicché essa non può essere identificata con l'inadempimento e neanche è condizionata dal dolo o dalla colpa del medesimo. Dall'altro, detti eventi devono però incidere sul *pactum fiduciae* ed essere inerenti alla sfera dell'amministratore, il corretto bilanciamento degli interessi esclude, infatti, la possibilità di porre a carico dell'amministratore le conseguenze economiche della anticipata cessazione del rapporto deliberata nell'interesse della società (sia pure consistente in quello a un risparmio di spesa), non sussistendo ragioni per gravare l'amministratore del rischio di eventi non attinenti alla sua sfera, dato che l'interesse della società è già tutelato dalla facoltà di disporre la revoca in qualunque momento, sia pure condizionatamente al risarcimento dei danni. In applicazione di detto principio, risulta chiaro che le ragioni di convenienza economica addotte dalla società, consistenti nella valorizzazione delle perdite subite a causa del negativo trend economico e della deficitaria situazione in cui versava la ..., che aveva suggerito di procedere a una riduzione delle spese, mediante la modificazione della composizione dell'organo amministrativo da collegiale a monocratico, non erano suscettibili di integrare la nozione di giusta causa, con conseguente infondatezza delle censure svolte nel secondo motivo".

3. trasformazione di Spa in Srl con obbligo di nominare l'organo di controllo; la Srl, in tal caso, sceglie di nominare un organo di controllo monocratico o collegiale diverso dal precedente.

Trasformazione di Spa in Srl senza obbligo di nominare l'organo di controllo; la Srl sceglie di non procedere alla nomina facoltativa di detto organo

In tal caso, pare potersi sostenere che l'operazione straordinaria di trasformazione determini la decadenza automatica del collegio sindacale in carica, senza necessità che detta cessazione sia assistita dalle cautele previste dall'[articolo 2400](#), comma 2, cod. civ.⁸.

La trasformazione in un tipo societario che non imponga la nomina obbligatoria dei sindaci (si pensi alle società di persone o alla Srl che non si trovi nelle condizioni di cui all'[articolo 2477](#), comma 3, cod. civ.), rappresenta una modificazione statutaria idonea a provocare la cessazione automatica del collegio sindacale in carica (a decorrere dalla data di efficacia della trasformazione) e a impedire l'applicazione della disciplina della revoca per giusta causa dei sindaci, venendo meno l'antecedente logico-giuridico che giustifica il controllo del Tribunale nell'ipotesi predetta⁹ (ossia la fattispecie che funge da antecedente per l'applicabilità della disciplina della revoca dei sindaci). Non sembra legittimo, infatti, imporre la permanenza del collegio ove il tipo sociale di approdo non ne preveda l'esistenza.

Se ciò sembra abbastanza pacifico nel caso in cui la Srl trasformata non sia obbligata alla nomina dell'organo di controllo e il cui statuto non contempli la nomina, nemmeno facoltativa, dello stesso, altrettanto non può dirsi con riferimento al secondo caso sopra descritto.

⁸ In tal senso, si veda A. Ruotolo – D. Boggiali – A. Paolini, “Trasformazione di s.p.a. in s.r.l. e decadenza del collegio sindacale in carica”, quesito n. 795-2014/I approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, nonché la massima K.A.9 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie: “Nel caso in cui una società dotata di collegio sindacale e/o di revisore si trasformi in un tipo incompatibile con la presenza di tali organi, i componenti degli stessi decadono dalla data di efficacia della trasformazione.

Tra i tipi incompatibili con la presenza del collegio sindacale e/o del revisore, oltre alle società di persone, è da annoverare anche la Srl che non versi nelle condizioni di cui ai commi 2 e 3, articolo 2477, cod. civ. e che non abbia recepito nel proprio statuto la previsione di nomina facoltativa del collegio sindacale o del revisore ai sensi del comma 1, articolo 2477, cod. civ.”.

Ciò che la massima intende affermare è che la trasformazione in una Srl che non preveda la presenza obbligatoria del collegio sindacale e/o del revisore, comporta la decadenza automatica del medesimo organo in carica.

Analogamente Assonime, Il Caso n. 1/2018, La cessazione anticipata del collegio sindacale di Spa nel caso di trasformazione anticipata in Srl con sindaco unico: “a seguito di una trasformazione di una Spa in una Srl, si pone il problema se il collegio sindacale della Spa debba arrivare a scadenza naturale oppure cessi al momento della trasformazione, nel caso in cui lo statuto della Srl abbia previsto che l'organo di controllo sia composto da un solo membro effettivo, senza possibilità di nominare un collegio. La trasformazione non ha effetti sull'identità del soggetto ed è volta invece proprio a realizzare il mutamento dell'assetto organizzativo per la società attraverso l'adozione di un diverso modello societario.

Si deve ritenere che l'operazione di trasformazione comporta, nel momento in cui essa divenga giuridicamente efficace, il venir meno di quegli organi o della concreta configurazione di essi che non risultino più compatibili con il nuovo assetto organizzativo, senza che si debba utilizzare l'istituto della revoca”.

⁹ Così, espressamente, A. Ruotolo – D. Boggiali – A. Paolini, “Trasformazione di s.p.a. in s.r.l. e decadenza del collegio sindacale in carica”, quesito n. 795-2014/I (10).

Trasformazione di Spa in Srl senza obbligo di nominare l'organo di controllo; la Srl sceglie di procedere alla nomina facoltativa di detto organo, mediante apposita previsione statutaria che contempli la nomina di un organo di controllo monocratico o collegiale (nuovo e diverso rispetto a quello precedente)

Nell'ipotesi in cui la Srl trasformata non sia obbligata a nominare l'organo di controllo e, ciononostante, decida di procedere alla nomina "facoltativa" di detto organo, mediante apposita previsione statutaria che contempli un organo di controllo monocratico ovvero un organo di controllo collegiale, composto da persone diverse dai sindaci nominati nella Spa, così determinando la decadenza di questi ultimi, è possibile che l'intera operazione possa ritenersi finalizzata esclusivamente alla revoca del collegio sindacale in carica, revoca che sarebbe attuata senza le cautele previste dall'[articolo 2400](#), comma 2, cod. civ..

Pare, infatti, ragionevole ritenere che la previsione della nomina facoltativa dell'organo di controllo (statutariamente prevista nella Srl trasformata) legittimi il collegio sindacale attualmente in carica a continuare a svolgere le proprie funzioni fino alla naturale scadenza del termine triennale del mandato, non potendo i soci – in sede di delibera di trasformazione - nominare un organo di controllo (monocratico o collegiale) composto da persone diverse; detta nuova nomina sembrerebbe, allora, possibile soltanto dopo che i sindaci già nominati nella Spa abbiano cessato le proprie funzioni per scadenza del termine.

Per tale motivo, è preferibile che l'eventuale "sostituzione" dei sindaci in carica con un nuovo organo di controllo (monocratico o collegiale) – in occasione della trasformazione – sia condivisa dai primi, i quali prestino il proprio consenso alla risoluzione anticipata del rapporto contrattuale che li lega alla società o, eventualmente, si dimettano dal proprio incarico.

Trasformazione di Spa in Srl con obbligo di nominare l'organo di controllo; la Srl sceglie di nominare un organo di controllo monocratico o collegiale diverso dal precedente

L'ipotesi in cui la Srl trasformata sia obbligata a nominare l'organo di controllo e scelga di nominare un organo di controllo monocratico, ovvero un organo di controllo collegiale diverso – quanto a composizione – dal collegio sindacale nominato nella Spa, può dare luogo a 2 diverse interpretazioni. Da un lato, potrebbe sostenersi che il collegio in carica decada automaticamente, per lasciare spazio a un nuovo organo monocratico: infatti, posto che la nomina dell'organo di controllo in Srl sarebbe in tal caso obbligatoria, se si ritenesse che la predetta trasformazione non comporti la cessazione automatica dei sindaci della Spa, alla società trasformanda non resterebbe altra via che mantenere l'attuale collegio

sindacale, senza potere avvalersi delle norme semplificate del nuovo tipo sociale prescelto (che consente la nomina di un sindaco unico in luogo del collegio), anche in un'ottica di risparmio dei costi. Così ragionando, il principio di inamovibilità dei sindaci prevarrebbe sull'autonomia organizzativa della società¹⁰.

La medesima conclusione favorevole alla decadenza automatica, peraltro, dovrebbe potersi applicare ove fosse nominato - nella trasformata Srl - un revisore (necessariamente monocratico) che, in aggiunta all'organo di controllo monocratico, assorba in sé la sola funzione di revisione legale dei conti (precedentemente svolta dal collegio sindacale): ove si ammetta la cessazione automatica del collegio sindacale, parrebbe consequenzialmente doversi sostenere la decadenza di tale organo tanto dalla funzione di controllo di legalità, quanto dalla funzione di revisione dei conti eventualmente esercitata. Meno scontato, tuttavia, sembra riuscire a sostenere la suddetta decadenza qualora lo statuto della Srl contempli la nomina (obbligatoria per legge) di un organo di controllo collegiale (rinunciando, così, ad avvalersi della facoltà offerta dal Legislatore - che rappresenta la regola, in assenza di diversa disposizione statutaria - di nominare un organo monocratico). In tal caso, all'esito della trasformazione potrebbe ritenersi ancora in carica il collegio sindacale nominato nella Spa, essendo consentito all'assemblea nominare un nuovo collegio sindacale soltanto dopo che il mandato del precedente collegio sia giunto alla sua naturale scadenza. Ove si ammettesse la cessazione automatica del collegio (perlomeno nell'ipotesi di nomina di un organo di controllo monocratico), i sindaci decaduti non sarebbero legittimati a chiedere alcun risarcimento del danno derivante dall'interruzione del proprio rapporto con la società, stante la sussistenza di una giusta causa di revoca consistente nella valutazione di opportunità della deliberata trasformazione, compiuta dalla medesima società. Dall'altro lato, tuttavia, potrebbe ritenersi che la delibera di trasformazione di una Spa in una Srl, obbligata per legge alla nomina dell'organo di controllo, non legittimi i soci a nominare un nuovo organo di controllo, seppure monocratico, in luogo del precedente collegio sindacale in carica, determinandone la cessazione *sic et simpliciter*. In quest'ottica, l'eventuale revoca dei sindaci preesistenti dovrebbe essere pur sempre accompagnata da una giusta causa ed essere, altresì, approvata dal Tribunale competente, pena la violazione dell'[articolo 2400](#), comma 2, cod. civ. (salvo che, come sopra specificato, i sindaci "rimossi" siano consenzienti). Il passaggio a un tipo sociale governato da regole diverse in tema di controlli interni, quindi, secondo un'opposta interpretazione, non consentirebbe di ritenere integrata una giusta causa di

¹⁰ Le nuove norme dettate in materia di controllo nella Srl sono ispirate proprio dall'ampia autonomia statutaria riconosciuta a tale tipo sociale; pertanto, ritenere che una Spa - la quale decida di trasformarsi in Srl, adottando così un nuovo testo di statuto sociale - sia obbligata a mantenere il collegio sindacale in carica e non possa avvalersi della disciplina semplificata del sindaco unico prevista di *default* per la Srl, significherebbe sacrificare l'interesse sociale al mutamento del proprio assetto organizzativo (con adozione delle diverse regole stabilite dal Legislatore) in favore di una "formalistica" tutela della stabilità reale dei sindaci.

revoca dei sindaci già nominati nel modello Spa, ove la nomina dell'organo di controllo risulti pur sempre obbligatoria ai sensi di legge¹¹. Per tale via, soltanto al termine del mandato sarebbe possibile, per i soci della trasformata Srl, nominare un nuovo organo di controllo (monocratico o collegiale, secondo quanto previsto nello statuto). In tale ipotesi, stante l'incertezza interpretativa suesposta (in assenza di una specifica previsione legislativa), appare prudente che la delibera assembleare di trasformazione – la quale comporti la cessazione automatica del collegio sindacale in carica – sia sorretta da valide e reali ragioni economiche, oltretutto giuridiche. Ove, per contro, la trasformazione fosse attuata allo scopo di ottenere una revoca del collegio sindacale senza giusta causa, e senza le garanzie apprestate dal codice civile (articolo 2400, comma 2, cod. civ.) al collegio sindacale nell'esercizio delle sue funzioni, l'operazione potrebbe dare luogo a un'opposizione da parte di tale organo, qualora riuscisse a dimostrarsi che la trasformazione sia stata funzionale esclusivamente alla rimozione anticipata del medesimo e, quindi, sia stata posta in essere in frode alla legge. A questo punto, ci si dovrebbe interrogare su quale sia il regime di detta delibera e, conseguentemente, su quali siano gli strumenti a disposizione dei sindaci così eventualmente revocati; aspetto, questo, cui è dedicato il paragrafo seguente.

Il regime della delibera di trasformazione di Spa in Srl che comporti una revoca del collegio sindacale, in violazione dell'articolo 2400, comma 2, cod. civ. e i rimedi a tutela dei sindaci ingiustamente “rimossi”

Resta ora da analizzare il regime della delibera di trasformazione di Spa in Srl, con cui si provveda alla nomina di un nuovo organo di controllo monocratico o collegiale, che si ritenga adottata in violazione

¹¹ Lo stesso non può dirsi qualora la modificazione statutaria adottata nella Spa consista nel cambio del modello di *governance*, con passaggio dal sistema tradizionale a quello dualistico di amministrazione e controllo. In tale ipotesi, infatti, appare meno opinabile l'affermazione secondo cui detta delibera comporti, quale effetto indiretto, la decadenza automatica non solo del collegio sindacale, bensì di tutti gli organi in carica: infatti, da un lato, le funzioni che nel sistema ordinario sono svolte dal collegio sindacale vengono scomposte e affidate a un organo, il consiglio di sorveglianza, con caratteristiche, doveri, poteri e regole di funzionamento profondamente diversi; dall'altro lato, se è vero che le funzioni spettanti al consiglio di gestione sono pressoché identiche a quelle attribuite agli amministratori nel sistema tradizionale, è anche vero che nel sistema dualistico cambia la competenza alla nomina di tale organo, che non spetta più all'assemblea ordinaria, bensì al consiglio di sorveglianza, e un tanto pare sufficiente per ritenere che i componenti di detti organi (il CdA e il consiglio di gestione) non siano fungibili e, conseguentemente, che detta delibera comporti la cessazione *ex lege* anche dell'organo amministrativo in carica.

Si veda, in tal senso, la massima H.E.2 della Commissione Società del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, secondo cui “posto che la deliberazione di adozione del diverso sistema di amministrazione e controllo (dualistico o monistico) integra una causa sui generis di cessazione anticipata dei componenti degli organi di controllo, non assimilabile alla loro revoca, si ritiene che in detta ipotesi non trovi applicazione il disposto dell'articolo 2400, comma 2, cod. civ. che subordina la revoca dei sindaci alla preventiva approvazione del Tribunale”.

Così, G. Balp, “sub art. 2409-octies”, in Commentario alla riforma delle società diretto da P. G. Marchetti – L. A. Bianchi – F. Ghezzi – M. Notari, “Sistemi alternativi di amministrazione e controllo” a cura di F. Ghezzi, “Artt. 2409-octies – 2409-noviesdecies c.c.”, Egea, 2005, pag. 40-41; V. Cariello, in Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo, Niccolò Abriani – Vincenzo Cariello, volume I, “Il sistema dualistico”, Giappichelli, 2012, pag. 158-159.

Ciononostante, isolata giurisprudenza di merito (Tribunale di Napoli 25 luglio 2006) ha ritenuto che la delibera con cui si modifichi il modello di *governance* della Spa da tradizionale a monistico, adottata al solo scopo di revocare i sindaci, sia annullabile per eccesso di potere, oltre che per irregolarità nell'atto di convocazione. Anche per tale motivo, è opportuno che le delibere assembleari di questo tipo siano adeguatamente motivate e sorrette da idonee ragioni giustificatrici delle modifiche statutarie adottate.

dell'[articolo 2400](#), comma 2, cod. civ.; tale norma prevede, infatti, ai fini della legittimità della revoca dei sindaci, la sussistenza di un duplice requisito:

- una giusta causa;
- l’approvazione del Tribunale.

Posto che la *ratio* della norma in esame è la tutela della “stabilità reale” dei sindaci, quale presidio della relativa indipendenza, connaturale alla funzione di controllo cui essi sono deputati, al fine di un ordinato e corretto funzionamento della società e della gestione sociale, la dottrina¹² e la giurisprudenza¹³ prevalenti ritengono che, fintantoché la delibera di revoca dei sindaci non sia stata approvata dal Tribunale (con decreto, emesso in sede di volontaria giurisdizione, divenuto definitivo poiché non reclamato entro il termine o per rigetto del reclamo alla Corte d’Appello), la stessa sia inefficace e i sindaci restino in carica.

L’esigenza di garantire ai sindaci la possibilità di agire nella massima indipendenza è assistita, dunque, da una tutela “reale”, in quanto l’approvazione del Tribunale si pone come condizione di efficacia della delibera di revoca, ossia autorizzazione preventiva rispetto alla stessa, così

“impedendo ai soci di rimuovere un sindaco sgradito nella speranza di potere poi risolvere ogni contestazione a posteriori e nell’ottica di un semplice risarcimento pecuniario”¹⁴.

La delibera di revoca, inoltre, deve essere accompagnata da una giusta causa, essendo altrimenti impugnabile, trattandosi di delibera invalida (per alcuni nulla; per altri annullabile)¹⁵.

Se tali considerazioni paiono applicabili alla delibera di revoca in senso stretto (ossia la delibera, di regola, adottata dall’assemblea ordinaria), altrettanto non può dirsi con riferimento alla delibera di

¹² Cfr. P. Magnani, “*sub art. 2400*, in *Commentario alla riforma delle società*” diretto da P. G. Marchetti – L. A. Bianchi – F. Ghezzi – M. Notari, “*Collegio sindacale - Controllo contabile*”, a cura di F. Ghezzi, “*Artt. 2397 – 2409-septies c.c.*”, Egea, pag. 140ss.; G. Cavalli, “*I sindaci*”, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 5, “*Controlli – Obbligazioni*”, Utet, 1988, pag. 50, secondo cui “*alla pronuncia dell’autorità giudiziaria deve riconoscersi portata costitutiva e non semplicemente dichiarativa*”.

¹³ Cfr. Cassazione n. 7264/1999: “*L’impugnazione in sede giurisdizionale, ai sensi dell’articolo 2378, cod. civ., della deliberazione di revoca dei sindaci presuppone che si sia perfezionata la fattispecie complessa descritta dall’articolo 2400, cod. civ., e - quindi - che la deliberazione abbia conseguito l’approvazione del Tribunale prevista dal comma 2, articolo 2400 cit.; approvazione che non rappresenta una semplice verifica formale della regolarità della delibera, ma un atto di volontaria giurisdizione (con il quale viene esercitato un controllo circa l’esistenza della giusta causa) il quale rappresenta una fase necessaria e terminale di una vera e propria sequenza procedimentale preordinata alla produzione dell’effetto della revoca. Da ciò consegue che, in difetto del suddetto presupposto, l’impugnazione suddetta si renda inammissibile, non essendo, d’altronde, ipotizzabile un suo esercizio in via meramente preventiva*”; nel medesimo senso, si veda Tribunale di Milano 8 novembre 1997 e Tribunale Milano 17 gennaio 1970.

¹⁴ Così G. Cavalli, “*I sindaci*”, pag. 47 (12).

¹⁵ Per la nullità della delibera di revoca, in considerazione dell’illiceità dell’oggetto per contrarietà a una norma imperativa volta alla tutela dell’interesse generale al corretto funzionamento della società, cfr. P. Magnani, “*sub art. 2400*”, pag. 142 (12); G. Cavalli, “*I sindaci*”, pag. 51 (12); P. Cuomo, “*sub art. 2400 c.c.*”, in *Le società per azioni – codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadesse – G.B. Portale, 50 I, Giuffrè, 2016, pag. 1522; per l’annullabilità della delibera di revoca non conforme a legge, cfr. M. Libertini, “*sub art. 2400*”, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. D’Alessandro, vol. II, tomo II, Commento agli artt. 2380-2451 del codice civile, Piccin, 2011, pag. 230.

L’accoglimento dell’una o dell’altra tesi comporta l’applicazione di una diversa disciplina quanto alla legittimazione attiva, nonché al termine per l’impugnativa (rispettivamente, 3 anni o 90 giorni dall’iscrizione della delibera nel Registro Imprese, ai sensi degli articoli 2379 e 2377, cod. civ.). Si ritiene, comunque, che fintantoché non sia intervenuto il decreto di approvazione del Tribunale, la delibera non sia impugnabile.

modificazione statutaria che rechi la trasformazione in Srl e, implicitamente, la revoca tacita del collegio sindacale (ove si ritenesse che la trasformazione suddetta non rappresenti una giusta causa di revoca dello stesso). Meno pacifica sembra, infatti, la possibilità di riuscire a impugnare l'intera delibera di trasformazione, una volta avvenuta l'iscrizione della stessa presso il competente Registro Imprese.

L'[articolo 2500-bis](#), cod. civ., disciplinante la c.d. pubblicità sanante della trasformazione, stabilisce che:

“eseguita la pubblicità di cui all'articolo precedente, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato e ai terzi danneggiati dalla trasformazione”.

La pubblicità sanante riconosciuta all'iscrizione, nel Registro Imprese, della delibera di trasformazione (al fine di garantire la certezza del diritto, la stabilità dei rapporti giuridici e l'affidamento dei terzi in ordine alla qualificazione della società) comporta la stabilizzazione degli effetti da essa prodotti e, quindi, l'intangibilità della delibera attraverso gli istituti di diritto comune in tema di invalidazione degli atti negoziali, sicché l'invalidità della stessa non potrebbe più essere pronunciata¹⁶.

In forza di tale disposizione, quand'anche si riuscisse a sostenere che la delibera di trasformazione integri una revoca senza giusta causa dei sindaci, potrebbe ritenersi che la stessa non sia inefficace, né tantomeno nulla o annullabile, bensì stabile in tutti i suoi effetti, potendo i sindaci revocati agire solo per ottenere il risarcimento del danno eventualmente sofferto.

Diversamente, potrebbe sostenersi un'inefficacia o un'invalidità della delibera soltanto parziale, ossia limitata all'implicita revoca del collegio sindacale, ferma restando la validità della delibera stessa quanto all'ulteriore contenuto (la trasformazione in Srl); una simile interpretazione potrebbe condurre ad affermare la conseguente decadenza del neo nominato organo di controllo, a vantaggio di una “reintegrazione” dei sindaci revocati, che continuerebbero a esercitare le proprie funzioni nella trasformata Srl.

In realtà, tale soluzione appare pressoché insostenibile, in quanto la carica sarebbe ormai occupata da un altro soggetto e ciò determinerebbe la decadenza del sindaco subentrato in luogo di quello revocato (in altri termini, il sindaco subentrato dovrebbe considerarsi in carica sotto condizione, in aperto contrasto con il principio di stabilità proprio dell'ufficio). Peraltro, in considerazione dei tempi della giustizia, potrebbe verificarsi che, nell'attesa del giudicato relativo all'impugnazione della delibera di revoca, il mandato del sindaco revocato si sia già concluso.

¹⁶ Peraltro, giova ricordare che l'iscrizione della delibera di trasformazione presso il Registro Imprese è, a oggi, praticamente immediata. L'unico rimedio esperibile, in tal caso, potrebbe essere rappresentato dalla richiesta di un provvedimento cautelare d'urgenza di sospensione degli effetti della deliberazione.

Pare potersi sostenere, dunque, che la *ratio* della norma in esame, volta a garantire - come sopra specificato - la massima indipendenza dei sindaci nello svolgimento delle proprie funzioni, non debba essere strumentalizzata fino al punto di ritenere preclusa ai soci - fino alla scadenza del termine triennale del mandato dei sindaci - la facoltà di adottare modificazioni statutarie che comportino, quale conseguenza indiretta e, dunque, indipendente dalla volontà dei soci stessi, una cessazione anticipata del collegio sindacale in carica.

Come sopra evidenziato, tuttavia, nelle diverse ipotesi prospettabili non vi sono soluzioni affidanti, se non (probabilmente) nei soli casi in cui:

- l'assemblea deliberi la trasformazione della Spa in Srl e, non essendo obbligata alla nomina dell'organo di controllo, scelga di non nominare alcun organo di controllo (evitando, quindi, l'inserimento in statuto della clausola che preveda la nomina facoltativa dello stesso);
- l'assemblea deliberi la trasformazione della Spa in Srl e, contestualmente, essendo obbligata alla nomina dell'organo di controllo, adotti un nuovo testo di statuto il quale contempra espressamente la nomina di un organo di controllo monocratico.

In tali circostanze pare potersi affermare che la deliberata trasformazione comporti la decadenza automatica del collegio sindacale e che, pertanto, essa non implichi alcuna violazione dell'[articolo 2400](#), comma 2, cod. civ., purché la cessazione anticipata del collegio non rappresenti l'unica ragione giustificatrice dell'adottata deliberazione assembleare. Resta ferma, dunque, la possibilità, per i sindaci ingiustamente revocati, di dimostrare che la trasformazione sia stata attuata al solo fine di rimuoverli dal loro incarico, regolando così ogni pretesa su di un piano esclusivamente risarcitorio (in forza della predetta efficacia sanante della pubblicità della delibera nel competente Registro Imprese).

Per contro, nelle ipotesi in cui:

- l'assemblea deliberi la trasformazione della Spa in Srl e, pure non essendo obbligata alla nomina dell'organo di controllo, scelga di nominare un organo di controllo monocratico o collegiale (c.d. facoltativo), mediante l'inserimento in statuto della relativa clausola (ex [articolo 2477](#), comma 1, cod. civ.);
- l'assemblea deliberi la trasformazione della Spa in Srl e, contestualmente, essendo obbligata alla nomina dell'organo di controllo, scelga di nominare un organo collegiale;

sembra doversi ritenere che la cessazione del collegio sindacale in carica passi necessariamente attraverso un consenso degli interessati (dimissioni o risoluzione consensuale e anticipata del rapporto contrattuale), salva l'applicazione della procedura di cui all'[articolo 2400](#), comma 2, cod. civ. (giusta causa di revoca e approvazione del Tribunale).

Infine, qualora la modificazione statutaria fosse stata adottata al solo scopo di rimuovere il collegio sindacale, i sindaci anticipatamente cessati potrebbero fare valere un eventuale abuso di potere, chiedendo l'annullamento della delibera per violazione dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto sociale¹⁷ e, quindi, in forza del generale rimedio offerto dall'[articolo 2377](#), comma 2, cod. civ.¹⁸.

A ciò si aggiunga la possibilità, per i sindaci decaduti, di denunciare al Tribunale, subordinatamente al riconoscimento della loro permanenza in carica, anche il compimento di eventuali gravi irregolarità nella gestione da parte degli amministratori, qualora tali eventi possano arrecare danno alla società stessa (ai sensi dell'[articolo 2409](#), cod. civ.). Si ritiene, infatti, che i sindaci possano essere ritenuti responsabili per omesso esercizio dei poteri-doveri di controllo loro attribuiti dalla legge qualora, pure essendo a conoscenza della condotta inadempiente dell'organo gestorio, abbiano omesso di attivarsi al fine di esercitare prontamente ed efficacemente i propri poteri impeditivi, al fine di evitare la commissione di atti volti a cagionare o a coprire il dissesto della società.

Conclusioni

All'esito delle riflessioni sopra svolte, può ritenersi che l'operazione di trasformazione di Spa in Srl, se sorretta da valide ragioni economiche e giuridiche, in astratto, non comporti rischi di annullabilità della relativa delibera (per violazione dell'[articolo 2400](#), comma 2, cod. civ., per frode alla legge o abuso del diritto), qualora essa dia atto dell'intervenuta decadenza automatica e immediata del collegio sindacale in carica.

Tale conseguenza, tuttavia, non sembra affatto scontata, specialmente nelle ipotesi in cui al collegio sindacale precedentemente nominato si sostituisca un nuovo organo pur sempre collegiale, sia esso obbligatorio o facoltativo.

In ogni caso, al fine di evitare che i sindaci rimossi dal loro incarico possano lamentare un danno, è opportuno che la deliberazione assembleare recante la modifica statutaria esponga le ragioni

¹⁷ Ai sensi degli articoli 1175 e 1375, cod. civ., applicabili al contratto sociale e anche ai rapporti tra maggioranza e minoranza, come sostenuto più volte dalla giurisprudenza; cfr, *ex multis*, Cassazione n. 27387/2005.

Per "abuso di maggioranza" o "abuso di potere", categoria di creazione dottrinale/giurisprudenziale, la giurisprudenza intende, in positivo, il vizio di una delibera assembleare adottata a esclusivo beneficio dei soci di maggioranza a danno di quelli di minoranza e, in negativo, un esercizio fraudolento o ingiustificato del diritto di voto, concretantesi nella intenzionalità specificamente dannosa del voto ovvero nella compressione degli altrui diritti in assenza di un apprezzabile interesse del votante.

¹⁸ Ai sensi della norma citata, "le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti o astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale".

Il riferimento legislativo al collegio sindacale, e non ai sindaci *uti singuli*, avalla l'interpretazione secondo cui il potere di impugnativa spetti all'organo di controllo collegialmente considerato, purché abbia interesse ad agire, e non individualmente ai singoli componenti. Tuttavia, pare potersi affermare che la deliberazione lesiva dei diritti dei sindaci - implicitamente revocati senza giusta causa - possa essere impugnata individualmente anche dai singoli membri del collegio sindacale decaduto.

economico-imprenditoriali, oltre che giuridiche, che hanno condotto all'adozione della stessa. Qualora, per contro, i sindaci revocati riuscissero a dimostrare che la delibera sia stata strumentale alla loro rimozione, essi potrebbero agire per il risarcimento del danno sofferto (il c.d. lucro cessante, consistente nel compenso non percepito per il periodo in cui gli stessi avrebbero conservato il proprio ufficio se non fosse intervenuta la revoca). In tale ultimo caso, si avrebbe una riqualificazione della fattispecie da cessazione legittima e anticipata dell'organo di controllo in revoca tacita e implicita dello stesso senza giusta causa, come tale risarcibile, ferma restando la stabilità degli effetti prodotti dall'intervenuta modificazione statutaria, anche qualora la causa di invalidità della delibera di trasformazione attenga a un vizio di nullità o di annullabilità della medesima.

ec Euroconference
Editoria

Approfitta dell'offerta!
valida fino al 31 ottobre

LE COOPERATIVE SOCIALI

di Romano Mosconi

€ 21,00 anziché € 30,00

Offerta non cumulabile con sconto Privilege ed altre iniziative in corso

ACQUISTA ORA

Aumento del capitale sociale con *earn out* e *bonus shares*

di Manuela Grassi – avvocato, *senior partner*, studio legale Ichino-Brugnatelli e Associati

Matteo Battiston – avvocato, studio legale Ichino-Brugnatelli e Associati

*Sulla scorta della massima del Consiglio notarile di Milano n. 170/2017, l'articolo analizza l'ipotesi di aumento del capitale sociale mediante conferimento in natura avente a oggetto beni aziendali o partecipazioni sociali, con una corrispondente emissione di azioni in 2 tranches, la prima al momento del conferimento e la seconda nel caso del raggiungimento di determinati obiettivi economici connessi all'oggetto del conferimento (c.d. *earn out*). Viene anche considerato il caso di aumento di capitale in denaro e successiva emissione di c.d. *bonus shares* a fronte della permanenza del socio in società per un determinato periodo. Per entrambe le fattispecie vengono poi indicate le differenze esistenti a seconda che le azioni di nuova emissione siano o meno munite di valore nominale.*

La clausola di *earn out* nella prassi contrattuale e societaria

La contrattualistica commerciale avente a oggetto il trasferimento di complessi aziendali e partecipazioni sociali ha sperimentato, mutuandolo dall'esperienza americana, il ricorso alle clausole c.d. di *earn out* (*pricing earn out clause*), mediante le quali le parti convengono che, al momento della stipulazione del contratto, l'acquirente corrisponderà all'alienante un certo corrispettivo e allo stesso tempo differiscono a un momento successivo il pagamento di un corrispettivo ulteriore, a condizione che entro tale momento si verifichino determinate circostanze specificamente concordate¹⁹. Le circostanze dedotte nel contratto, al cui verificarsi è subordinata la corresponsione del secondo corrispettivo, sono legate al raggiungimento di determinati obiettivi economici da parte della società *target* (nei casi di trasferimento di partecipazioni sociali) o da parte dell'acquirente (nei casi di acquisto di un'azienda). La finalità che le parti perseguono tramite le clausole di *earn out* può essere individuata nel bilanciamento tra i contrapposti interessi dell'alienante e dell'acquirente, attraverso un riequilibrio delle asimmetrie informative esistenti fra l'uno e l'altro: il primo, rispetto al secondo, è naturalmente in grado di stimare con maggior cognizione di causa non solo il valore attuale, ma anche e specialmente le potenzialità in termini di futura capacità reddituale

¹⁹ Cfr. F. Bonelli, "Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore", in Dir. comm. internaz., 2007, pag. 293, il quale definisce le clausole *earn out* come quelle che "prevedono un determinato aumento del prezzo convenuto nel caso che, entro un certo termine, si verifichino determinati eventi".

della società *target* o dell'azienda oggetto del contratto; l'acquirente, per parte sua, sarà tenuto al pagamento dell'ulteriore corrispettivo solo quando il maggior valore del bene (inizialmente solo prospettico e aleatorio) si sarà concretizzato e sarà oggettivamente apprezzabile attraverso il raggiungimento degli obiettivi convenuti o il rispetto di altrettanto determinati parametri economici²⁰. Poiché le clausole in discussione sono atipiche (per di più introdotte nella prassi domestica sulla scorta dell'esperienza straniera), la prima questione giuridica che le riguarda non può che essere quella della loro validità ai sensi dell'ordinamento civile italiano, questione che riceve dagli interpreti risposta positiva a condizione che siano determinate o determinabili entrambe le componenti del corrispettivo che dovranno essere versate nei 2 momenti in cui si articola la fase esecutiva del contratto (un primo pagamento alla stipula o nel diverso termine previsto dal contratto, un secondo pagamento al raggiungimento dell'obiettivo convenuto)²¹; altrettanto determinato o determinabile dovrà essere il fatto dedotto nella clausola quale presupposto per il pagamento dell'*earn out*, pena la nullità della stessa per indeterminatezza dell'oggetto. Il ricorso a clausole di *earn out* è presente nella prassi societaria, nel contesto di operazioni di aumento di capitale mediante conferimenti in natura (aventi a oggetto complessi aziendali o partecipazioni sociali), qualora sia riconosciuto al conferente, oltre alle azioni emesse a fronte dell'aumento di capitale, il pagamento di una somma di denaro subordinatamente al raggiungimento di particolari risultati economici (quali, ad esempio, un determinato valore dell'Ebitda nel periodo di riferimento convenuto); gli accordi tra conferente e conferitaria possono anche prevedere importi a titolo di *earn out* in misura via via maggiore in relazione al raggiungimento di risultati economici anch'essi crescenti.

La massima n. 170 del Consiglio notarile di Milano

Il ricorso al meccanismo dell'*earn out* è stato di recente fatto oggetto di analisi da parte del Consiglio notarile di Milano, il quale, con la massima n. 170/2017, ha trattato le seguenti 4 ipotesi di aumento del capitale sociale:

1. aumento di capitale tramite conferimento in natura, con attribuzione al conferente, a titolo di *earn out*, di azioni munite di valore nominale;

²⁰ In tal senso cfr. S. Cirino Pomicino, "Clausola di *earn out*", in Confortini, Clausole negoziali, Milano, 2017, pag. 989 ss., spec. pag. 995 ss.; l'autore individua, quale ulteriore funzione della clausola di *earn out* e con specifico riferimento al trasferimento di partecipazioni sociali, quella di incentivare le *performance* del *management*, nei non infrequenti casi in cui la società *target* rientri nel novero delle pmi, "vi sia una stretta commistione, se non addirittura una confusione, tra proprietà e management" e gli accordi con l'acquirente prevedano il mantenimento, per un certo periodo di tempo, del medesimo *management* al fine di consentire una continuità nella gestione dell'impresa nelle prime fasi successive al trasferimento (situazione in cui il conseguimento di determinati obiettivi economici da parte della società *target* coincide con l'interesse del *manager* non in quanto tale, ma in quanto precedente titolare della partecipazione sociale venduta, oltre che titolare del diritto condizionato a conseguire l'ulteriore corrispettivo a titolo di *earn out*).

²¹ Cfr. S. Cirino Pomicino, pag. 994; De Nova, "Il sale and purchase agreement: un contratto commentato. Lezioni di diritto civile", Torino, 2011, pag. 139; A. Tina, "Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie", in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 2007, pag. 137.

2. aumento di capitale tramite conferimento in denaro, con la previsione dell'attribuzione al socio di un certo quantitativo di *bonus share* con valore nominale al verificarsi di determinate condizioni soggettive;
3. aumento di capitale mediante conferimento in natura e riconoscimento al conferente, a titolo di *earn out*, di azioni prive di valore nominale;
4. aumento di capitale tramite conferimento in denaro, con eventuale attribuzione al socio di *bonus share* prive di valore nominale.

Delle ipotesi considerate nella massima in commento, la prima è quella che desta il maggior interesse sul piano giuridico, rivestendo carattere paradigmatico (anche nell'impostazione adottata dal Consiglio notarile nella motivazione della massima) rispetto alle 3 seguenti, le quali costituiscono ipotesi o in tutto e per tutto accomunabili alla prima (quella di cui al n. 2 del precedente elenco) oppure casi in cui l'applicabilità del particolare regime giuridico individuato per la prima ipotesi è radicalmente escluso (quelli di cui al n. 3 e al n. 4). Di conseguenza, anche ai fini della trattazione seguente si avrà riguardo principalmente all'ipotesi di aumento di capitale mediante conferimento in natura ed eventuale riconoscimento di un *earn out* in azioni con valore nominale. Come anticipato, la massima in commento ha anzitutto preso in considerazione l'ipotesi di aumento di capitale mediante conferimento di un bene in natura (un'azienda, un suo ramo, una partecipazione sociale) a fronte del quale sia prevista l'attribuzione al conferente di un numero aggiuntivo di azioni munite di valore nominale in un momento successivo a quello della sottoscrizione, condizionatamente al raggiungimento di specifici risultati economici connessi al bene oggetto del conferimento²².

²² Si riporta di seguito il testo integrale della massima: *"In caso di aumento di capitale con conferimenti in natura è legittimo prevedere l'emissione, con efficacia in un momento successivo alla sottoscrizione dell'aumento, di un numero di azioni ulteriori rispetto a quelle emesse nel momento della sottoscrizione, al verificarsi di condizioni inerenti l'oggetto del conferimento, quali ad esempio il raggiungimento di determinati risultati economici dell'azienda conferita o della società le cui partecipazioni sono state conferite (così realizzando un effetto analogo al c.d. «earn out» dei contratti di compravendita di aziende o partecipazioni). Siffatta pattuizione, in presenza di azioni con valore nominale, comporta una successiva e ulteriore variazione del capitale sociale, ed è pertanto subordinata alla circostanza che la relazione di stima ai sensi dell'articolo 2343, cod. civ. (o ai sensi dell'articolo 2343-ter, cod. civ.) attesti che il valore di quanto conferito sia almeno pari all'ammontare dell'aumento di capitale comprendente anche l'importo dell'earn out. Diversamente, qualora la società abbia azioni prive di indicazione del valore nominale, la deliberazione che prevedesse la successiva (ed eventuale) emissione di nuove azioni a favore del sottoscrittore potrebbe disporre la sola variazione del numero di azioni di compendio dell'aumento di capitale, mantenendo fermo l'importo dell'aumento di capitale (con conseguente riduzione della parità contabile delle azioni precedentemente emesse), senza necessità della ulteriore «copertura» da parte della relazione di stima. È altresì legittimo che in caso di aumento di capitale in denaro la deliberazione di aumento preveda l'emissione, con efficacia in un momento successivo alla sottoscrizione dell'aumento, di un numero di azioni ulteriori rispetto a quelle emesse nel momento della sottoscrizione, al verificarsi di condizioni «soggettive» inerenti ciascun sottoscrittore, quali ad esempio la mancata alienazione delle azioni sottoscritte per un determinato periodo di tempo (dando così luogo all'emissione delle c.d. «bonus shares», talvolta previste per premiare la «fedeltà» dei nuovi azionisti nel periodo successivo a un aumento di capitale). In tal caso, in mancanza di indicazione del valore nominale delle azioni, la deliberazione di aumento può limitarsi a prevedere l'incremento del numero di azioni emesse a fronte del medesimo conferimento in denaro, senza alcuna modifica dell'importo dell'aumento, bensì con conseguente riduzione della parità contabile delle azioni precedentemente emesse. Diversamente, qualora la società avesse azioni con indicazione del valore nominale, l'emissione delle bonus shares comporterebbe una ulteriore variazione dell'importo dell'aumento che dovrebbe pertanto essere «coperto» da quanto versato dai sottoscrittori in sede di liberazione delle azioni iniziali (dovendosi infatti imputare a capitale, al momento dell'emissione delle bonus shares, una corrispondente parte della riserva vincolata creatasi con l'aumento stesso). In ciascuno dei casi succitati, la relazione degli amministratori e il parere di congruità del collegio sindacale (o della società di revisione) previsti dall'articolo 2441, comma 6, cod. civ. - ove non rinunciati dall'unanimità dei soci - devono riferirsi al numero massimo delle azioni oggetto di emissione, comprensivo quindi di quelle da assegnare a titolo di earn out o di bonus shares". Il testo della massima, seguito dalla motivazione, è reperibile all'indirizzo web <https://www.consiglionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/170.aspx>.*

L'ipotesi presa in considerazione è dunque, in sostanza, quella in cui l'*earn out* è costituito non da una somma di denaro (come nei casi sopra ricordati), bensì da un ulteriore numero di azioni dotate di valore nominale, attribuite al conferente al raggiungimento dell'obiettivo economico dedotto nella relativa pattuizione.

La massima in discussione evidenzia come, quando l'*earn out* riconosciuto a chi conferisce beni in natura è costituito da un numero aggiuntivo di azioni della conferitaria, l'operazione possa considerarsi conforme al diritto soltanto a condizione che siano rispettate le disposizioni contenute negli articoli [2343](#) e [2343-ter](#), cod. civ. (richiamati dall'[articolo 2440](#), cod. civ. in tema di aumento di capitale), le quali disciplinano le procedure per la valutazione dei beni (o dei crediti) conferendi, con il fine di assicurare la corrispondenza tra il valore di ciò che è conferito e l'ammontare del capitale sociale all'esito del conferimento, tenuto conto dell'eventuale soprapprezzo.

Il Consiglio notarile di Milano ha affermato che il rispetto degli articoli 2343 e 2343-ter, cod. civ. possa essere assicurato qualora la stima del bene, effettuata ai sensi delle suddette norme, attesti che il suo valore è almeno pari all'aumento di capitale sociale a fronte del quale vengono emesse e attribuite al conferente entrambe le *tranches* di azioni, quella iniziale e quella a titolo di *earn out*.

Ciò sarebbe possibile, secondo quanto chiarito nelle motivazioni della massima, in 2 circostanze:

1. nell'ipotesi in cui la relazione giurata attesti che il valore attuale del bene è sin da subito idoneo a coprire l'intero aumento del capitale, comprendendo anche il valore nominale delle azioni assegnate successivamente, nel qual caso la prima *tranche* di azioni sarebbe assegnata in una misura concordata inferiore al totale, mentre l'assegnazione della seconda *tranche*, già deliberata, sarebbe effettuata al raggiungimento dell'obiettivo economico dedotto dalle parti²³, con imputazione a capitale della riserva di soprapprezzo costituita in misura pari alla differenza tra il valore iniziale del bene e quello nominale della prima *tranche* di azioni;
2. nell'ipotesi in cui la relazione attesti che il conferimento ha un valore attuale inferiore all'aumento di capitale (in grado, in particolare, di coprire l'assegnazione della sola prima *tranche* di azioni) e che tuttavia, in base a un giudizio prognostico, il conferimento potrà coprire l'intero aumento di capitale (quindi anche la successiva assegnazione di azioni) in un secondo momento, in virtù di un incremento del proprio valore la cui verifica, per non essere subordinata alla necessità di una seconda relazione di

²³ Si riporta per un immediato riscontro il testo della motivazione alla massima: "La società A conferisce alla società B un ramo d'azienda, il cui valore attuale è stimato pari a 125.000 euro, e come tale attestato anche dall'esperto ai sensi dell'articolo 2343, cod. civ.. A fronte del conferimento, la società B delibera l'emissione immediata di n. 100.000 azioni del valore nominale di 1 euro ciascuna, nonché l'emissione successiva, entro 18 mesi dal conferimento, di ulteriori n. 25.000 azioni a titolo di *earn out*, subordinatamente alla verifica che al termine dell'esercizio successivo la società abbia un Ebitda non inferiore alla soglia ritenuta ragionevole al momento del conferimento. Come si vede, in tal caso la relazione peritale attesta che il valore attuale del ramo d'azienda è tale da coprire sia la prima emissione, sia la seconda emissione (e il relativo aumento di capitale)".

stima ex articoli [2343](#) e [2343-ter](#), cod. civ., dovrà essere ancorata a risultati economici il cui raggiungimento (o mancato raggiungimento) possa essere valutato sulla scorta di parametri il più possibile oggettivi.

Come anticipato, la massima in discussione afferma inoltre che i medesimi principi possano valere nell'ipotesi di aumento di capitale in denaro e successiva emissione di c.d. *bonus share*, vale a dire quelle azioni assegnate ai soci quale meccanismo premiale a fronte di determinati comportamenti di questi ultimi (tipicamente, il mantenimento delle azioni iniziali per un determinato periodo di tempo, al fine di remunerare la "fedeltà" del socio), laddove le azioni siano munite di valore nominale e alla loro emissione corrisponda quindi necessariamente un aumento del capitale sociale.

Il Consiglio differenzia inoltre i casi di aumento di capitale con successivo riconoscimento di *earn out* o *bonus share* in forma di azioni con valore nominale dalle corrispondenti ipotesi in cui le azioni siano prive di valore nominale (ai sensi dell'[articolo 2346](#), comma 3, cod. civ.): in tal caso, infatti, le cautele di cui sopra, con riferimento al rispetto degli articoli 2343 e 2343-ter, cod. civ., non hanno ragione di porsi in termini cogenti, perché all'emissione delle nuove azioni a titolo di *earn out* (o di *bonus share*) non necessariamente si accompagna un aumento del capitale sociale, potendosi semplicemente produrre una riduzione della parità contabile di tutte le altre azioni già emesse.

Le riflessioni contenute nella massima in commento esprimono l'esigenza, avvertita dal Consiglio notarile estensore della medesima, di offrire alla prassi societaria strumenti il più possibile flessibili per il perseguimento dei propri obiettivi economici, considerato in particolare che il meccanismo dell'*earn out* può svolgere un ruolo tanto più significativo in quanto l'oggetto del conferimento inerisca a *start up* o comunque ad attività imprenditoriali caratterizzate da un notevole grado di innovatività, il cui valore si assume essere destinato a crescere significativamente nel tempo.

L'esame del dato normativo attuale mette però in luce alcuni possibili limiti e alcune criticità a cui le fattispecie in discussione possono andare incontro.

Tali rilievi prendono le mosse dall'[articolo 2342](#), comma 3 cod. civ., ai sensi del quale le azioni da emettere a fronte di un conferimento in natura devono essere integralmente liberate al momento della sottoscrizione.

Se tale è il dettato normativo, delle due l'una: o il valore del bene conferito copre, alla data del conferimento stesso, il valore nominale di tutte le azioni di nuova emissione e quindi l'importo complessivo dell'aumento di capitale (al netto di eventuali imputazioni a soprapprezzo), oppure la norma non appare rispettata.

Qualora, come nella seconda delle fattispecie ipotizzate dal Consiglio notarile, il valore iniziale del bene conferito risultante dalla relazione di stima sia per definizione (e, verrebbe da dire, “programmaticamente”) inferiore all’aumento di capitale complessivamente deliberato, concretizzandosi solo in un successivo momento (al raggiungimento degli obiettivi economici concordati) l’aumento di valore che concorre a coprire l’intera emissione, le azioni appartenenti alla seconda *tranche* (quelle eventualmente assegnate a titolo di *earn out*) non potrebbero ritenersi liberate al momento del conferimento, non realizzandosi quindi le condizioni di cui all’[articolo 2342](#), comma 3 cod. civ.; è appena il caso di notare che, essendo il raggiungimento dei suddetti obiettivi economici meramente eventuale, la copertura dell’aumento del capitale sociale potrebbe anche non realizzarsi mai.

Tali problematiche non si pongono nel caso inverso, corrispondente alla prima fattispecie ipotizzata dal Consiglio notarile, in cui la relazione di stima attesta un valore attuale del bene in natura pari almeno all’importo dell’aumento di capitale (salvo subordinare l’assegnazione al conferente di una parte delle corrispondenti azioni al raggiungimento futuro di determinati obiettivi economici connessi al bene conferito): in tal caso è infatti evidente che le azioni di nuova emissione sono da subito integralmente liberate.

Con riferimento a quest’ipotesi, si scorgono tuttavia 2 ulteriori criticità.

La prima, di ordine eminentemente pratico, riguarda la stessa convenienza economica dell’operazione per il conferente: appare infatti difficilmente negabile che costui, pur avendo conferito un bene del valore attuale pari a quello attestato dalla relazione giurata dell’esperto, riceva inizialmente un numero di azioni meno che proporzionale a tale valore, restando esposto al rischio di ricevere in via definitiva azioni per un valore inferiore a quello del bene conferito qualora non si verificano le condizioni per il riconoscimento della seconda *tranche* di azioni; invero un’operazione del genere (che risulta addirittura difficilmente riconducibile al meccanismo premiale dell’*earn out*) potrebbe risultare appetibile per il conferente solo nel caso in cui egli ritenga che la relazione giurata abbia sottostimato in misura significativa il valore del bene oggetto del conferimento.

La seconda criticità, evidenziata dallo stesso Consiglio notarile nella motivazione alla massima, riguarda il caso in cui, tra la data del conferimento e il raggiungimento degli obiettivi economici dedotti quale presupposto per il riconoscimento delle azioni a titolo di *earn out*, le riserve appostate a successiva copertura dell’aumento di capitale corrispondente alla seconda *tranche* di azioni siano state completamente erose per effetto di successive perdite d’esercizio, cosicché l’aumento di capitale si ritrovi senza copertura alcuna.

L'aumento di capitale con *earn out* alla luce della disciplina del contratto condizionale

Se, come ritenuto dalla generalità degli interpreti, ai conferimenti sociali deve essere attribuita una natura sostanzialmente contrattuale²⁴, le operazioni di aumento del capitale mediante conferimenti in natura e riconoscimento di *earn out* - in cui l'efficacia dell'obbligazione della società di attribuire al conferente un certo numero di azioni è sospensivamente o risolutivamente condizionata al verificarsi di un evento successivo e incerto, vale a dire il raggiungimento dell'obiettivo economico -, assumono la veste di contratti condizionali, imponendo di conseguenza all'interprete di verificarne la rispondenza alle norme di legge (articoli [1353-1361](#), cod. civ.) che disciplinano tali fattispecie.

Ferme restando le criticità evidenziate nel paragrafo precedente, le norme del codice civile in materia di contratto condizionale forniscono alcuni utili spunti in ordine ai contenuti pattizi che presiedono a operazioni societarie come quelle in discussione e ai comportamenti delle parti coinvolte.

Ai sensi dell'[articolo 1354](#), cod. civ. in materia di condizioni impossibili, si può ritenere che qualora l'obiettivo economico al quale le parti hanno inteso subordinare il riconoscimento delle azioni a titolo di *earn out* appaia *prima facie* irragionevole (nel senso che, sulla scorta di valutazioni prognostiche, risulti irraggiungibile entro il termine pattuito), possa trovare applicazione la sanzione di cui ai commi 2 e 3, nel senso che la relativa pattuizione s'intenderà nulla oppure non apposta, a seconda che si tratti rispettivamente di condizione sospensiva (fattispecie alla quale si ritiene che possa essere ricondotta l'ipotesi del conferimento di un bene di valore attuale inferiore all'importo dell'aumento di capitale, eventualmente al netto del soprapprezzo) o risolutiva (nell'ipotesi in cui sia conferito un bene di valore attuale pari all'aumento di capitale, ma ciò nonostante l'attribuzione della seconda *tranche* di azioni sia subordinata al raggiungimento dell'obiettivo); l'applicazione della norma nei termini appena descritti avrebbe sempre quale effetto quello di una corrispondenza tra il valore nominale delle azioni attribuite al conferente e il valore attuale del bene, alla data del conferimento.

Ai sensi dell'[articolo 1357](#), cod. civ., inoltre, è lecito sostenere che il conferente, nel periodo di tempo intercorrente tra il conferimento e il raggiungimento dell'obiettivo economico posto quale condizione dell'*earn out*, possa alienare le azioni oggetto della seconda *tranche*, ferma restando in tal caso la subordinazione degli effetti dell'alienazione all'avveramento della condizione.

²⁴ Ai fini della presente trattazione è poco rilevante sciogliere la questione, dibattuta, se il conferimento in natura costituisca una fattispecie riconducibile a un contratto di scambio (in particolare la permuta) oppure a un contratto con comunione di scopo. Sul punto cfr. tra gli altri V Giorgi, "I conferimenti in natura nella s.p.a.", in Nuova giur. civ. comm., 1997, II, p. 396 ss., spec. pag. 397; C.B. Vanetti, "Aspetti societari del conferimento d'azienda", in Soc., 2000, p. 1066 ss., spec. pag. 1067.

Rileva infine il contenuto dell'[articolo 1360](#), comma 1, cod. civ., ai sensi del quale gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo della stipula, salvo che ciò non sia incompatibile con la natura dell'atto o che le parti non abbiano pattuito diversamente.

Tra gli effetti del trasferimento di azioni che appaiono incompatibili con la generale previsione di retroattività dell'avveramento della condizione vi è l'attribuzione al socio dei diritti amministrativi connessi all'azione stessa: in particolare, appare difficile sostenere che il socio possa esercitare il diritto di voto nelle assemblee che eventualmente si svolgano nel periodo di tempo tra il conferimento del bene e l'eventuale riconoscimento dell'*earn out* anche per la porzione di azioni di successiva attribuzione, ciò che introdurrebbe peraltro gravi turbative nei meccanismi di funzionamento della società (si pensi al caso in cui il *quorum* deliberativo non sia raggiunto pur con il voto favorevole del socio conferente, ma che, a seguito dell'attribuzione delle azioni a titolo di *earn out*, l'accresciuto peso del voto di tale socio sia tale che, se esso fosse stato conteggiato in tale misura *ab initio*, il *quorum* sarebbe stato raggiunto).

Anche al fine di evitare situazioni d'incertezza e scoraggiare la litigiosità all'interno della compagine sociale, appare peraltro opportuno che tali profili siano preventivamente affrontati e formalizzati dalle parti.

È, infine, appena il caso di rilevare come l'applicabilità delle disposizioni di cui sopra prescinda dalla circostanza che le azioni riconosciute a titolo di *earn out* siano o meno munite di valore nominale.



EVOLUTION
Euroconference

Ogni giorno ti diamo le risposte che cerchi,
calde come il tuo primo caffè.

Aggiornamenti, approfondimenti e operatività,
in un unico portale realizzato da
professionisti per i professionisti.

richiedi la prova gratuita per 15 giorni >

Designed by valeria_aisalova / Freepik

La rivista delle operazioni straordinarie n. 10/2018

Lo stato dell'arte in tema di ammissibilità della compensazione del credito del socio con il debito da sottoscrizione

di Federico Colognato - avvocato

Valeria Marocchio - dottoressa in giurisprudenza

L'attuale situazione di crisi finanziaria ha posto l'attenzione circa le modalità e le fonti con cui procedere alla consolidazione (o al ripristino) del merito creditizio delle società che operano all'interno del panorama economico italiano.

Come noto, un'impresa è tanto più affidabile economicamente e finanziariamente, quanto più consistente è la sua dotazione patrimoniale.

Una delle modalità con cui rafforzare il capitale sociale (principale voce di riferimento per la valutazione dell'affidabilità delle società) è l'aumento di capitale mediante compensazione tra il debito da conferimento e il credito vantato dal socio nei confronti della società.

L'aumento del capitale sociale, mediante compensazione, è probabilmente la più discussa modalità con cui attuare tale operazione straordinaria.

Nel presente scritto si illustreranno le principali tesi e argomentazioni sostenute dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dai Consigli notarili, segnalando la sussistenza di alcune problematiche in ordine ai possibili risvolti fiscali.

L'operazione straordinaria dell'aumento di capitale, le entità conferibili e la compensazione

Come noto, l'aumento di capitale è l'operazione straordinaria volta a incrementare il capitale di cui è dotata la società, mediante l'apporto di nuovi conferimenti (e, quindi, comportando anche la modifica del patrimonio netto della società)²⁵, ovvero con la semplice imputazione a capitale di riserve o altri fondi (se e in quanto disponibili) già presenti nel bilancio societario²⁶. L'aumento "reale" del capitale sociale comporta anche l'aumento del patrimonio netto della società (che è incrementato in misura pari

²⁵ C.d. aumento a pagamento o reale od oneroso.

²⁶ C.d. aumento gratuito o nominale.

al valore di quanto conferito), mentre l'aumento "nominale" del capitale è una mera operazione contabile, senza alcuna variazione del patrimonio netto sociale (la società, infatti, non è dotata di alcuna nuova risorsa, ma è soltanto imputata a capitale una riserva o fondi disponibili già iscritti in bilancio). Dalle norme codicistiche in tema di aumento del capitale sociale oneroso, per "conferimenti" devono intendersi i beni giuridici che i soci si obbligano ad attribuire alla società per partecipare al contratto societario e per dotare la società delle risorse necessarie per lo svolgimento dell'attività d'impresa che ne costituisce l'oggetto²⁷. Per quanto riguarda i beni conferibili, l'[articolo 2247](#), cod. civ. adotta una formulazione assai generica, non prevedendo alcuna caratterizzazione o esclusione di sorta per beni diversi dal denaro. In particolare, l'[articolo 2464](#), comma 2, cod. civ., dispone che, a condizione che l'atto costitutivo/statuto societario contenga una disposizione che ammetta la possibilità di conferire beni diversi dal denaro, "*Possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica*"²⁸.

La clausola statutaria autorizzativa costituisce, dunque, il presupposto logico-giuridico per il riconoscimento dell'ammissibilità del conferimento (sia in sede di costituzione della società che in sede di aumento del capitale delle medesime) di entità quali beni altrui e beni futuri; prestazioni d'opera e servizi; contratti; obbligazioni di *facere*; prestazione di fidejussioni, ipoteche o garanzie in genere a favore delle obbligazioni della società conferitaria; proprietà intellettuale; conferimento di beni in natura e di crediti²⁹. Con particolare riguardo alla compensazione di crediti, preliminarmente deve osservarsi che il codice vigente disciplina espressamente l'istituto della compensazione (volontaria, legale o giudiziale) agli articoli [1241](#) e ss., cod. civ., qualificandola quale fattispecie estintiva (diversa dall'adempimento) di 2 obbligazioni aventi a oggetto crediti reciproci³⁰.

Il fondamento dell'istituto giuridico della compensazione è da rinvenirsi nel principio dell'economia degli adempimenti, volto a evitare che le parti debbano eseguire prestazioni comunque destinate a elidersi in modo diretto e immediato. La compensazione può essere legale, giudiziale o volontaria, a seconda che essa operi in forza di legge, di provvedimento del giudice o per volontà delle parti³¹.

²⁷ Sul punto si veda F. Ferrara, F. Corsi, "*Gli imprenditori e le società*", Milano, 2001, pag. 222 e ss..

²⁸ Cfr. articolo 2464, comma 2 e 3, cod. civ. "*2. Possono essere conferiti tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica. 3. Se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro.*".

²⁹ In ordine all'ammissibilità del conferimento di crediti, si veda articolo 2481-bis, comma 4, seconda parte, cod. civ. "*Per i conferimenti di beni in natura o di crediti si applica quanto disposto dal quinto comma dell'articolo 2464*".

³⁰ Si ricordi che l'autonomia privata può estinguere per compensazione reciproci rapporti obbligatori, ovvero, ex articolo 1246, n. 4, cod. civ., impedire *ex ante* l'operatività dell'istituto. Con il contratto compensativo le parti manifestano la volontà di estinguere le obbligazioni reciproche una in funzione dell'altra, modificando o concretando il contenuto dei rispettivi rapporti (o anche soltanto di uno di essi) (si pensi alla eventuale rinuncia a una condizione o a un termine, alla determinazione di un *quantum* incerto, al fine di rendere i crediti omogenei tra loro).

³¹ Cfr., per tutti, C.M. Bianca, "*L'obbligazione*", Milano, 1995, pag. 467 e ss., E. Guerinoni, "*La compensazione*", in le obbligazioni, M. Franzoni (a cura di), I, Torino, 2004, pag. 509 e ss..

L'istituto della compensazione può trovare applicazione anche all'interno di operazioni sul capitale. Nel caso dell'aumento del capitale sociale reale (o a pagamento), in particolare, il socio attuerebbe il proprio conferimento mediante la compensazione di un proprio preesistente credito (al cui adempimento sarebbe tenuta la società quale soggetto passivo) con il debito da sottoscrizione (nascente dall'operazione sul capitale alla quale il socio abbia dichiarato di aderire).

L'utilità che, in ambito societario, potrebbe derivare dall'utilizzo dell'istituto della compensazione a liberazione della parte di capitale sottoscritta in sede di aumento di capitale³² è palese: si eviterebbe lo scambio superfluo di denaro che avverrebbe qualora la società pagasse i soci creditori e, contestualmente, si vedesse restituire la stessa somma dal socio a titolo di versamento da conferimento. La tematica è stata, tuttavia, a lungo foriera di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza.

La compensazione quale conferimento - in dottrina

Il problema relativo all'ammissibilità o meno della compensazione in ambito societario è stato affrontato in ambito dottrinario, dove si è assistito all'affermarsi di 2 tesi radicalmente antitetiche³³.

Un primo orientamento³⁴ ritiene che sia inammissibile l'istituto della compensazione in ambito societario e, in particolare, in tutte le operazioni sul capitale sociale.

La compensazione, infatti, sarebbe lesiva del principio generale del diritto societario che impone necessariamente, nelle società di capitali, la corrispondenza contabile tra capitale nominale e capitale reale: un aumento di capitale, eseguito mediante compensazione, non potrebbe definirsi "oneroso" o "reale" in quanto non vi sarebbe alcun apporto patrimoniale effettivo e si creerebbe un capitale sociale "fittizio"³⁵. Comportando mere eliminazioni di poste contabili dal bilancio della società, non

³² La dottrina e la giurisprudenza sono invero quasi unanimi nell'affermare che la compensazione non è utilizzabile in sede di costituzione della società con riferimento ai versamenti iniziali. Si veda sul punto P.G. Marchetti, "Commentario alla Riforma delle società, art. 2464, 125 ss."; N. Atlante, "Compensazione del credito del socio con il debito da sottoscrizione", in *Soc.*, 1995, pag. 48 e ss.; in giurisprudenza *ex multis* Cassazione n. 936/1996 e n. 936/1996 "la compensazione tra debito di conferimento e credito verso la società non può avvenire in relazione al capitale originario - né per il versamento dei decimi prescritti dall'articolo 2329, cod. civ., perché la società ancora non esiste, né per i versamenti successivi, perché i conferimenti iniziali possono essere costituiti solo da beni idonei a formare oggetto di garanzia patrimoniale".

³³ Per una ricostruzione completa delle varie tesi sostenute vedasi, Si veda *ex multis*, V. Manzo, "L'aumento di capitale mediante compensazione tra il debito da conferimento ed il credito vantato dal socio nella s.r.l.", in *Notariato*, 2013, III, pagg. 457 e ss.. Per completezza, si tenga presente che vi sarebbe anche una tesi "intermedia", sostenuta da F. Di Sabato, "Sulla estinzione per compensazione del debito di conferimento", in *Contr. e Impr.*, 1995, pag. 670 e ss., secondo cui sarebbe ammissibile in ambito societario la sola compensazione c.d. volontaria (articolo 1252, cod. civ.) non potendosi considerare i crediti propriamente omogenei e certi (il credito del socio "non è legalmente certo, secondo il grado di certezza che il Legislatore richiede per i conferimenti diversi dal denaro").

³⁴ G. Simonetto, "Prestazione del socio e compensazione", in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, pag. 237 e ss.; G. Ferri, "Manuale di diritto commerciale", Torino, 1988, pag. 357 e ss.; F. Di Sabato, "Sulla estinzione per compensazione del debito di conferimento", in *Contr. e Impr.*, 1995, pag. 669 e ss.; G. Vasquez, "Il c.d. aumento di capitale mediante compensazione, natura giuridica e disciplina applicabile", in *Giur. Comm.*, 1994, I, pag. 275 e ss.; G. Frè, "Società per azioni", in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, pag. 142 e ss..

³⁵ Trattandosi di una mera operazione contabile, vi sarebbe peraltro il rischio di creare un capitale sociale "fittizio".

realizzerebbe nemmeno un incremento della garanzia patrimoniale dei creditori e anzi potrebbe pregiudicare la *par condicio creditorum*³⁶.

Dal punto di vista civilistico, poi, non si tratterebbe nemmeno di una vera e propria compensazione legale (poiché lo *status* di creditore della società e lo *status* di socio attengono a differenti posizioni giuridiche³⁷) e, quindi, non ricorrendo l'identità giuridica tra creditore e debitore nei confronti della società³⁸, non vi sarebbero i presupposti legali per l'operare della compensazione.

La prestazione cui è tenuto il socio, in forza della sottoscrizione effettuata dal medesimo in sede di aumento, rientrerebbe fra le ipotesi di compensazione vietate dal Legislatore ai sensi dell'[articolo 1246](#), comma 1, n. 6), cod. civ.³⁹. Infine, un divieto normativo "espreso" (che, ex articolo 1246, comma 1, n. 5, cod. civ., importerebbe la nullità dell'operazione giuridica in analisi) sarebbe individuabile nel disposto di cui all'[articolo 2423-ter](#), comma 6, cod. civ., norma che importa il divieto in ordine alla compensabilità delle partite dello Stato patrimoniale e del Conto economico. L'orientamento opposto ritiene invece senz'altro ammissibile la compensazione in ambito societario⁴⁰.

In primis l'operatività della compensazione in ambito societario non è vietata espressamente da alcuna norma, per cui non è applicabile il disposto di cui all'[articolo 1246](#), comma 1, n. 5), cod. civ. né, in particolare, dal n. 2), poiché le ipotesi di crediti incompensabili sono tassative, rappresentando eccezioni al regime legale di compensabilità dei crediti. Viene rilevato, altresì, che la compensazione non viola i principi inderogabili in ordine alla formazione del capitale sociale: l'[articolo 2423-ter](#), comma 6, cod. civ., che vieta i compensi di partite, costituisce «una regola ragionieristica di corretta contabilità in funzione dell'attuazione dell'essenziale principio di verità e trasparenza del bilancio»⁴¹ (senza pregiudizio alcuno per

³⁶ In sede di fallimento della società, peraltro, l'operazione in discorso pregiudicherebbe la *par condicio creditorum*, in quanto il socio si troverebbe in una posizione di privilegio rispetto agli altri creditori, essendo stato immediatamente e interamente soddisfatto del credito di cui era titolare.

³⁷ In tale rapporto, il soggetto non interviene quale socio, ma come creditore *uti tertius* della società e, quindi, alla stessa estraneo.

³⁸ Il "terzo", infatti, seppur concretamente è la medesima persona (cioè il socio), giuridicamente vanta una posizione attiva e passiva nei confronti della società ma in forza di 2 distinti rapporti obbligatori in cui compare con diversa qualità giuridica.

³⁹ Articolo 1246, cod. civ. "La compensazione si verifica qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i casi: ... 2) di credito per la restituzione di cose depositate o date in comodato; ...", discutendosi poi se il la prestazione del socio rientri nel deposito (evidentemente, nella *species* del deposito c.d. "irregolare") ovvero nell'ipotesi del comodatario.

⁴⁰ G. Visentini, "Sulla estinzione per compensazione del debito del socio per conferimento", in *Foro it.*, 1939, I, pag.741 e ss.; F. Martorano, "Debito per conferimento in società e compensazione", in *Foro it.*, 1953, I, pag. 831 e ss.; C. Graziani, "Sull'ammissibilità della compensazione tra credito del socio verso la società e credito della società per decimi non versati", in *Studi di diritto civile e commerciale*, I, Napoli, 1953, pag. 493 e ss.; F. Montanari, "L'aumento di capitale sociale mediante compensazione", in *Riv. Soc.*, 1967, pag. 998 e ss.; C. Angelici, "Appunti sull'articolo 2346, cod. civ., con particolare riguardo al conferimento mediante compensazione", in *Giur. comm.*, 1988; V. Salafia, "Aumento di capitale e conferimento di crediti", in *Società*, 1988, pag. 225 e ss.; M.S. Spolidoro, "Commento al D.P.R. 10 febbraio 1986 n. 30", in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, pag. 178 e ss.; M. Maltoni, "Compensazione del credito del socio verso la società con il debito sorto a suo carico a seguito della sottoscrizione del capitale sociale", in *Giur. comm.*, 1994, II, pag. 206 e ss.; N. Atlante, "Compensazione del credito del socio con il debito da sottoscrizione", in *Notariato*, 1995, pag. 46 e ss.; F. Lamanna, "Debiti di conferimento del socio e compensazione", in *il Fallimento*, 1995, pag. 598 e ss.; F. Brufani, "L'aumento del capitale sociale mediante compensazione", in *Riv. Not.*, 1995, pag. 1341 e ss.; F. Di Sabato, "Sulla estinzione per compensazione del debito di conferimento", in *Contratto e impresa*, 1995, pag. 656; A. Bortoluzzi, "Delibera di aumento di capitale per compensazione o eseguita in compensazione?", in *Riv. not.*, 2002, pag. 663 e ss.; M.S. Spolidoro, "I conferimenti in danaro, in *Trattato delle società per azioni*", I, 2004, pag. 423 e ss..

⁴¹ Così G.A.M. Trimarchi, "L'aumento del capitale sociale", 2007, pag. 291, n. 170.

la società⁴² e i creditori sociali⁴³ in merito all'integrità ed effettività del capitale sociale), ma non è incompatibile con le norme civilistiche della compensazione⁴⁴. Anzi, l'ammissibilità e la legittimità dell'operazione *de quo* è ammessa e riconosciuta in sede fallimentare, derogando espressamente alla *par condicio*⁴⁵. Da ultimo, dovrebbe tenersi conto che il bene oggetto di conferimento, anche in caso di sottoscrizione mediante compensazione, è comunque denaro, in quanto l'obbligazione pecuniaria viene estinta con la rinuncia da parte del socio a pretendere dalla società l'adempimento di una precedente obbligazione pecuniaria (fino al medesimo ammontare) di cui quest'ultima è il soggetto passivo.

Segue. La compensazione quale conferimento - in giurisprudenza

La prevalente giurisprudenza di legittimità⁴⁶ e di merito⁴⁷, già da tempo, ritiene ammissibile la sottoscrizione di un aumento di capitale eseguita mediante la compensazione di un credito vantato dal socio nei confronti della società⁴⁸, purché risultante dal bilancio della società⁴⁹.

⁴² Il cui interesse viene comunque salvaguardato in quanto, dalla liberazione del proprio debito, la stessa trae comunque un'utilità economica.

⁴³ I quali non patiscono alcun pregiudizio, poiché, pur essendo conferite nuove risorse patrimoniali, viene eliminata una posta passiva del bilancio con conseguente incremento del patrimonio netto. Peraltro, convertendosi il credito preesistente del socio verso la società si convertirebbe in partecipazione al capitale di rischio, contribuendo così ad aumentare la garanzia patrimoniale generica da quest'ultimo offerta.

⁴⁴ Norma invero diretta agli amministratori. N. Atlante, "Compensazione del credito del socio con il debito da sottoscrizione", in *Notariato*, 1995, pag. 46 e ss.; Tribunale di Isernia, 27 luglio 2004; Tribunale di Rossano, 24 marzo 2005.

⁴⁵ Articolo 56, L.F. "1. I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento. 2. Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra i vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore". Per una panoramica in tema fallimentare, si veda *amplius* G. Locata, "La compensazione del debito da conferimento e l'articolo 56, L.F.", in *Not.*, 2011, V, pag. 519 e ss.. Sul punto, si veda anche Cassazione SS.UU. N. 775/1999, con nota di M. Vaira in *Giur. It.*, 2000, pag. 1219 "La compensazione in sede di fallimento rappresenta una deroga alla regola del concorso ed è posta a favore dei soggetti che si trovino ad essere al contempo creditori e debitori del fallito; perché essa si verifichi si richiede l'antiorità alla dichiarazione di fallimento del fatto genetico delle obbligazioni contrapposte, mentre non rileva il momento in cui l'effetto compensativo si produce, con la conseguenza che è ammissibile anche la compensazione giudiziale, quando i requisiti richiesti dalla legge sussistono al momento della pronuncia".

⁴⁶ Cassazione n. 936/1996, n. 4236/1998, n. 775/1999 "La compensazione di cui all'articolo 56, L.F. è applicabile non solo quando il credito del terzo non è ancora scaduto alla data della dichiarazione di fallimento del debitore, ma anche quando il credito del fallito divenga esigibile dopo l'apertura del concorso"; Cassazione n. 16609/2003, n. 3577/2005, n. 6711/2009.

⁴⁷ Tribunale di Genova del 7 luglio 1953; Corte di Appello di Torino del 19 novembre 1964; Corte di Appello di Napoli del 26 giugno 1965; Tribunale di Roma 18 febbraio 1975; Tribunale di Venezia 18 settembre 1984 "La compensazione del debito del socio conseguente alla sottoscrizione di una quota dell'aumento di capitale sociale presuppone, con riferimento a quella convenzionale, oltre che la prova del credito del socio anche la prova della pattuizione relativa, e, con riferimento a quella legale, nel caso di sopravvenuta dichiarazione di fallimento della società, l'esigibilità del credito della società verso il socio anteriore alla predetta dichiarazione di fallimento", Tribunale di Perugia del 22 dicembre 1990; Tribunale di Milano del 9 febbraio 1995, Tribunale di Monza del 10 giugno 1997, Tribunale di Napoli del 1° ottobre 1998, Tribunale di Roma del 6 febbraio 2017, Corte di Appello di Potenza del 29 gennaio 1999, Tribunale di Isernia del 27 luglio 2004, Corte di Appello di Torino del 21 luglio 1995, Corte di Appello di Napoli del 13 maggio 2002, Corte di Appello di Roma del 3 settembre 2002, CTR Puglia Bari del 25 marzo 2011.

⁴⁸ *Contra*, Cassazione n. 13095/1992, Tribunale Napoli del 9 luglio 1962, Tribunale di Firenze del 5 marzo 1981, Tribunale di Treviso del 4 marzo 1983, Tribunale di Genova del 14 giugno 2005, Tribunale di Napoli dell'8 novembre 2006, Corte di Appello di Genova del 2 settembre 2006, Tribunale di Milano dell'8 gennaio 2009.

⁴⁹ *Ex multis* Corte di Appello di Campobasso del 7 aprile 1993 "La regola generale sancita dall'articolo 1242, cod. civ. sulla compensazione dei crediti del socio in sede di aumento del capitale sociale deve ritenersi operativa a patto che il controcredito del socio sia anteriore alla deliberazione di aumento del capitale sociale e quindi regolarmente esposto in bilancio come credito liquido ed esigibile e che tale situazione sia riportata con apposita contemplazione nella delibera di aumento".

Per la società, infatti, la compensazione si riduce a una operazione contabile del patrimonio sociale in senso ampio⁵⁰ che, in sé, non pregiudica i diritti e gli interessi di alcuno⁵¹.

Secondo la giurisprudenza prevalente, infatti, la partecipazione al rischio d'impresa del socio che si avvale della compensazione è la medesima del socio che effettua il conferimento in denaro, non verificandosi alcuna alterazione alla *par condicio creditorum*⁵².

Tale orientamento giurisprudenziale è stato peraltro recentemente confermato dalla Suprema Corte, con [sentenza n. 3946/2018](#). Nella fattispecie oggetto di esame è stata eccepita la circostanza che,

“secondo la D.T. (intimata) la compensazione tra il debito del socio nascente dalla sottoscrizione dell'aumento di capitale e il credito del medesimo socio nei confronti della società non potrebbe trovare applicazione qualora occorra ricostruire il capitale sociale dopo il suo integrale azzeramento per perdite ovvero la riduzione al di sotto del minimo legale, giacchè, in tale frangente, ricorrerebbe una situazione analoga a quella che si verifica al momento della costituzione della società, quando il socio deve provvedere ai conferimenti mediante beni suscettibili di espropriazione forzata”.

Il Supremo Collegio, nel dichiarare inammissibile tale motivo di ricorso e confermando quanto deciso nel precedente grado di giudizio⁵³, ha precisato che:

“diversamente che nella ipotesi di conferimenti iniziali, non è ravvisabile alcun pregiudizio per i creditori sociali in un aumento di capitale sottoscritto contestualmente all'estinzione per compensazione di un credito del socio sottoscrittore”⁵⁴.

La sentenza da ultimo riportata, quindi, ha ulteriormente confermato l'orientamento (giurisprudenziale e dottrinario) favorevole alla compensazione del credito, superando così (forse definitivamente) le

⁵⁰ Si ricordi, infatti, che, a norma dell'articolo 2740, cod. civ., la garanzia dei creditori sociali è offerta non tanto (*rectius*: non solo) nel capitale sociale, ma dal patrimonio della società.

⁵¹ Come riconosciuto anche da Cassazione n. 6711/2009, *“La tecnica della compensazione, quando sia sopraggiunto il fallimento della società conferitaria, può operare anche a norma dell'articolo 56, L.F. - R.D. 267/1942”.*

⁵² Possibilità, ricordiamo, peraltro espressamente riconosciuta anche in sede fallimentare dall'articolo 56, L.F., massima sede di tutela per la parità del trattamento degli interessi dei creditori.

⁵³ Corte di Appello di Roma del 28 giugno 2012.

⁵⁴ Nella sentenza appellata, infatti, la Corte territoriale aveva aderito all'orientamento favorevole, richiamando il principio di diritto secondo cui *“In tema di società di capitali, nella ipotesi di sottoscrizione di un aumento del capitale sociale, l'oggetto del conferimento, da parte del socio, non deve, necessariamente, identificarsi in un bene suscettibile di espropriazione forzata, bensì in una res dotata di consistenza economica. Ne consegue la legittimità del conferimento attuato mediante compensazione tra il debito del socio verso la società ed un credito vantato dal medesimo nei confronti dell'ente, atteso che la società stessa, pur perdendo formalmente il suo credito al conferimento, acquista concretamente un “valore” economico, consistente nella liberazione da un corrispondente debito. Alla funzione essenzialmente “produttiva” del capitale sociale consegue, difatti, quella di garanzia meramente indiretta del pagamento dei debiti sociali, funzione, quest'ultima, assolta direttamente dal patrimonio sociale, cui non risultano trasferibili quei vincoli di indisponibilità e di invariabilità tipici, in via esclusiva, del capitale. Nessun pregiudizio per i creditori sociali è, pertanto, ravvisabile (diversamente che nella ipotesi di conferimenti iniziali, quantomeno per i tre decimi previsti dall'articolo 2329, cod. civ.) in un aumento di capitale sottoscritto mercè la contestuale estinzione per compensazione di un credito del socio sottoscrittore (scaturendo, invece, da tale operazione un aumento della generica garanzia patrimoniale, poiché dalla trasformazione del credito del socio in capitale di rischio deriva che detta garanzia non copre più il credito medesimo), mentre, sul piano economico - patrimoniale, nessun vantaggio deriverebbe ai creditori stessi dall'imposizione, alla società, dell'obbligo di pagare il proprio debito nei confronti del socio sottoscrittore e di incassare, contestualmente, la stessa somma da lui dovuta”.*

obiezioni poste da quella giurisprudenza contraria all'ammissibilità dell'operazione *de quo*.

Il credito del socio, trasformandosi in capitale di rischio, cessa di essere un debito della società e incrementa la garanzia patrimoniale generica offerta dalla società ai creditori: dalla trasformazione del credito (certo, liquido ed esigibile) del socio in capitale di rischio deriva che la garanzia patrimoniale della società non copre più il credito del socio stesso, incrementando quella offerta agli altri creditori⁵⁵. Secondo i giudici della Suprema Corte, infatti, non solo non sussisterebbe un interesse in capo agli altri soci o ai terzi a vietare tale modalità di conferimento, ma addirittura la conversione dei crediti verso la società in capitale soddisferebbe un interesse generale nell'economia di mercato⁵⁶.

Segu). La compensazione quale conferimento - l'orientamento del Notariato

Con riguardo all'ammissibilità dell'operazione *de quo*, anche il Notariato ha espresso la propria posizione.

Il Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato è stato il primo a elaborare un proprio orientamento in materia. In particolare, con l'orientamento n. 23, secondo il Notariato fiorentino⁵⁷ ha ritenuto che *"è sempre possibile liberare l'aumento di capitale sottoscritto mediante compensazione con un credito del socio da finanziamento, anche nel caso in cui il termine per il rimborso non sia ancora scaduto"* e, anzi, ha ritenuto tipica (laddove non la si volesse ritenere già tipizzata) tale modalità di conferimento, in quanto *"l'assemblea (chiamata a deliberare l'aumento) non deve obbligatoriamente deliberare sulla compensabilità del debito da sottoscrizione, se non per escluderla richiedendo la liberazione dell'aumento mediante versamento in denaro"*^{58 59}.

⁵⁵ In ciò realizzandosi l'arricchimento patrimoniale della società deliberante l'aumento. Cfr. sul punto G.A.M. Trimarchi, *"L'aumento di capitale"*, Napoli, 2007, pag. 288 e ss., il quale evidenzia che la tesi negativa (che identifica la compensazione in sede di conferimento con il conferimento del credito) confonde la modalità di estinzione delle obbligazioni diversa dall'adempimento (e bilaterale) con il negozio di cessione del credito (trilaterale). Il conferimento del credito è, infatti, riconducibile ai conferimenti in natura, mentre il conferimento eseguito mediante compensazione delle reciproche posizioni di debito-credito è da inquadrarsi tra i conferimenti in denaro.

⁵⁶ In tal senso, si veda G. Leocata, *"La compensazione del debito da conferimento e l'art. 56 lf."*, in *Notariato*, 2011, V, pagg. 519 e ss..

⁵⁷ Orientamento n. 23/2011 *"Aumento di capitale mediante compensazione e crediti postergati nella Srl"* rinvenibile presso <https://www.consigionotarilefirenze.it/index.php/orientamenti/societa-di-capitali/capitale-sociale/88-aumento-di-capitale-mediante-compensazione-e-crediti-postergati-nella-s-r-l-23-2011.html>.

⁵⁸ Così testualmente l'orientamento in commento. Conforme Massima n. 124 del Consiglio Notarile di Milano *"Aumento di capitale e compensazione di crediti (articoli 2342, 2343, 2343-ter e 2465 cod. civ.) [5 marzo 2013]"* rinvenibile presso: <https://www.consigionotarilemilano.it/documenti-comuni/massime-commissione-societa/125.aspx>.

⁵⁹ Un argomento peculiare, sollevato dalla dottrina ostativa all'ammissibilità dell'operazione *de quo*, è rappresentato dalla pretesa violazione del disposto dell'articolo 2467, cod. civ., concernente la postergazione del rimborso dei finanziamenti soci. Secondo la posizione negativa in tema, come segnalato in precedenza, la compensazione inciderebbe abusivamente sui diritti dei terzi creditori. Tale orientamento, non è stato condiviso dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza (anche di legittimità) successiva, in quanto, mediante il ricorso alla compensazione, si perviene alla riduzione dell'indebitamento complessivo della società, essendo le somme erogate a titolo di finanziamento stabilmente appostate a capitale. Sulla questione, è intervenuta anche il citato Orientamento del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, secondo cui *"Non osta a tale operazione neppure il fatto che ricorrano le condizioni per la postergazione dei crediti dei soci stabilite dall'art. 2467, cod. civ., posto che la conversione del credito da finanziamento in capitale di rischio concorre alla protezione degli interessi dei creditori terzi tutelati da tale disposizione"*, rendendo definitivamente inesigibile (salvo delibera *ad hoc* di riduzione del capitale) l'ammontare del credito compensato.

Successivamente, anche la Massima n. 4/2011 del Consiglio Notarile campano ha ritenuto legittima tale operazione, riconoscendo che:

“tale meccanismo di compensazione tra credito verso la società e debito da conferimento possa costituire modalità esecutiva di ogni ipotesi di aumento oneroso di capitale, ivi compresi quelli di cui agli articoli 2447 e 2482-ter, cod. civ. (in caso di riduzione del capitale al disotto del suo minimo legale o azzerato)”

chiosando, infine, che

“la compensazione non risulta inibita da alcun divieto di legge, non è contraria all’interesse della società o dei terzi creditori”.

Il Consiglio Notarile di Milano nell’ammettere il conferimento liberato compensando un credito vantato dal sottoscrittore verso la società, ha avuto cura di evidenziare il diverso operare dell’istituto *de quo*, a seconda della fattispecie compensativa di volta in volta realizzabile.

Il Notariato meneghino, con la Massima n. 125/2013, ha infatti precisato che

“tale compensazione, qualora sia legale e abbia quindi a oggetto debiti certi, liquidi ed esigibili ai sensi dell’articolo 1243, cod. civ., non richiede il consenso della società, nemmeno nel momento in cui viene eseguita la sottoscrizione. Qualora il sottoscrittore intenda invece avvalersi, a tali fini, di un credito certo e liquido, ma non esigibile, la compensazione richiede il consenso della società ai sensi dell’articolo 1252, cod. civ.⁶⁰”.

In tale occasione, il Consiglio Notarile di Milano ha affrontato anche un'altra questione dibattuta in dottrina e giurisprudenza⁶¹: è ammessa la compensabilità in sede di aumento del capitale tra il debito per il conferimento e il credito vantato dal sottoscrittore nei confronti della società, è necessaria la

Sostiene l'incompensabilità del credito che presenti i requisiti della postergazione ex articolo 2467, cod. civ., anche Tribunale di Napoli 8 novembre 2006 e il recente Tribunale di Roma del 6 febbraio 2017.

⁶⁰ Così testualmente la Massima in commento. Da evidenziare che in motivazione il Consiglio Notarile ha altresì evidenziato che *“Qualora il debito della società non presenti invece il carattere della esigibilità (e di ciò potrebbe aversi evidenza anche consultando lo stato patrimoniale del bilancio, a ragione della separata indicazione prevista dall’articolo 2424, cod. civ. per i debiti esigibili oltre l’esercizio successivo), allora la compensazione non potrà operare che in via volontaria, per effetto del consenso della società, secondo quanto previsto dall’articolo 1252, cod. civ.. In tale caso, il verbale assembleare che (a prescindere da conseguenze di ordine fiscale) attestasse la contestuale sottoscrizione e - quindi - la compensazione potrà opportunamente dare menzione di questo consenso, che - atteggiandosi ad atto di gestione - dovrà essere rilasciato dall’organo amministrativo. Non appare necessario - trattandosi di atto nella discrezionalità degli amministratori - che dal verbale si evidenzino i motivi di interesse, per la società, alla compensazione di un debito “non scaduto” con un credito invece esigibile, quale è quello derivante dalla sottoscrizione dell’aumento di capitale. In termini di mero supporto professionale, peraltro, il notaio potrà evidenziare alla società l’opportunità di accertare l’effettivo interesse della società stessa, in merito; esso potrà consistere, a titolo di esempio, in formule di attualizzazione dell’importo capitale del debito, oppure - specie ove sul debito fossero pattuiti interessi - nel mero interesse alla conversione del debito stesso in patrimonio netto; il comportamento della società, per altro verso, dovrà in tali situazioni tenere conto del necessario principio di parità di trattamento dei soci, e quindi - ove ne ricorrano i presupposti - non escludere gli altri soci dall’accordo inteso alla compensazione con uno di essi”.*

⁶¹ La dottrina (N. Atlante, *ult. op. cit.*) affermando che in tutti i casi di conferimenti diversi dal danaro il codice richiede una relazione giurata di stima, dovendosi tutelare l’affidamento dei terzi circa l’effettiva corrispondenza tra il capitale nominale e il capitale reale. La giurisprudenza prevalente (Tribunale di Cassino del 2 febbraio 1990, Tribunale di Verona del 9 novembre 1990, Tribunale di Trieste dell’8 giugno 1994, Corte di Appello di Roma del 3 settembre 2002, Cassazione n. 4236/1998) non ritiene necessaria la relazione *de quo* in quanto il debito della società verso il socio è già iscritto in bilancio e, quindi, non abbisogna di ulteriore stima.

relazione di stima del credito portato in compensazione dal socio ex [articolo 2465](#), cod. civ.?

Ebbene,

“la compensazione tra il debito per il conferimento in denaro e un credito vantato dal sottoscrittore nei confronti della società può avere luogo ..., anche qualora tale credito sia sorto da una prestazione di natura non finanziaria (ad esempio, la vendita di un bene alla società). In tal caso - allorché ricorra sostanziale contestualità e corrispondenza tra la prestazione eseguita a favore della società e l'aumento di capitale sottoscritto dal creditore, ovvero quando risulti che le 2 operazioni sono tra loro preordinate - si reputa che la sussistenza di una relazione di stima eseguita nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 2343, 2343-ter o 2465, cod. civ. costituisca elemento idoneo ad assicurare l'osservanza dei principi che presiedono alla corretta formazione del capitale sociale⁶²”.

Da ultimo, anche il Comitato Triveneto dei Notai, con gli orientamenti H.G.38 e I.G.52⁶³, ha aderito all'impostazione prevalente e preferibile ammettendo la compensazione tra debito per sottoscrizione di un aumento a pagamento del capitale e credito per finanziamento soci.

Gli orientamenti anzidetti (speculari l'uno all'altro), infatti, ammettono, in caso di aumento a pagamento del capitale sociale, la compensazione tra il debito del socio che ha sottoscritto l'aumento e il debito che la società ha verso il socio sottoscrittore per finanziamenti soci. L'operatività della compensazione nell'ambito di operazioni sul capitale può essere altresì utilizzata anche in occasione di un aumento a pagamento a seguito di azzeramento del capitale o di riduzione al di sotto del minimo di legge per perdite⁶⁴.

Al riguardo, il Comitato Triveneto esprime i seguenti “principi operativi”:

⁶² Prosegue nella motivazione: «Le considerazioni che precedono appaiono riferibili alla generalità dei debiti della società verso il sottoscrittore, prescindendo dalla natura finanziaria o meno degli stessi. Pertanto, la compensazione potrà determinarsi - secondo le varie modalità sopra indicate - sia qualora il debito derivi da un finanziamento concesso alla società, sia qualora, ad esempio, esso costituisca l'effetto di una diversa operazione finalizzata all'acquisto, da parte della società, di beni necessari alla sua attività, ed alla quale si accompagni la dilazione del prezzo dovuto. L'iscrizione del debito nella contabilità e quindi nel bilancio, in una con le cautele che assistono la formazione ed il controllo del bilancio stesso, è infatti da considerare “elemento certificativo” della sua esistenza e del suo ammontare, indipendentemente dalla causa contrattuale dalla quale il debito stesso origina. Non può tuttavia escludersi che, allorché il debito non abbia natura finanziaria, possa risultare evidente l'esistenza di un nesso (di natura temporale o funzionale) tra la delibera di aumento in denaro e l'operazione (nell'esempio di cui sopra, la compravendita di beni con prezzo dilazionato) da cui il debito da compensare origina. In tali ipotesi potrà essere opportunamente valutato se i principi che regolano la corretta formazione del capitale non consiglino l'erezione di una perizia di stima, redatta ai sensi - a seconda dei casi - degli articoli 2343, 2343-ter o 2465 c.c., a presidio di interessi non dissimili da quelli tutelati dalle disposizioni sugli acquisti pericolosi di cui all'articolo 2343-bis e 2465, comma 2, cod. civ.. Interessi che, mutatis mutandis, nella valutazione di alcuni interpreti si appalesano anche oltre il limite dei due anni dalla costituzione della società, allorché le 2 operazioni (compravendita a favore della società con prezzo dilazionato e sottoscrizione dell'aumento in denaro, con compensazione dei due crediti) appaiano costituire, secondo gli indici esemplificativamente richiamati nella massima, un'unica operazione (assimilabile ad un conferimento in natura del bene oggetto della compravendita) ed alla quale sia possibile imputare la carenza della formazione della valutazione peritale”.

⁶³ Rispettivamente in tema di Spa e di Srl, entrambi pubblicati nel settembre 2016 e rubricati “Modalità di esercizio della compensazione tra debito per sottoscrizione di un aumento a pagamento”, sono reperibili presso <http://www.notaitriveneto.it/massime-triveneto-commissione-societa.php>.

⁶⁴ Confermando quanto sostenuto dal Consiglio Notarile campano con la Massima n. 4/2011.

“I) non necessita alcuna specifica autorizzazione in delibera per consentire l’attivazione della compensazione tra debiti liquidi ed esigibili. Troverà applicazione la disciplina degli articoli 1241 e ss., cod. civ. con la conseguenza che la compensazione potrà essere opposta dal socio sottoscrittore ogniqualvolta ricorrano tutte le condizioni poste dall’articolo 1243, cod. civ. (compensazione legale);

II) se mancano le condizioni per la compensazione legale poste dagli articoli 1243 e 1246, cod. civ. troverà, invece, applicazione la disciplina dettata in materia di compensazione volontaria di cui all’articolo 1252, cod. civ.; spetterà all’organo amministrativo decidere sull’ammissibilità della compensazione volontaria, ove l’assemblea dei soci non abbia deliberato al riguardo,⁶⁵

III) non è consentito all’assemblea dei soci di escludere, a maggioranza, la possibilità di compensazione legale; il diritto alla compensazione è un diritto che compete ai singoli soci “uti singuli” e come tale non è nella disponibilità dalla maggioranza assembleare;

IV) sarà comunque possibile per l’assemblea escludere la compensazione “legale” con delibera adottata col voto favorevole dei soci rappresentanti l’intero capitale sociale, verificandosi in questo caso la fattispecie di cui all’articolo 1246, n. 4, cod. civ. (la compensazione non si verifica in caso di “rinuncia alla compensazione fatta preventivamente dal debitore”);

V) nel caso in cui nel contratto di finanziamento intervenuto tra socio e società sia stata espressamente esclusa la facoltà di compensazione tra credito per finanziamento e debito per sottoscrizione in caso di aumento del capitale (articolo 1246, n. 4, cod. civ.), la compensazione legale rimane esclusa, per cui potrà operare solo la compensazione volontaria. Anche in questo caso spetterà all’organo amministrativo decidere sull’ammissibilità della compensazione volontaria, ove l’assemblea dei soci non abbia deliberato al riguardo.”

La problematica fiscale dell'enunciazione del credito oggetto di compensazione

L'utilizzo, in sede di aumento del capitale, di “finanziamenti” in senso proprio (ovverosia, di somme corrisposte alla società con obbligo di restituzione delle medesime) non è riconducibile alla nozione di aumento gratuito del capitale, perché tali apporti rappresentano delle poste passive del patrimonio sociale (e non riserve o fondi disponibili propri della società).

Da sottolineare, come sopra ricordato, la circostanza che la sottoscrizione del capitale mediante compensazione non viene ricondotta al conferimento di credito, per cui non si applica la disciplina prevista dall'[articolo 2464](#), cod. civ.⁶⁶, né impinge nel divieto di cui all'[articolo 2423-ter](#), comma 6, cod.

⁶⁵ Tali primi 2 principi operativi, confermano la Massima n. 125/2013 del Consiglio Notarile di Milano.

⁶⁶ Dalla miglior dottrina viene, infatti, sottolineato che un conto è il conferimento da parte del socio del credito vantato nei confronti di terzi (riconducibile all'istituto giuridico della cessione del credito - vicenda “traslativa” del credito dal socio alla società, in cui il credito del socio

civ. (dettando tale disposizione una regola di corretta contabilità che, tuttavia, non impedisce l'operare delle norme civilistiche in tema di compensazione⁶⁷).

L'operazione straordinaria in discorso, tuttavia, potrebbe essere facilmente utilizzata al fine di eludere la normativa in tema di conferimenti in natura. Si pensi al caso in cui l'organo amministrativo e il socio si accordino per eseguire delle vendite alla società, nelle quali il prezzo (da corrispondere al socio) sia dilazionato e postato *medio tempore* al passivo del bilancio. Successivamente venga deliberato un aumento di capitale in cui il socio porti in compensazione il suddetto credito da trasferimento con il debito derivante dalla sottoscrizione dell'aumento di capitale⁶⁸.

Al fine di fugare dubbi sulla legittimità dell'operazione, potrebbe essere opportuno evidenziare nella delibera le ragioni dell'aumento in modo da escludere profili di responsabilità degli amministratori che abbiano effettuato una compensazione volontaria laddove l'interesse della società avrebbe richiesto il reperimento di liquidità o risorse comunque "esterne" e non tanto di semplice patrimonializzazione⁶⁹.

L'enunciazione espressa delle ragioni in ordine all'operare della compensazione e l'espressa indicazione dei crediti da compensare contenute nel verbale dell'assemblea, tuttavia, potrebbero configurare la tassazione degli enunciati finanziamenti nella misura del 3%, così come previsto ai sensi dell'[articolo 22](#), comma 1, D.P.R. 131/1986⁷⁰.

La Suprema Corte di Cassazione, in un noto precedente⁷¹, ha infatti statuito che

“in tema di imposta di registro, l'articolo 22, comma 1, D.P.R. 131/1986, stabilisce che se in un atto sono enunciate disposizioni contenute in atti scritti o contratti verbali non registrati e posti in essere fra le stesse parti intervenute nell'atto che contiene l'enunciazione, l'imposta si applica anche alle disposizioni enunciate; ne consegue che va assoggettato a imposta di registro il finanziamento soci, già inserito tra le poste passive del bilancio, enunciato in un atto di ripianamento delle perdite del

non rileva come bene economico), fattispecie diversa invece è l'ipotesi in cui il credito del socio sia vantato nei confronti della società stessa (da ricondursi al conferimento di denaro - vicenda "estintiva" del credito stesso in cui i crediti rilevano per la loro entità numeraria). *Ex multis* cfr. V. Salafia, "Aumento del capitale e conferimento di crediti", in *Soc.*, 1988, pag. 225 e ss.; P. Marchetti, "Problemi in tema di aumento di capitale, in *Aumenti e riduzioni di capital*" e, Milano, pag. 79 ss.; C. Angelici. "Appunti sull'articolo 2346, cod. civ. con particolare riguardo alla compensazione, in *Giur comm.*, 1988, I, pag. 275 e ss.; V. Salafia, *op.cit.*, 225 ss.; N. Atlante, "Compensazione del credito del socio con il debito da sottoscrizione", in *Le società*, 1995, pag. 45 ss..

⁶⁷ Tribunale di Isernia del 27 luglio 2004.

⁶⁸ Si veda Corte di Appello di Campobasso 7 aprile 1993, dichiarando inammissibile la compensazione per crediti sorti successivamente alla delibera di aumento e Tribunale Monza 10 giugno 1997, sull'inammissibilità della compensazione nell'ipotesi in cui il credito del socio fosse stato appositamente preconstituito.

⁶⁹ Giova puntualizzare comunque che la decisione di esclusione dell'operare della compensazione legale o di ammissione della compensazione volontaria, è atto gestionale riservato agli amministratori, in cui l'assemblea dei soci può solo approvare o respingere la delibera nel suo complesso, ma non modificarne autonomamente la programmazione.

⁷⁰ "Enunciazione di atti non registrati - 1. Se in un atto sono enunciate disposizioni contenute in atti scritti o contratti verbali non registrati e posti in essere fra le stesse parti intervenute nell'atto che contiene l'enunciazione, l'imposta si applica anche alle disposizioni enunciate. Se l'atto enunciato era soggetto a registrazione in termine fisso è dovuta anche la pena pecuniaria di cui all'articolo 69".

⁷¹ Cassazione, sentenza n. 15585/2010, in *Notariato*, 2010, VI, pag. 704 e ss. con nota di G. Laurini e in *Società*, 2010, XI, pag. 1301 e ss. con nota di Busani. Conformi a tale orientamento, Cassazione n. 17899/2005, n. 5946/2007, n. 11756/2008.

capitale sociale e sua ricostituzione mediante rinuncia dei soci ai predetti finanziamenti in precedenza effettuati nei confronti della società, e ciò a prescindere dall'effettivo uso del finanziamento medesimo”.

La Cassazione, quindi, ha ritenuto che la rinuncia alla restituzione dell'apporto del socio, non formalizzato in un precedente atto scritto, comporti l'enunciazione di una disposizione soggetta all'imposta di registro ai sensi della norma citata. Sicché, all'evidenza, l'enunciazione del finanziamento nel verbale assembleare costituirebbe la “riproduzione” per iscritto del contratto verbale di finanziamento, determinando conseguentemente l'applicazione della medesima disciplina fiscale che sarebbe stata applicabile se quel contratto fosse stato stipulato per iscritto sin dall'origine⁷².

La prassi, al fine di evitare tale oneroso inconveniente, ha elaborato alcune soluzioni operative a protezione dell'interesse del contribuente che consentano di differire o di riqualificare la compensazione del finanziamento, quali:

- a) il rimborso del finanziamento nell'immediata precedenza dell'assemblea e la successiva liberazione del capitale sottoscritto mediante versamento delle somme appena ricevute in restituzione;
- b) la novazione del versamento, già qualificato come “finanziamento”, in riserva in conto futuro aumento capitale;
- c) l'adozione della sola delibera di aumento, rimettendo a un momento successivo la sua esecuzione sì che, verificandosi al di fuori del verbale, se ne eviterà l'enunciazione⁷³.

⁷² Per un commento critico alla sentenza si veda A. Busani, “Tassazione per enunciazione del finanziamento soci passato a capitale sociale”, in *Soc.*, 2011, 11, pag. 1303.

⁷³ Così, in motivazione l'Orientamento n. 23/2011 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, *cit.*; sul punto, si veda *amplius*, si veda sul punto R. Tombolesi, “L'imposta di registro proporzionale penalizza le operazioni societarie di ricapitalizzazione?”, in *Corr. Trib.*, 2010, pag. 3493 e ss., in particolare pag. 3495; S. Cannizzaro, “Studio n. 208-2010/T - La registrazione d'ufficio e l'enunciazione nell'imposta di registro”, in Consiglio Nazionale del Notariato, Studio tributario approvato dalla Commissione studi tributari il 14 dicembre 2011, ove l'A. sostiene che “In relazione alle previsioni normative appena esaminate occorre far cenno, in modo particolare, ad un recente orientamento della Cassazione. Con la sentenza n. 15585/2010, la Suprema Corte ha accolto il ricorso dell'Amministrazione finanziaria e ha cassato la sentenza della Commissione di II grado di Bolzano. Con la sentenza di merito, appellata in Cassazione, era stata respinta la pretesa dell'ufficio del registro di considerare mutuo a tutti gli effetti, e pertanto sottoposto a registrazione con aliquota del 3%, ex articolo 9, Tariffa, Parte I, D.P.R. 131/1986, la rinuncia da parte di 2 soci al credito derivante dai finanziamenti precedentemente concessi alla società, contenuta nella delibera di azzeramento del capitale sociale per perdite, e sua ricostituzione con l'acquisizione delle somme versate a patrimonio netto della società. La Corte di Cassazione in accoglimento del ricorso dell'ufficio e richiamando il comma 1 dell'articolo 22, Tur, ha ritenuto che vada assoggettato a imposta di registro proporzionale con aliquota del 3% il finanziamento soci menzionato in una delibera assembleare di ripianamento perdite, attraverso la rinuncia dei soci stessi alla restituzione delle somme erogate, a prescindere dall'effettivo uso del finanziamento. In proposito v'è da registrare un mutamento di orientamento in ordine alla qualificazione sostanziale dell'operazione oggetto della pronuncia in esame In precedenza, infatti, in dottrina, in giurisprudenza e nella prassi era prevalente l'opinione secondo cui le operazioni di ricapitalizzazione, realizzate mediante la rinuncia dei soci ai crediti per pregressi finanziamenti concessi a favore della società, scontassero l'imposta di registro in misura fissa, per effetto dell'assimilazione delle remissioni dei debiti fatte dai soci ai conferimenti in denaro. È stato osservato come la Cassazione, nel suo recente arresto abbia invece avuto riguardo non già all'operazione che si determina nel complesso attraverso la rinuncia al credito dei soci, ma ai due atti di cui l'operazione di ricapitalizzazione si compone, individuati nel contratto verbale di finanziamento tra i soci e la società e nella delibera assembleare di ricostituzione del capitale. ... La pronuncia appare tuttavia criticabile sotto diversi profili. In primo luogo, con riferimento ai presupposti oggettivi per l'operare del meccanismo dell'enunciazione, s'è visto dianzi come sia necessario che l'atto enunciante “incorpori” gli elementi essenziali dell'atto enunciato talché la disposizione non assoggettata a tassazione possa essere con certezza e in tutti i suoi elementi individuata ed essere quindi sottoposta all'imposizione come se fosse un atto a sé stante. “Enunciazione”, nel senso indicato dall'articolo 22, Tur, non equivale dunque a “menzione” nel senso in cui questo termine è generalmente utilizzato. Per quanto può evincersi dal testo della sentenza, pare plausibile ritenere che nel caso esaminato dalla Cassazione, l'origine e l'ammontare del credito oggetto di rinuncia dei soci sia stato menzionato in premessa al fine di effettuare l'operazione di ripianamento delle perdite e di ricostituzione del capitale. Il semplice riferimento alle posizioni creditorie dei soci (desumibili anche dalle poste passive del bilancio), non dovrebbe costituire, quindi, l'enunciazione di un atto di mutuo autonomamente tassabile, ma un'ordinaria premessa per la quantificazione della

Peraltro, un altro dato della normativa fiscale viene in rilievo nell'operazione in esame.

L'[articolo 88](#), comma 4-bis, D.P.R. 917/1986⁷⁴, in tema di sopravvenienze attive ai fini della determinazione della base imponibile delle società e degli enti commerciali residenti, dispone che

“la rinuncia dei soci ai crediti si considera sopravvenienza attiva per la parte che eccede il relativo valore fiscale. A tal fine, il socio, con dichiarazione sostitutiva di atto notorio, comunica alla partecipata tale valore; in assenza di tale comunicazione, il valore fiscale del credito è assunto pari a zero”.

Da tale norma si evince che la rinuncia ai crediti operata dal socio a favore della società non è sempre fiscalmente irrilevante (come in passato). L'irrilevanza fiscale di tali rinunce è limitata soltanto al rapporto tra il valore fiscale del credito in capo al socio (debito per la società) e il valore nominale del credito in capo alla società (debito per il socio), e pertanto:

- se la compensazione tra i 2 valori non dà luogo ad alcun residuo, non si verifica disavanzo impositivo;
- se, invece, il valore fiscale del credito del socio è inferiore al valore nominale del credito della società, la rinuncia al credito da parte del socio sarà fiscalmente irrilevante⁷⁵ per la società, soltanto entro il limite del valore fiscale del credito del socio. L'eventuale maggior valore nominale costituirà, invece, una sopravvenienza attiva fiscalmente rilevante e, quindi, soggetta a tassazione⁷⁶.

In tale ultimo caso, il socio avrà altresì l'onere di comunicare, mediante dichiarazione sostitutiva di atto notorio, all'organo amministrativo della società il valore fiscale del proprio credito. La sanzione per tale omissione è la totale irrilevanza del valore fiscale del credito oggetto di rinuncia (con conseguente integrale tassazione per la società della sopravvenienza attiva generatasi).

Da evidenziare che tale disciplina è applicabile, per espressa previsione normativa, anche ai casi di conversione del credito in partecipazioni, a prescindere dalla modalità pratica prescelta per realizzare tale conversione e dai regimi contabili adottati (e, quindi, anche nella fattispecie oggetto del presente scritto). L'ultima parte del comma 4-bis, [articolo 88](#), D.P.R. 917/1986, infatti, prevede che:

somma da destinare appunto alla ricostituzione del capitale. Ulteriori dubbi possono poi essere avanzati circa l'esistenza, nel caso di specie, dei presupposti soggettivi per l'enunciazione. L'articolo 22 in esame fa riferimento ad un atto con “parti” laddove il verbale di assemblea, atto enunciante nel caso di specie, è un resoconto degli accadimenti assembleari e che quindi tecnicamente è definibile in termini di atto senza parti. In ultimo si rileva che la convenzione verbale consistente nel contratto di finanziamento non soggetto a registrazione in termine fisso, anche laddove se ne ravvisino i presupposti per l'enunciazione, cessa i suoi effetti proprio in ragione della remissione del debito da parte dei soci stessi effettuato con delibera assembleare, in accordo con quanto già sostenuto dalla giurisprudenza di cassazione in una ipotesi di compensazione tra crediti vantati dai soci per finanziamenti e debiti di conferimento dei soci nei confronti della società. In definitiva, laddove le delibere societarie della specie in considerazione si limitino a menzionare i crediti da pregressi finanziamenti effettuati dai soci al solo fine di ricostituire o aumentare, attraverso la rinuncia, il capitale sociale, sembrerebbero non integrati i presupposti per l'enunciazione dell'atto, quindi al più l'operazione, nel suo complesso dovrebbe scontare l'imposta fissa di registro alla stregua di un conferimento di denaro. La pronuncia sin qui esaminata, tuttavia, non è del tutto isolata, pertanto laddove dovesse consolidarsi un orientamento in tal senso, risulterebbero sicuramente penalizzate, sotto il profilo fiscale, le operazioni di ricapitalizzazione tramite rinuncia ai crediti dei soci...»

⁷⁴ Testo unico delle imposte sui redditi (c.d. Tuir), comma aggiunto dall'articolo 13, comma 1, lettera a), D.Lgs. 147/2015 recante "Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese".

⁷⁵ Non comportando una sopravvenienza attiva tassabile.

⁷⁶ Al netto delle perdite su crediti eventualmente deducibili per il creditore per effetto della conversione.

“nei casi di operazioni di conversione del credito in partecipazioni si applicano le disposizioni dei periodi precedenti e il valore fiscale delle medesime partecipazioni viene assunto in un importo pari al valore fiscale del credito oggetto di conversione, al netto delle perdite sui crediti eventualmente deducibili per il creditore per effetto della conversione stessa”.

Sicché, anche in caso di compensazione tra il debito del socio nascente dalla sottoscrizione dell'aumento di capitale e il credito da finanziamento del medesimo socio nei confronti della società, in assenza della prescritta comunicazione da parte del socio concernente il valore fiscale del credito convertito, questo è assunto essere pari a zero e, pertanto, l'eventuale sopravvenienza attiva generata dalla conversione del credito da parte del socio sarà soggetta a tassazione per l'intero ammontare.

Il senso dell'intervento è chiaro: garantire che sia trasferito sulla partecipazione il valore fiscale del credito “convertito” e che ci sia totale simmetria tra valori fiscali complessivi di poste che potrebbero essere, soprattutto nelle società di minori dimensioni o a ristretta base societaria, oggetto di manovre volte a ottimizzare la fiscalità complessiva delle operazioni⁷⁷.

Conclusivamente, nel porre in essere l'operazione di aumento di capitale, con le modalità sin qui esposte, risulta quanto mai necessario che i professionisti, incaricati di assistere alla predisposizione delle operazioni societarie, prestino la massima attenzione ai possibili risvolti (anche fiscali) del caso concreto, al fine di adottare la soluzione operativa che realizzi il miglior interesse e la miglior tutela delle parti coinvolte.



Campagna abbonamenti 2018/2019
Euroconference Pass

La soluzione per le tue esigenze di formazione fiscale e tributaria

Scegli subito l'abbonamento per te

⁷⁷ G. M. Committeri, “Le modifiche al trattamento fiscale dei crediti dei soci verso la società”, in *Corr. Trib.*, 23/2015, pag. 1762, cit.

La rivista delle operazioni straordinarie n. 10/2018

L'acquisto di partecipazioni tramite società veicolo non è elusivo ai fini dell'Ace

di Fabio Giommoni - dottore commercialista e revisore legale

Con un interpello non oggetto di pubblicazione l'Agenzia delle entrate ha confermato che l'acquisto di una partecipazione attraverso una società veicolo preventivamente capitalizzata non è un'operazione elusiva ai fini dell'agevolazione Ace.

Pertanto la società veicolo potrà legittimamente usufruire dell'Ace con riferimento ai conferimenti effettuati dai soci a titolo di capitale per dotare la società stessa delle risorse necessarie ad acquisire la partecipazione nella società "target".

Tali requisiti non vengono meno se viene effettuata una fusione tra la società "target" e la società veicolo.

Premessa: l'Aiuto alla crescita economica (Ace)

Come è ampiamente noto, l'Ace (acronimo di "Aiuto alla crescita economica") è un'agevolazione, introdotta dall'[articolo 1](#), D.L. 201/2011¹, diretta a incentivare la capitalizzazione delle imprese al fine di rafforzarne la struttura patrimoniale, che consiste nella deduzione dal reddito d'impresa del rendimento figurativo dei nuovi apporti di capitale.

La base di calcolo è rappresentata dal "nuovo capitale proprio" (c.d. "base Ace"), il quale è pari alla differenza positiva tra le variazioni in aumento e le variazioni in diminuzione, considerate rilevanti ai fini della disciplina in oggetto, rispetto al patrimonio netto esistente alla chiusura dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2010, come individuato dalle risultanze del relativo bilancio, con esclusione dell'utile d'esercizio 2010.

Assumono rilevanza come variazioni in aumento del capitale proprio:

- i conferimenti in denaro;
- gli utili accantonati a riserva a esclusione di quelli destinati a riserve non disponibili.

Rilevano come variazioni in diminuzione del capitale proprio:

¹ Convertito con modificazioni dalla L. 214/2011.

– i decrementi delle poste del patrimonio netto con attribuzione a qualsiasi titolo, ai soci o ai partecipanti.

Gli incrementi e i decrementi patrimoniali di ciascun periodo d'imposta continuano ad avere rilevanza, ai fini della determinazione della base Ace, anche nei periodi d'imposta successivi, con una conseguente stratificazione delle ricapitalizzazioni.

Per determinare la misura dell'agevolazione deve essere applicato alla base Ace il rendimento figurativo che attualmente è fissato al 1,5% per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2018 e successivi².

L'importo derivante dall'applicazione della predetta aliquota all'incremento netto del capitale proprio viene portato in diminuzione del reddito complessivo, al netto delle eventuali perdite pregresse.

La disciplina antielusiva ai fini Ace

Al fine di evitare, a fronte di un'unica immissione di capitale, rischi di duplicazione dell'agevolazione all'interno di gruppi societari³, sono state previste apposite disposizioni antielusive dall'[articolo 10](#), D.M. 14 marzo 2012 (Decreto attuativo Ace), le quali sono state riproposte, sebbene con sostanziali modifiche, dall'[articolo 10](#), D.M. 3 agosto 2017 (nuovo Decreto attuativo Ace).

Si tratta di una disciplina antielusiva c.d. "speciale" in quanto contiene soltanto alcune determinate operazioni che sono considerate specificamente elusive, perché suscettibili di generare una duplicazione dell'agevolazione.

Rimane poi salvo il potere dell'Amministrazione finanziaria di contestare anche altre operazioni, non previste dal citato articolo 10, D.M. 3 agosto 2017 in base alla disciplina generale dell'abuso del diritto di cui all'[articolo 10-bis](#), Statuto del contribuente (L. 212/200 e successive modificazioni), qualora ritenute elusive ai fini Ace.

La differenza risiede nel fatto che la disciplina antielusiva speciale opera in modo automatico, ovvero, in presenza delle specifiche operazioni da essa contemplate, si determina una riduzione della base Ace senza necessità di un accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria che evidenzi le finalità

² Il rendimento era fissato al 3% per i primi 3 periodi di applicazione della disciplina, ovvero 2011, 2012 e 2013. Con la L. 147/2013 è stata fissata una nuova misura a partire dal 2014, sulla base delle seguenti aliquote:

- 4% per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2014;
- 4,5% per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2015;
- 4,75% per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2016.

Il D.L. 50/2017 ha da ultimo fissato l'aliquota all'1,6% per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2017 e al 1,5% per il periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2018 e successivi.

³ Com'è stato precisato dalla [circolare n. 12/E/2014](#), la disciplina antielusiva "speciale" prevista per l'Ace è finalizzata a evitare che, a fronte di un'unica immissione di capitale, si creino variazioni in aumento del capitale proprio in più soggetti appartenenti allo stesso gruppo, con conseguenti effetti moltiplicativi dell'agevolazione.

elusive dell'operazione stessa, come è invece necessario per le operazioni contestate in base alla disciplina antielusiva generale.

Le fattispecie elusive della disciplina speciale possono essere disapplicate mediante la presentazione di apposita istanza di interpello diretta a dimostrare che l'incremento di capitale proprio non è stato preceduto da un'immissione di denaro che ha aumentato il capitale proprio ai fini Ace di un altro soggetto del gruppo⁴.

Il comma 1, [articolo 10](#), D.M. 3 agosto 2017 prevede che la disciplina antielusiva speciale si applichi ai soggetti appartenenti al medesimo gruppo nell'ambito del quale è presente almeno un soggetto beneficiario dell'Ace. Per quanto riguarda la nozione di gruppo rilevano le società controllate, controllanti o controllate da un medesimo soggetto ai sensi dell'[articolo 2359](#), cod. civ., inclusi i soggetti diversi dalle società di capitali (ma con eccezione dello Stato e degli altri enti pubblici).

Pertanto, sono considerate facenti parte dello stesso gruppo anche quelle società che sono controllate, ad esempio, da una medesima persona fisica, con riferimento alla quale si deve tenere conto, ai fini del computo del controllo, anche delle partecipazioni possedute dai familiari⁵.

Sono esclusi i rapporti tra 2 soggetti Ace controllati direttamente dallo Stato o da altri enti pubblici in quanto in tale circostanza non si è ravvisato un potenziale intento elusivo ai fini Ace.

Venendo a illustrare le specifiche operazioni previste dalla disciplina antielusiva speciale, ai fini del presente intervento rilevano innanzi tutto quelle di cui al comma 3, articolo 10, D.M. 3 agosto 2017, il quale stabilisce che la variazione del capitale proprio è diminuita:

- dei corrispettivi per l'acquisizione o l'incremento di partecipazioni in società controllate già appartenenti ai soggetti del gruppo;
- dei corrispettivi per l'acquisizione di aziende o di rami di aziende già appartenenti ai soggetti del gruppo;
- dell'incremento, rispetto a quelli risultanti dal bilancio relativo all'esercizio in corso al 31 dicembre 2010, dei crediti di finanziamento nei confronti dei soggetti del gruppo.

⁴ In tale ambito devono essere considerate le novità apportate dall'articolo 7, D.Lgs. 156/2015 (di riforma del contenzioso e della disciplina degli interpelli) il quale ha incluso l'interpello ai fini Ace tra quelli probatori di cui all'articolo 11, comma 1, lettera b), L. 212/2000. Tali interpelli non sono più obbligatori, ma la riforma ha previsto che il contribuente che intende comunque fruire del beneficio (in presenza di una motivazione ritenuta valida per la disapplicazione della norma antiabuso), ma non ha presentato l'istanza di interpello prevista, o che non abbia ricevuto risposta positiva, deve separatamente indicare nella dichiarazione dei redditi gli elementi conoscitivi indicati dall'Amministrazione finanziaria, a pena di una sanzione compresa tra i 2.000 e i 21.000 euro. Sulla questione si veda Gavelli G. "Ace, stop alle regole antielusive anche senza avviare l'interpello", Il Sole 24 Ore del 18 maggio 2016.

⁵ Come precisato dalla relazione illustrativa al D.M. 3 agosto 2017, per "familiari" devono intendersi il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado, come previsto dall'articolo 5, comma 5, Tuir.

Il disposto della lettera a), comma 3 prevede un meccanismo di riduzione automatica della base Ace per un importo pari ai corrispettivi per l'acquisizione o l'incremento di partecipazioni in società controllate già appartenenti a società del gruppo.

La finalità è quella di evitare che attraverso l'acquisto di partecipazioni siano trasferite all'interno del gruppo somme di denaro che hanno già incrementato la base Ace della società acquirente e che poi sono utilizzate dalla società venditrice per aumentare la base Ace di altre società del gruppo mediante successivi conferimenti.

Da tenere presente che l'effetto di riduzione della base Ace si produce unicamente a fronte di acquisti di partecipazioni in società (già) controllate, per cui non opera con riferimento all'acquisto di partecipazioni da terzi e a partecipazioni in società non controllate da parte del gruppo⁶.

La lettera b), comma 3 prevede l'ulteriore fattispecie della sterilizzazione della base Ace per un importo pari al corrispettivo della cessione di aziende all'interno dello stesso gruppo. Anche tale operazione è idonea a trasferire conferimenti in denaro ad altre società del gruppo affinché queste li usino per effettuare ulteriori conferimenti in denaro a favore di altre società del gruppo, determinando un effetto moltiplicativo dell'Ace. La sterilizzazione opera sull'acquirente dell'azienda, il quale deve ridurre la propria base Ace.

La terza fattispecie antielusiva, prevista dalla lettera c), comma 3, riguarda la sterilizzazione della base Ace fino a concorrenza dell'incremento dei finanziamenti nei confronti dei soggetti del gruppo, rispetto a quelli esistenti al 31 dicembre 2010. Ciò al fine di evitare che gli aumenti di capitale proprio mediante conferimenti in denaro possano essere utilizzati per erogare prestiti ad altre società del gruppo le quali poi li utilizzino per effettuare conferimenti rilevanti ai fini Ace in altre società del gruppo⁷.

Il comma 2, [articolo 10](#), D.M. 3 agosto 2017 prevede poi una riduzione dell'incremento di capitale proprio per un importo pari ai conferimenti in denaro effettuati a favore di altre società del gruppo.

Anche in tal caso la finalità è quella di evitare che, mediante un unico conferimento in denaro, si possa ottenere la moltiplicazione "a cascata" della base Ace su più società del medesimo gruppo. La sterilizzazione opera sulla società conferente mentre la rilevanza dell'apporto viene mantenuta sulla società conferitaria⁸.

⁶ Secondo le previsioni del D.M. 3 agosto 2017 rilevano gli acquisti di partecipazioni in società controllate appartenenti anche a soggetti del gruppo non residenti, mentre ciò non avveniva secondo quanto previsto dal previgente D.M. 14 marzo 2012.

⁷ Come chiarito dalla [circolare n. 12/E/2014](#), l'importo dell'incremento di crediti da finanziamento verso società del gruppo va determinato avendo riguardo ai singoli rapporti verso le società finanziate, senza dunque poter compensare l'incremento di un finanziamento verso una società con la riduzione di quello verso altra società.

⁸ Detta riduzione era già prevista dal comma 2, articolo 10, D.M. 14 marzo 2012 ma ora riguarda i conferimenti effettuati nei confronti di "soggetti del gruppo, ovvero divenuti tali a seguito del conferimento", mentre in precedenza il riferimento era nei confronti "di soggetti controllati, o sottoposti al controllo del medesimo controllante, ovvero divenuti tali a seguito del conferimento".

Come precisato dalla relazione illustrativa al D.M. 3 agosto 2017, sulla base della nuova formulazione del comma 1, [articolo 10](#), la disciplina antielusiva speciale si applica anche ai conferimenti in denaro che vengono effettuati in favore di soggetti non residenti appartenenti al medesimo gruppo, mentre in precedenza tali operazioni ne erano escluse.

Con il D.M. 3 agosto 2017 viene confermato che la riduzione imputabile ai conferimenti in denaro a società del gruppo prescinde dalla persistenza del rapporto di controllo alla data di chiusura dell'esercizio; circostanza che sta a significare che la predetta sterilizzazione ha natura permanente ovvero opera anche se successivamente al conferimento la conferente ha ceduto la partecipazione nella conferitaria.

Il D.M. 3 agosto 2017 non ha riconfermato la causa di sterilizzazione della base Ace relativa ai conferimenti in denaro provenienti da soggetti esteri (non "black list") controllati da soggetti residenti, che era prevista dalla lettera c), comma 3, articolo 10, D.M. 14 marzo 2012.

Ora tale fattispecie, nell'ambito della nuova normativa antielusiva di cui al D.M. 3 agosto 2017 è, infatti, ricompresa nel comma 2, articolo 10 il quale, come detto in precedenza, prevede la sterilizzazione della base Ace, in capo alla conferente, a fronte di conferimenti in denaro ricevuti da altre società del gruppo, anche residenti all'estero, mentre in precedenza detta disposizione si applicava unicamente ai conferimenti ricevuti da società del gruppo residenti in Italia⁹.

Il comma 4, articolo 10, D.M. 3 agosto 2017 conferma, invece, che la variazione del capitale proprio risulta diminuita dei conferimenti in denaro provenienti da soggetti c.d. "black list" (ovvero diversi da quelli domiciliati in Stati o territori che consentono un adeguato scambio di informazioni), anche se non appartenenti al gruppo¹⁰.

Si tratta dell'unico caso in cui l'operazione di sterilizzazione della base Ace opera con riferimento a soggetti (anche) non appartenenti al gruppo. Ciò in quanto, trattandosi di soggetti residenti in Stati non collaborativi, non è verificabile l'effettiva appartenenza al gruppo per cui, come già chiarito dalla [circolare n. 12/E/2014](#), vi è il potenziale pericolo che l'apporto sia stato veicolato da una società non residente che, nella realtà, è riconducibile al medesimo gruppo della conferitaria (salvo propria contraria da fornire in sede di interpello).

⁹ La predetta fattispecie era diretta a evitare il rischio che vi potesse essere un conferimento "circolare" in denaro veicolato tramite una società estera del gruppo al fine di moltiplicare la base Ace. Si poteva trattare, ad esempio, del caso di una controllante residente Alfa che effettuava un conferimento in denaro alla controllata estera Beta e quest'ultima, con le somme ricevute, effettuava un successivo conferimento in denaro nella controllata italiana Gamma. Questo rischio è ora scongiurato dalle previsioni del comma 2, articolo 10, D.M. 3 agosto 2017 in base al quale il conferimento dalla società italiana Alfa alla controllata estera Gamma sterilizza la base Ace di Alfa, interrompendo così gli effetti della "moltiplicazione" dei conferimenti.

¹⁰ Detta previsione era contenuta nella lettera d), comma 3, articolo 10, D.M. 14 marzo 2012.

L'acquisto di partecipazioni tramite società veicolo

Alla luce della disciplina antielusiva sinteticamente illustrata nel paragrafo che precede, ci si è chiesti se l'acquisto di partecipazioni, non direttamente da parte di una persona fisica o soggetto non residente, bensì attraverso la costituzione di una società veicolo, possa essere considerata un'operazione elusiva ai fini dell'Ace.

Nel caso di acquisto diretto da parte di persona fisica o soggetto estero, infatti, le somme derivanti dal pagamento del prezzo verrebbero trasferite direttamente al venditore, non rilevando per l'Ace, mentre nel secondo caso il compratore effettuerebbe prima un conferimento in denaro nella società veicolo che rilevarebbe ai fini Ace per detta società e che poi verrebbe utilizzato per acquistare la partecipazione dal venditore.

L'acquisto di partecipazioni da terzi, come abbiamo visto, non rientra nelle fattispecie previste dalla disciplina antielusiva speciale e in particolare dal comma 1, lettera a), [articolo 10](#), D.M. 3 agosto 2017, perché detta norma riguarda solo gli acquisti di partecipazioni già appartenenti allo stesso gruppo.

Detto acquisto non rientra neppure nella fattispecie contemplata dall'[articolo 1](#), comma 6-bis, D.L. 201/2011, che prevede una causa di sterilizzazione della base Ace a fronte dell'incremento di "titoli e valori mobiliari", ma "diversi dalle partecipazioni".

Infine, non rileva ai fini della normativa antielusiva speciale nemmeno il conferimento nella società veicolo da parte di soggetto estero in quanto, come detto in precedenza, la sterilizzazione della base Ace è prevista solo se il conferente è un soggetto "black list".

Pertanto, la descritta operazione può essere tutt'al più sindacata dall'Amministrazione finanziaria in applicazione della normativa antielusiva generale di cui all'[articolo 10-bis](#), Statuto del contribuente, la quale, come è noto, prevede che:

"configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti".

I presupposti dell'abuso del diritto sono dunque i seguenti:

- ottenimento di un vantaggio fiscale indebito;
- mancanza di sostanza economica;
- il vantaggio fiscale deve rappresentare l'essenza dell'operazione.

I vantaggi fiscali indebiti consistono in benefici realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

Sono considerate operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali.

Sono indici di mancanza di sostanza economica la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.

Viene comunque previsto che non si considerano abusive le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente. Resta inoltre ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Ciò premesso, l'Agenzia delle entrate, Direzione normativa e contenzioso, con l'interpello n. 954-120/2017, non oggetto di pubblicazione, ha affrontato il caso di una *holding* inglese che già deteneva una società in Italia e che ne acquistava un'altra, non direttamente, ma tramite la costituzione di una società veicolo di diritto italiano.

La società veicolo veniva capitalizzata dalla *holding* inglese al fine di fornire le risorse necessarie all'acquisizione della società "*target*".

Successivamente la società veicolo e la società *target* venivano incorporate, unitamente all'altra società italiana posseduta dal gruppo inglese.

L'immissione di risorse finanziarie a titolo di capitale in favore della società veicolo costituiva per questa un incremento della "base Ace" che veniva poi ereditata dalla società risultante dalla fusione.

Secondo il parere dell'Agenzia delle entrate, alla luce dell'attuale normativa sull'abuso del diritto, gli effetti fiscali dell'operazione descritta non realizzano un vantaggio fiscale "indebito" in quanto la costituzione di una società veicolo finalizzata all'acquisizione di una società *target* e la successiva integrazione delle varie strutture in un'ottica di miglioramento funzionale del gruppo non integrano lo sviamento della *ratio* delle disposizioni vigenti in materia di Ace (o dei principi dell'ordinamento tributario).

Sempre secondo l'Agenzia delle entrate, sotto il profilo della natura indebita del vantaggio fiscale in parola, si può affermare che il beneficio fiscale – in termini di deduzione Ace – derivante dall'operazione descritta, non risulta contrario alla *ratio* istitutiva della norma, né ai principi generali dell'ordinamento tributario, poiché in conseguenza del conferimento in denaro e dei successivi atti di fusione si determina un'effettiva capitalizzazione della società risultante dalle operazioni di fusione.

Per l'Agenzia delle entrate non sussiste quindi il primo dei requisiti che configurano la condotta abusiva, il quale consiste, come detto, nell'indebito vantaggio fiscale, non ravvisandosi nel caso oggetto di interpello, contrasto con le finalità delle disposizioni normative riguardanti l'Ace¹¹.

Di conseguenza l'operazione non può essere sindacata sul piano dell'abuso del diritto ai sensi dell'[articolo 10-bis](#), Statuto dei diritti del contribuente.

Ad analoga conclusione è giunta anche la giurisprudenza di merito e in particolare la CTR della Lombardia sentenza n. 192/VI/2018, con riferimento a un caso analogo ove un fondo di investimento francese acquistava una Spa italiana mediante una società veicolo che veniva dotata delle risorse necessarie mediante un conferimento in capitale. Nell'occasione la CTR della Lombardia, confermando la sentenza di primo grado della CTP di Milano, ha stabilito che non c'è elusione quando l'acquisizione di una società *target* da parte di un soggetto estero venga realizzata attraverso una società veicolo italiana che viene dotata delle risorse, necessarie per pagare il prezzo, mediante un conferimento in denaro che rileva per detta società ai fini dell'Ace¹².

Conclusioni

Con la risposta all'interpello in commento l'Agenzia delle entrate ha confermato che l'operazione di acquisto di una partecipazione mediante la costituzione di una società veicolo non risulta in contrasto con le finalità dell'Ace, il quale intende agevolare l'immissione di nuovo capitale nelle imprese, senza valutare gli utilizzi di tale capitale, che quindi può essere destinato sia a investimenti di natura produttiva sia di natura finanziaria, rappresentati anche dall'acquisto di partecipazioni.

In tal caso non si verifica alcun aggiramento di norme impositive e quindi gli effetti conseguiti sono in linea con il sistema e con gli obiettivi perseguiti dal Legislatore.

La possibilità di usufruire dell'Ace, nel caso in oggetto, viene mantenuta anche a seguito della successiva operazione di riorganizzazione attuata mediante la fusione della società veicolo con la società *target*, con conseguente trasferimento dell'agevolazione Ace sulla società incorporante.

Si è, infatti, venuta a determinare una effettiva capitalizzazione della società risultante dalla fusione. Inoltre, è presente una specifica disciplina antielusiva per il trasferimento dell'Ace nelle fusioni, ovvero [l'articolo 172](#), comma 7, Tuir, il quale, nel quinto periodo, prevede che le disposizioni sulla limitazione

¹¹ Appurata l'assenza del primo requisito (indebito vantaggio fiscale conseguito), non occorre quindi verificare gli ulteriori 2 requisiti dell'abuso del diritto, né analizzare le ragioni extrafiscali dell'operazione, le quali avrebbero potuto costituire un'esimente per la disciplina antiabuso in presenza di tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie abusiva.

¹² Cfr. G. Albano, "La società veicolo mantiene l'Ace", in *Il Sole 24 Ore* del 26 febbraio 2018.

al riporto delle perdite fiscali nell'ambito delle fusioni si rende applicabile anche all'eccedenza relativa all'Ace di cui all'[articolo 1](#), comma 4, D.L. 201/2011¹³.

Diverso è invece il caso in cui l'acquisto di partecipazioni viene posto in essere nell'ambito di una più articolata operazione a fronte della quale l'apporto di nuovo capitale risulta "fittizio", in quanto non consistente in un effettivo incremento patrimoniale del soggetto beneficiario dell'Ace o del gruppo a cui appartiene, oppure consente una duplicazione della base Ace.

Dall'analisi dei diversi casi specifici oggetto di illustrazione nella [circolare n. 21/E/2015](#) emerge infatti che per l'Amministrazione finanziaria risultano elusive - al di là delle specifiche operazioni contemplate dalla disciplina antielusiva speciale del decreto attuativo - quelle operazioni di cessione di partecipazioni, effettuate anche nei confronti di soggetti terzi, che comportano la duplicazione della base Ace oppure che implicano un apporto di capitale proprio che risulta soltanto apparente, ma che di fatto non determina alcun incremento sostanziale di risorse finanziarie per il soggetto beneficiario.

Ne consegue, che pure l'acquisto di partecipazioni, effettuato anche nei confronti di terzi, può rappresentare un'operazione elusiva ai fini dell'Ace se comporta una duplicazione dell'agevolazione all'interno di uno stesso gruppo societario oppure se concorre a determinare un aumento di capitale proprio che è soltanto apparente e dunque non meritevole di creare base Ace.

Queste conclusioni risultano confermate proprio dalla risposta all'interpello n. 954-120/2017, nel punto in cui si evidenzia che dalla documentazione integrativa fornita dal contribuente istante, su richiesta dell'Agenzia delle entrate, risulta che tra i soci della società acquisita e gli altri soggetti coinvolti nella successiva operazione di fusione, inclusa la società controllante e le altre società del gruppo, non è stato registrato alcun flusso finanziario al di là di un finanziamento infruttifero del 2015 che tuttavia è stato rimborsato prima della cessione della partecipazione.

L'assenza di tali flussi, secondo l'Agenzia delle entrate, esclude che sia rinvenibile nella fattispecie oggetto di interpello alcuna "circolarità", delle somme corrisposte per l'acquisizione, verso altri soggetti dei gruppi coinvolti.

¹³ Per approfondimenti sulla questione sia consentito il rinvio a F. Giommoni, "[Legge di Bilancio 2017: le novità in materia di Ace e operazioni straordinarie](#)", in La rivista delle operazioni straordinarie, n. 1/2017.

La rivista delle operazioni straordinarie n. 10/2018

Cessione totalitaria di partecipazioni ai fini dell'imposta di registro

di Andrea Dosa – dottore commercialista

Il presente contributo intende esaminare il tema della riqualificazione ai fini dell'imposta di registro della cessione totalitaria di partecipazioni societarie ai sensi dell'[articolo 20](#), Tur ("Testo unico dell'imposta di registro"). La suddetta riqualificazione, effettuata nel corso degli anni da parte dell'Agenzia delle entrate, ha spesso trovato supporto da parte della giurisprudenza ed è stata invece fortemente criticata da larga parte della dottrina. Alla luce delle novità introdotte dalla "Legge di Bilancio 2018" che è intervenuta modificando l'[articolo 20](#), Tur, la cessione totalitaria di una partecipazione societaria non potrà più essere riqualificata ai fini dell'imposta di registro in una cessione d'azienda: resta tuttavia da comprendere se la nuova norma abbia o meno efficacia retroattiva.

La riqualificazione ai fini dell'imposta di registro della cessione totalitaria di partecipazioni in cessione d'azienda

L'articolo 20, Tur prevedeva nella sua formulazione originaria l'applicazione dell'imposta di registro sulla base dell'intrinseca natura e degli effetti giuridici degli atti sottoposti a registrazione.

Nel quadro sistematico dell'imposta di registro lo stesso può essere inteso come una norma che permette all'Amministrazione di valutare il contenuto e la portata degli atti presentati alla registrazione¹⁴. L'Amministrazione finanziaria, in virtù di tale disposizione normativa, procedeva sovente a riqualificare ai fini dell'imposta di registro la cessione totalitaria di partecipazioni in un mero atto di cessione d'azienda: gli effetti ai fini dell'imposta di registro sono ovviamente assai diversi, dato che la cessione di partecipazione sconta l'imposta di registro in misura fissa (ai sensi dell'[articolo 11](#), prima parte della Tariffa, Tur), mentre la cessione d'azienda sconta l'imposta di registro proporzionale. La giurisprudenza, che inizialmente aveva negato la correttezza di tale riqualificazione¹⁵, ha successivamente (in particolare dal 2008 in avanti) cambiato orientamento, affermando in molte occasioni la correttezza di tale interpretazione. Tale riqualificazione, frequentemente operata

¹⁴ Una norma simile era contenuta nell'articolo 8, R.D. 3276/1923 secondo cui "le tasse sono applicate secondo l'intrinseca natura e gli effetti degli atti o dei trasferimenti, se anche non vi corrisponda il titolo apparente".

¹⁵ In tal senso Cassazione n. 5862/2003, CTC a SS.UU. n. 38977/1952 e CTC n. 3636/1981.

dall'Amministrazione finanziaria e supportata da un certo filone giurisprudenziale, era di fatto essenzialmente fondata su 3 presupposti:

1. natura antielusiva dell'[articolo 20](#), Tur¹⁶ – sulla base di tale assunto l'articolo 20, Tur consentirebbe agli uffici di contrastare il comportamento del contribuente volto all'aggiramento della norma che prevede la tassazione in misura proporzionale della cessione d'azienda. Tale assunto non è, tuttavia, condivisibile a parere di chi scrive, in quanto il sistema tributario già conteneva una norma generale con funzione antielusiva ([articolo 10-bis](#), Statuto dei diritti del contribuente¹⁷) e la sua introduzione ha tra l'altro comportato l'abrogazione della precedente norma generale di carattere antielusivo ([articolo 37-bis](#), D.P.R. 600/1973), lasciando invece inalterato l'articolo 20, Tur¹⁸;
2. similarità degli effetti economici¹⁹ - la riqualificazione della cessione di quote o azioni in cessione d'azienda sarebbe possibile sulla base della similarità degli effetti economici prodotti dalle 2 operazioni (seppure gli effetti giuridici delle stesse siano in ogni caso profondamente diversi). Sulla base di tale considerazione quindi, la riqualificazione dell'atto di cessione della partecipazione (o di un insieme di atti tra loro collegati) in cessione d'azienda non sarebbe sottoposta alla valutazione in merito all'eventuale sussistenza della finalità elusiva dell'operazione, ma sarebbe in ogni caso giustificata nel caso in cui il negozio (o i negozi) posti in essere siano indirizzati a raggiungere gli obiettivi economici perseguiti attraverso la cessione d'azienda. Secondo tale orientamento, l'ufficio pertanto non dovrebbe dimostrare l'intento elusivo per poter procedere alla riqualificazione dell'operazione;
3. schema negoziale tipizzato dal Legislatore²⁰ - secondo tale orientamento, l'articolo 20, Tur consentirebbe di ricondurre l'atto ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro al corretto schema negoziale previsto dal Legislatore, prescindendo, quindi, tanto dalla finalità elusiva dell'operazione, quanto dagli effetti economici prodotti dalla stessa. È del tutto evidente che da tale punto di vista si potrebbe procedere a riqualificare gli atti di cessione di partecipazione laddove di fatto vi sia stata un'erronea classificazione dell'atto e si sia proceduto quindi all'assolvimento dell'imposta sulla base di tale erroneo inquadramento. In tale ottica, pertanto, atti qualificati come cessioni di partecipazioni che

¹⁶ In tal senso CTR Toscana n. 1252/2016, CTR Liguria n. 946/2016, Cassazione n. 30055/2008, n. 30056/2008, n. 30057/2008.

¹⁷ Come rilevato da Assonime nella circolare n. 21/2016 l'articolo 10-bis dello Statuto ha carattere generale essendo stato concepito per essere applicato in tutti gli ambiti del sistema tributario.

¹⁸ L'introduzione dell'articolo 10-bis, Statuto del contribuente (avvenuta nel 2015) avrebbe dovuto comportare a detta di molti la possibilità di riqualificare ai fini dell'imposta di registro la cessione totalitaria di partecipazioni ai sensi dell'articolo 10-bis e non ai sensi dell'articolo 20, Tur cosa che invece negli anni successivi non è avvenuta dato che le riqualificazioni ai sensi dell'articolo 20, Tur sono continuate e anzi aumentate.

¹⁹ In tal senso Cassazione n. 3562/2017, n. 8542/2016/2016, n. 24594/2015.

²⁰ In tal senso Cassazione n. 2054/2017, n. 21676/2017, n. 6758/2017. Quest'ultima (*i.e.* sentenza n. 6758/2017) ha affermato la c.d. "teoria del collegamento negoziale" secondo cui nel caso di cessione di partecipazioni non funzionalmente connessa ad altri atti, l'imposta di registro deve essere applicata sulla base dei soli effetti giuridici, mentre qualora la cessione di partecipazioni sia funzionalmente connessa ad altri atti e si inquadri in un programma negoziale che si sostanzia in una pluralità di atti fra loro funzionalmente connessi, la riqualificazione dovrà avere a riferimento gli effetti economici dello stesso.

prevedono clausole tipiche dei contratti di cessione d'azienda, risultano essere fortemente a rischio di riqualificazione da parte dell'Amministrazione finanziaria.

La dottrina, in passato, aveva criticato aspramente tale prassi accertativa, anche alla luce dei diversi effetti giuridici ed economici che sottendono la cessione di azienda e quella totalitaria delle partecipazioni²¹.

L'acquisto delle quote o azioni, infatti, non permette una serie di facoltà concesse invece a chi ne acquista la proprietà (tra tutte quella di affittarla e in generale di disporne nei modi previsti dalla legge) e non è soggetto all'applicazione dell'[articolo 2560](#), cod. civ. secondo cui "*l'acquirente risponde dei debiti relativi all'azienda ceduta*".

Assonime, con la circolare n. 20/2017, ha evidenziato come tale interpretazione non sia compatibile con la Direttiva comunitaria sulla tassazione della raccolta dei capitali (Direttiva 7/2008) in quanto all'[articolo 5](#), comma 2, esclude la possibilità di applicare tributi indiretti a operazioni aventi a oggetto partecipazioni, sul presupposto che gli strumenti finanziari rappresentativi del capitale di società devono poter "circolare" senza che tale "circolazione" sia ostacolata da oneri di carattere tributario. Il Consiglio Nazionale del Notariato, con lo Studio n. 170/2011, ha affermato che la riqualificazione non è possibile né basandosi sull'[articolo 20](#), Tur, né sui principi giurisprudenziali in materia di abuso del diritto, in quanto le 2 operazioni perseguono finalità del tutto differenti e le relative conseguenze giuridiche sono anch'esse incompatibili.

Le modifiche introdotte dalla Legge di stabilità 2018

La Legge di Bilancio 2018 (*i.e.* L. 205/2017) ha modificato l'articolo 20, Tur prevedendo che, per la corretta tassazione dell'atto, non rilevano gli elementi interpretativi esterni all'atto stesso, le disposizioni contenute in altri negozi giuridici collegati con quello da registrare e gli interessi oggettivamente e concretamente perseguiti dalle parti nei casi in cui gli stessi potranno condurre a un'assimilazione di fattispecie contrattuali giuridicamente distinte.

Come affermato dalla Relazione illustrativa alla legge, la nuova norma mira a evitare anche che la cessione totalitaria di una partecipazione possa essere assimilata a una cessione d'azienda. Dato il mutato quadro normativo, sembrerebbe pertanto pacifico che la cessione totalitaria di partecipazioni

²¹ Ai fini Iva invece l'assimilazione della cessione totalitaria di partecipazioni in cessione d'azienda potrebbe essere considerata ragionevole. La Corte di Giustizia UE nella sentenza 29 ottobre 2009 causa C-29/08 ha affermato che ai fini Iva la cessione totalitaria di partecipazioni debba essere considerata cessione di azienda e quindi esclusa da imposta ove la stessa abbia a oggetto il trasferimento in tutto o in parte del patrimonio della partecipata.

non possa più essere riqualficata, ai fini dell'imposta di registro, in una cessione d'azienda²² sulla base dell'indagine dei motivi o dei riflessi economici dell'operazione che viene posta in essere attraverso l'atto (o una serie di atti tra loro collegati), a meno che non vi siano i presupposti per l'applicazione della disciplina sull'abuso del diritto.

La legge, tuttavia, nulla dispone relativamente all'efficacia temporale della modifica normativa e se quindi la stessa possa applicarsi anche ai rapporti instauratisi anteriormente al 1° gennaio 2018 o solo a quelli instauratisi posteriormente a tale data.

Un principio generale del nostro ordinamento è che *“la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”*²³. Tale principio è ribadito nello Statuto dei diritti dei contribuenti, i cui articoli [3](#) e [1](#) così recitano: *“le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo”* e *“le disposizioni della presente legge, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali”* e ancora *“l'adozione di norme interpretative in materia tributaria può essere disposta soltanto in casi eccezionali e con legge ordinaria, qualificando come tali le disposizioni di interpretazione autentica”*. Pertanto i casi in cui una disposizione tributaria può esplicare i suoi effetti per il passato sono solo 2, ovvero quando il Legislatore lo dichiara espressamente mediante deroga al generale principio di irretroattività e nel caso di una norma di interpretazione autentica. Non avendo il Legislatore esercitato alcuna deroga, la questione da approfondire è se la modifica legislativa apportata abbia natura interpretativa o innovativa. Sul punto giova chiarire preliminarmente che affinché una norma possa essere considerata interpretativa (e quindi retroattiva) è necessario che la stessa si limiti a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente e non integri il precetto di quest'ultima, ovvero non adotti un'opzione ermeneutica non desumibile dall'ordinaria esegesi della norma²⁴. Pertanto, la qualificazione di norma interpretativa presuppone che la stessa si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto e riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario²⁵, individuando contenuti normativi plausibilmente ricavabili dalla disposizione oggetto dell'asserita interpretazione.

Come già argomentato in precedenza, una delle possibili interpretazioni della precedente versione dell'[articolo 20](#), Tur consentiva la riqualficazione della cessione totalitaria di partecipazioni in cessione

²² In realtà alla luce della modifica la riqualficazione del negozio (sia di cessione totalitaria di quote sia di conferimento d'azienda seguito da cessione della partecipazione) non potrà più essere effettuata dall'ufficio preposto alla registrazione dell'atto sulla base dell'interpretazione degli atti, ma potrà essere effettuata dall'Amministrazione finanziaria ai sensi della disciplina sull'abuso del diritto (con le conseguenti garanzie procedurali a favore del contribuente).

²³ Articolo 11 delle “preleggi”.

²⁴ Consiglio di Stato, n. 3612/2002. Il Consiglio di Stato ha affermato che *“l'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica è soggetta al limite del rispetto del principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale di una disposizione interpretativa che indichi una soluzione ermeneutica non prevedibile rispetto a quella affermata nella prassi”*.

²⁵ Corte Costituzionale sentenze n. 234/2007 e n. 274/2006.

d'azienda, motivandola alternativamente o cumulativamente secondo le 3 predette tesi (*i.e.* funzione antielusiva dell'[articolo 20](#), Tur similarità degli effetti economici e schema negoziale tipizzato dal Legislatore). Il dettato della Legge di Bilancio 2018 pertanto deve essere collocato in tale contesto di incertezza e dubbi interpretativi relativamente alla portata dell'articolo 20, Tur, come anche chiaramente evidenziato dalla Relazione illustrativa alla Legge di Bilancio 2018²⁶, che - a parere di chi scrive - sembra non lasciare alcun dubbio relativamente alla natura interpretativa della disposizione. Nella Relazione, infatti, emerge chiaramente l'intento del Legislatore di interpretare la norma, in quanto viene espressamente sancito che:

“la modifica è volta a dirimere alcuni dubbi interpretativi sorti in merito alla portata applicativa dell'articolo 20, Tur ... la norma introdotta è volta dunque a definire la portata della previsione di cui all'articolo 20, Tur”.

La modifica normativa, limitandosi a chiarire che nell'interpretazione dell'atto sottoposto a registrazione bisogna prescindere da *“elementi extratestuali e dagli atti a esso collegati”* e basarsi sugli elementi desumibili dall'atto presentato, a parere di chi scrive, ha inteso semplicemente chiarire la portata applicativa dell'articolo 20, Tur, optando per una delle possibili interpretazioni che venivano date allo stesso, smentendone altre, senza *“innovare”* il precetto della norma. Il Legislatore sarebbe, pertanto, intervenuto in maniera tale da porre un freno all'attività riqualificatoria dell'ufficio (assecondata da parte della giurisprudenza come già si è detto), riaffermando un principio che parte della giurisprudenza aveva già affermato subito dopo l'entrata in vigore del Tur, ovvero che la *ratio* dell'articolo 20, Tur esige che l'atto sia tassato in base alla sua intrinseca natura e agli effetti, ancorché non corrispondenti al titolo o alla forma apparente, cosicché la ricerca di tale natura e di tali effetti deve essere condotta attraverso l'interpretazione dei patti negoziali in applicazione delle regole generali di ermeneutica dettati dal codice civile; l'unico limite è costituito dalla circostanza che tale

²⁶ *“La modifica è volta a dirimere alcuni dubbi interpretativi sorti in merito alla portata applicativa dell'articolo 20, Tur, rubricato “interpretazione degli atti”. Tali incertezze interpretative sono rese evidenti anche dall'esame delle pronunce della giurisprudenza di legittimità che, in alcune sentenze, ha riconosciuto una valenza antielusiva all'articolo 20, Tur, mentre in altri arresti, soprattutto in quelli più recenti, ha ritenuto di dover procedere alla riqualificazione delle operazioni poste in essere dai contribuenti, attraverso il perfezionamento di un atto o di una serie di atti, facendo ricorso ai principi sanciti dall'articolo 20, Tur; secondo tale tesi interpretativa, la riqualificazione può essere operata, dunque, senza dover valutare il carattere elusivo dell'operazione posta in essere dai contribuenti. La norma introdotta è volta, dunque, a definire la portata della previsione di cui all'articolo 20, Tur, al fine di stabilire che detta disposizione deve essere applicata per individuare la tassazione da riservare al singolo atto presentato per la registrazione, prescindendo da elementi interpretativi esterni all'atto stesso (ad esempio, i comportamenti assunti dalle parti), nonché dalle disposizioni contenute in altri negozi giuridici “collegati” con quello da registrare. Non rilevano, inoltre, per la corretta tassazione dell'atto, gli interessi oggettivamente e concretamente perseguiti dalle parti nei casi in cui gli stessi potranno condurre a una assimilazione di fattispecie contrattuali giuridicamente distinte (non potrà, ad esempio, essere assimilata a una cessione di azienda la cessione totalitaria di quote). È evidente che ove si configuri un vantaggio fiscale che non può essere rilevato mediante l'attività interpretativa di cui all'articolo 20, Tur, tale vantaggio potrà essere valutato sulla base della sussistenza dei presupposti costitutivi dell'abuso del diritto di cui all'articolo 10-bis, L. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente). In tale sede andrà quindi valutata, anche in materia di imposta di registro, la complessiva operazione posta in essere dal contribuente, considerando, dunque, anche gli elementi estranei al singolo atto prodotto per la registrazione, quali i fatti, gli atti e i contratti a esso collegati. Con le modalità previste dall'articolo 10-bis, L. 212/2000, potrà essere, quindi, ad esempio, contestato l'abusivo ricorso a una pluralità di contratti di trasferimento di singoli assets al fine di realizzare una cessione d'azienda.”*

interpretazione deve essere effettuata con esclusivo riferimento all'atto da registrare e senza riferimento a elementi estrinseci²⁷.

Pertanto, già nella previgente versione dell'[articolo 20](#), Tur erano posti dei limiti all'attività di riqualificazione dell'ufficio, limiti ravvisabili negli elementi extratestuali degli atti: la prassi e la giurisprudenza negli anni hanno, tuttavia, oltrepassato tali limiti (come argomentato in precedenza). Il fatto che la norma non si autoqualifichi come interpretativa²⁸ e quindi difetti di tale requisito, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione non dovrebbe costituire un elemento ostativo alla portata interpretativa della stessa.

L'Amministrazione finanziaria dal canto suo si è espressa in occasione di Telefisco 2018 chiarendo che la nuova disposizione è applicabile alle attività di liquidazione effettuate dagli uffici a decorrere dal 1° gennaio 2018, escludendo quindi l'applicabilità della disposizione agli avvisi di accertamento emanati prima della suddetta data e affermando in tal modo la natura innovativa della stessa. La giurisprudenza, sul punto sembra al momento contraddittoria: mentre infatti la giurisprudenza di legittimità²⁹ si è

²⁷ Cassazione n. 75/1987.

²⁸ In Commissione bilancio della Camera erano stati presentati diversi emendamenti volti ad affermare la natura interpretativa della disposizione, ma per motivi presumibilmente di gettito, nessuno è stato accolto.

²⁹ Cassazione n. 2007/2018. Nella sentenza la Corte ha chiarito che le previsioni della Legge di Stabilità 2018 non sono applicabili alle operazioni poste in essere prima del 1° gennaio 2018 non avendo efficacia retroattiva. Ad avviso della Corte alla norma non si può attribuire natura interpretativa in quanto la nuova norma introduce limiti all'attività di riqualificazione che prima non erano previsti e limita la rilevanza del collegamento negoziale ai casi di applicazione della disciplina dell'abuso del diritto di cui all'articolo 10-bis, L. 212/2000. La Cassazione inoltre ha affermato che il collegamento negoziale e la rilevanza degli elementi extratestuali, che di fatto sono stati espunti dall'ambito applicativo dell'articolo 20, D.P.R. 131/1986, sono ora di possibile "recupero" nei giudizi dove si applicherà l'articolo 10-bis, Statuto del contribuente.

Cassazione n. 4407/2018 e n. 4589-4590/2018. Nelle sentenze in oggetto la Cassazione ha negato la portata retroattiva della norma per 2 ordini di motivi: 1. non vi è nella norma alcuna esplicita previsione della portata retroattiva della stessa 2. assenza di adeguati motivi di interesse generale tali da giustificare la retroattività della stessa.

Cassazione ordinanza n. 5748/2018, n. 7637/2018. La Corte nelle ordinanze ha escluso la natura interpretativa della nuova formulazione dell'articolo 20, Tur "in quanto essa introduce limiti prima non previsti all'attività di riqualificazione giuridica della fattispecie" basando tale conclusione su 3 motivi: 1. la Corte ha ritenuto che la nuova norma non abbia risolto un conflitto tra diverse correnti interpretative in merito all'articolo 20, Tur dato che nella sua più recente giurisprudenza era stata già chiarita la rilevanza del collegamento funzionale tra più atti ai fini della individuazione del fatto imponibile; 2. il dato testuale dell'articolo 1, comma 87, L. 205/2017 che dichiara di apportare talune modificazioni all'articolo 20, Tur palesando pertanto la natura innovativa dello stesso; 3. la modifica introdotta ha determinato una rivisitazione strutturale e antitetica dell'articolo 20, Tur.

Il primo motivo in particolare desta a parere di chi scrive molte perplessità in quanto la Corte sembra aver del tutto trascurato gli orientamenti giurisprudenziali e di dottrina che interpretavano il previgente articolo 20 nel senso della "irrelevanza del collegamento tra più atti ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro" e che pertanto si ponevano in contrasto con la più recente giurisprudenza della Cassazione.

Cassazione ordinanza n. 14999/2018. La Corte ha negato la natura interpretativa della disposizione che ha modificato l'articolo 20, Tur e nella motivazione, dopo aver richiamato l'articolo 11 preleggi (che prevede la generale irretroattività delle norme, salvo una disposizione contraria espressa) e la Corte di Giustizia (Grande Sezione, 6 settembre 2011, C-108/10) in cui ha affermato il principio di tendenziale irretroattività della legge civile, ha affermato che "la Consulta ha anche più volte affermato che ... non è precluso al Legislatore di emanare norme retroattive (sentenza n. 232/2016; n. 150/2015), che però, oltre a dover espressamente contenere come detto tale previsione di retroattività, deve altresì, al fine di superare indenni il vaglio di costituzionalità, trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza ed essere sostenuta da adeguati motivi di interesse generale (ex multis, sentenze n. 232/2016, n. 69/2014 e n. 264/2012) ... anche a voler prescindere da un lato come detto dall'assenza di un'espressa menzione della retroattività del nuovo articolo 20 nel corpo della legge e dall'altro da un'indagine circa la ragionevolezza della norma, non si riscontrano quegli "adeguati motivi di interesse generale" richiamati dalla Consulta o quelle "ragioni imperative di interesse generale" citate dalla Corte di Strasburgo elementi ritenuti necessari per sostenere la retroattività della norma, trattandosi anzi di disciplina che, prima facie, non appare certo assecondare gli interessi del Fisco e quindi della collettività in generale". Tale motivazione (simile a quella fornita nelle già citate sentenze n. 4407/2018 e n. 4589/2018) risulta criticabile in quanto sembra considerare come motivo di interesse generale esclusivamente l'interesse del fisco ma non quello della certezza del diritto che sembra invece l'interesse perseguito dal Legislatore con la modifica dell'articolo 20, Tur.

espressa a favore della natura innovativa della modifica con conseguente affermazione della natura irretroattiva, la giurisprudenza di merito al momento ha fatto registrare anche sentenze di avviso opposto³⁰.

Altro aspetto da tenere in considerazione, è quello della presunta natura procedimentale del nuovo [articolo 20](#), Tur³¹ (che sembrerebbe confermata anche dalla relazione illustrativa nella parte in cui si afferma che la misura si limita esclusivamente a precisare le modalità con cui gli uffici devono effettuare le valutazioni ai fini del controllo, in tema di imposta di registro). Infatti, a parere di chi scrive, 2 potrebbero essere le modalità per far valere l'applicazione del "nuovo" articolo 20 su operazioni poste in essere anteriormente al 1° gennaio 2018, ovvero:

- per gli avvisi già emessi prima del 2018 si potrà far leva sulla natura interpretativa della norma;
- per gli avvisi emessi dal 1° gennaio 2018 (e relativi ai periodi d'imposta precedenti) si potrà far leva sulla natura procedimentale della stessa, con conseguente applicazione del principio del *tempus regit actum*, secondo cui deve essere applicata la normativa vigente al momento di adozione del provvedimento.

³⁰ CTP di Reggio Emilia sentenza n. 4/2/2018. Secondo la stessa *"la relazione governativa sottolinea, ripetutamente e con enfasi, che la norma è tesa a sciogliere dubbi interpretativi e conseguentemente nel momento in cui il Legislatore sceglie una tra le varie, possibili, interpretazioni di una norma, la norma che cristallizza la scelta del Legislatore non può che qualificarsi come norma di natura interpretativa al di là del fatto che, formalmente, non sia qualificata come tale"*. In particolare, secondo la Commissione Tributaria l'obiezione della Cassazione *"secondo cui il Legislatore sarebbe intervenuto modificando la norma, non ha pregio logico, posto che dà per dimostrato, ciò che deve dimostrare è, e cioè che la norma non possa avere natura interpretativa solo perché il Legislatore ha modificato, testualmente, la norma. Altrettanto infondata logicamente, è l'obiezione secondo cui vi sarebbe stata una rivisitazione strutturale della norma rispetto alla sua precedente versione secondo l'interpretazione datane in sede di legittimità: ovvio, posto che il Legislatore ha scelto, con la modifica testuale apportata alla norma, un'interpretazione difforme da quella prevalente di legittimità"*. La CTP di Reggio Emilia già prima della modifica apportata dalla Legge di Stabilità 2018 aveva già affermato (sentenza n. 189/2017) che la riqualificazione ai sensi dell'articolo 20, Tur sulla base degli effetti economici dell'atto è in contrasto con la lettura e la storia dell'articolo 20, Tur e pertanto la riqualificazione dell'atto di cessione totalitaria di quote sociali non può essere riqualificata in cessione d'azienda. CTP di Milano sentenza n. 571/2018. La sentenza della CTP riguardava un accertamento di un conferimento d'azienda e successiva cessione totalitaria della partecipazione nella conferitaria, riqualificata ai fini dell'imposta di registro in cessione di azienda (alla luce del nuovo articolo 20, Tur ovviamente tale riqualificazione non sarebbe possibile). La CTP nella sentenza ha di fatto ripercorso la *querelle* legata all'articolo 20, Tur e all'imposta di registro e se la stessa possa essere interpretata come "imposta d'atto" o come "imposta di negozio" e sebbene la giurisprudenza per molto tempo abbia avallato la seconda ipotesi, il Legislatore ha di fatto affermato con la modifica legislativa introdotta dalla Legge di Stabilità 2018 la natura di "imposta d'atto" della stessa. La CTP pur affermando la presenza di elementi a favore della natura interpretativa della norma (*i.e.* Relazione illustrativa), ha condiviso la tesi della Cassazione secondo cui la stessa avrebbe natura innovativa e quindi irretroattiva, tuttavia l'interprete non è comunque obbligato a dare alla norma previgente un significato contrastante con la nuova norma, anzi proprio il contrasto che ancora si registra nella giurisprudenza di legittimità autorizza a tener conto della novità legislativa sulla base di una lettura della norma costituzionalmente orientata in direzione della preminenza del principio di ragionevolezza. CTP di Milano sentenza n. 1358/2018. Il caso aveva a oggetto un aumento di capitale mediante conferimento in natura di un ramo d'azienda e successiva cessione delle quote e nella sentenza i giudici hanno infatti evidenziato la natura interpretativa della nuova norma. Nelle motivazioni della stessa infatti è spiegato che *"portata dirimente ai fini della decisione deve attribuirsi alla nuova formulazione dell'articolo 20, Tur introdotta dall'inizio del 2018 allo scopo di definire la portata della previsione normativa. La modifica, ancorché la norma non sia stata poi rubricata dal Legislatore come norma interpretativa, è stata introdotta infatti, per come risulta espressamente dalla relazione accompagnatoria ... proprio per dirimere alcuni dubbi interpretativi in merito alla sua portata applicativa, resi evidenti anche dai contrasti giurisprudenziali in materia ..."*.

³¹ La questione è legata alla nota contrapposizione tra norme sostanziali e norme procedurali. Le prime infatti disciplinano il presupposto del tributo, l'an o il *quantum debeat* e presuppongono la valutazione di contrapposti interessi per la determinazione del criterio di riparto, le seconde disciplinano obblighi strumentali che determinano situazioni attive e passive configurabili rispettivamente in capo al contribuente, all'ente impositore, ovvero in capo a terzi. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'efficacia nel tempo delle norme procedurali è regolata dal principio del *"tempus regit actum"* secondo cui il nuovo precetto è immediatamente efficace nei procedimenti in corso, senza che quindi assuma rilevanza il momento di formulazione del presupposto.

Ciò ovviamente senza dimenticare che, come argomentato, anche in vigore della versione precedente dell'[articolo 20](#), Tur la riqualificazione della cessione totalitaria di partecipazioni in cessione d'azienda, a parere di chi scrive non è conforme alla *ratio* dell'articolo 20, Tur e varca i limiti dell'interpretazione dell'atto: limiti che ancorchè non sanciti espressamente dalla precedente versione della norma, erano insiti nella stessa. D'altro canto infatti l'affermazione della giurisprudenza³² secondo cui *“l'interprete non è comunque obbligato a dare alla norma previgente un significato contrastante con la nuova norma, anzi proprio il contrasto che ancora si registra nella giurisprudenza di legittimità autorizza a tener conto della novità legislativa sulla base di una lettura della norma costituzionalmente orientata in direzione della preminenza del principio di ragionevolezza”*, parrebbe assicurare una lettura della precedente versione dell'articolo 20, Tur coerente con quella attuale.

The banner features the Euroconference logo (a stylized 'e' and 'c' in green) and the text 'Euroconference Centro Studi Forense'. A green box at the top right contains the text 'Seminario di specializzazione'. Below the logo, it says 'Seminario di 2 giornate intere' in yellow. The main title 'MODELLO 231: INDICAZIONI OPERATIVE PER LA REDAZIONE' is in large green letters. A decorative graphic of overlapping green and yellow circles is on the right. At the bottom, there are three location and date entries: 'BOLOGNA 04-05 dicembre 2018', 'PADOVA 12-13 dicembre 2018', and 'ROMA 28-29 novembre 2018'. Below these is 'TREVISO 06-07 novembre 2018'. A green button at the bottom center says 'ACCEDI AL SITO'.

³² CTP di Milano, sentenza n. 571/2018.

La rivista delle operazioni straordinarie n. 10/2018

Scissioni e credito d'imposta per le attività di ricerca e sviluppo

di Roberto Moro Visconti – professore di Finanza Aziendale nell'Università Cattolica – dottore commercialista e revisore legali dei conti in Milano

Matteo Maria Renesto – dottore commercialista e revisore legali dei conti in Milano

La disciplina del credito d'imposta per gli investimenti in attività di ricerca e sviluppo, introdotta dall'[articolo 3](#), D.L. 145/2013, pone una serie di problematiche applicative nei casi in cui i soggetti beneficiari del bonus siano interessati da operazioni straordinarie, che possono essere intervenute anche nel corso del triennio rilevante per il calcolo del parametro storico di riferimento. La [circolare n. 10/E/2018](#) illustra, fra l'altro, alcune particolarità relative alla scissione societaria rispetto alla fusione.

Cenni sulla disciplina agevolativa

L'articolo 3, D.L. 145/2013 (convertito, con modificazioni, dalla L. 9/2014), interamente sostituito dall'articolo 1, [comma 35](#), L. 190/2014 (Legge di Stabilità 2015), e successivamente modificato dall'articolo 1, [comma 15](#), L. 232/2016 (Legge di Bilancio 2017), ha introdotto un incentivo a favore di tutte le imprese che investono in attività di ricerca e sviluppo.

Il sopra citato incentivo consiste nel riconoscimento di un *bonus*, sotto forma di un credito d'imposta³³:

- per gli investimenti effettuati a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2014 e fino a quello in corso al 31 dicembre 2020;
- commisurato, per ciascuno dei periodi d'imposta agevolati, all'eccedenza degli investimenti effettuati rispetto alla media degli investimenti realizzati nel periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2014 e nei 2 precedenti;
- in misura pari al 50% dell'eccedenza riferibile ai costi per il “*personale impiegato nell'attività di ricerca e sviluppo*”, alle quote di ammortamento dei costi di acquisizione o utilizzazione di strumenti e attrezzature di laboratorio, alle spese per i contratti di ricerca c.d. *extra-muros*, stipulati con Università, enti di ricerca e altre imprese, comprese le *start-up* innovative, nonché ai costi di acquisizione di

³³ Si veda F. Salvi, “Credito d'imposta per attività di ricerca e sviluppo”, in Bilancio e reddito d'impresa, 7/2016, pag. 5-9.

- competenze tecniche e privative industriali relative a un'invenzione industriale o biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale, anche acquisite da fonti esterne;
- subordinato alla condizione che nel periodo d'imposta in cui si intende beneficiare dell'agevolazione siano sostenute spese per attività di ricerca e sviluppo, rientranti tra quelle ammissibili, di importo almeno pari a 30.000 euro;
 - entro il tetto massimo annuale di 20 milioni di euro per ciascun beneficiario.

Con decreto del Mef, di concerto con il Mise, del 27 maggio 2015 sono state adottate le disposizioni applicative dell'incentivo, in relazione al quale sono stati forniti chiarimenti interpretativi da parte dell'Agenzia delle entrate con le circolari [n. 5/E/2016](#) e [n. 13/E/2017](#)³⁴.

Fusioni e scissioni: analogie e differenze

La normativa non fornisce una specifica definizione di fusione ma si limita a indicare le diverse forme con cui essa può realizzarsi. A tale proposito, l'[articolo 2501](#), cod. civ. rileva che la fusione può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società (fusione propriamente detta), o tramite l'incorporazione in una società di una o più altre (fusione per incorporazione)³⁵.

Nella pratica, si assiste quasi sempre a fusioni per incorporazione, che consentono di evitare la costituzione di una nuova società.

Nella fusione propriamente detta, le società perdono la propria soggettività e viene costituito un nuovo soggetto giuridico. Le partecipazioni dei soci delle imprese che si estinguono, vengono annullate e sostituite con azioni o quote della nuova società.

Nella fusione per incorporazione, l'incorporanda (poi incorporata) si estingue mentre l'incorporante conserva la propria soggettività giuridica; non vi è la costituzione di una nuova società. Le azioni o quote dell'incorporata vengono annullate e sostituite con azioni o quote dell'incorporante. Le fusioni per incorporazione sono, nella realtà, le più frequenti, proprio perché non comportano la necessità di costituire nuove società.

La scissione di una società, invece, si esegue mediante trasferimento dell'intero patrimonio, o di una sua parte, a più società, preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima.

³⁴ Per approfondimenti su tali tematiche, si veda: S. Cerato, "Credito d'imposta ricerca e sviluppo. Ultimi chiarimenti dell'Agenzia delle entrate", in Guida alla contabilità & bilancio, 12/2017, pag. 39-42; F. Gavioli, "Chiarimenti delle Entrate sul bonus ricerca e sviluppo", in Guida alla contabilità e bilancio, 9/2016, pag. 16-20.

³⁵ Per approfondimenti, si veda anche M. Sorrentino, "Fusione e scissione: profili civilistici e contabili", in Bilancio e reddito d'impresa, 9/2018, 6, pag. 5-11.

In conformità con la definizione civilistica di scissione (totale), l'intero patrimonio della scissa può essere assegnato a 2 o più società beneficiarie preesistenti e la fattispecie che esse siano – prima della scissione – già socie della società scindenda, non comporta alcuna problematica particolare.

Se la scissione è, invece, parziale, un ramo d'azienda della società scindenda è attribuito anche a una sola società beneficiaria (sempre preesistente all'operazione e socia della scissa).

La scissione è totale se si ha il trasferimento dell'intero patrimonio della società scissa a più società beneficiarie; in questo caso la pluralità delle società beneficiarie è un elemento fondamentale poiché nell'ipotesi che il trasferimento avvenisse a favore di un'unica società si tratterebbe di fusione.

La scissione è parziale quando solo una parte di patrimonio della società scissa viene trasferita a una o più società beneficiarie.

In questo caso non vi è l'estinzione della società scissa, che continua a esercitare l'attività e conserva la titolarità dei rapporti attivi e passivi. I soci della scissa ricevono azioni e quote delle società beneficiarie in proporzione al valore del patrimonio ceduto.

La circolare n. 10/E/2018

Il credito d'imposta in commento è utilizzabile esclusivamente in compensazione e la sua determinazione non incide sulle ordinarie modalità di determinazione del reddito imponibile e delle relative imposte.

Nel rispondere all'esigenza di uniformare il trattamento di tutti i soggetti possibili beneficiari dell'incentivo fiscale, non creando alcuna posizione di vantaggio o svantaggio tra gli stessi, l'Agenzia delle entrate ha individuato i 3 punti cardine per l'applicazione del beneficio:

1. criterio di individuazione, determinazione e imputazione temporale dei costi ammissibili: si richiama all'applicazione di quanto disciplinato dall'[articolo 109](#), Tuir. Il criterio di competenza fiscale

“è un criterio generale applicabile a tutte le categorie di costo eleggibili, a prescindere dalla circostanza che il soggetto beneficiario applichi tale regola per la determinazione del proprio reddito imponibile ai fini delle imposte sul reddito” ([circolare n. 5/E/2016](#)).

Sulla base del criterio di imputazione temporale dei costi e applicato in via autonoma nell'ambito della disciplina agevolativa, concorrono quindi alla determinazione del credito d'imposta spettante nei singoli periodi agevolati anche i costi che in sede contabile siano eventualmente oggetto di capitalizzazioni e la cui deduzione fiscale sia rinviata ai successivi esercizi;

2. clausola di territorialità: ai fini del calcolo del credito d'imposta sono ammissibili solo i costi sostenuti nei confronti di soggetti residenti o stabilizzati in Stati membri dell'Unione Europea, in Stati aderenti all'accordo sullo SEE (Spazio Economico Europeo) e in Paesi che consentono un “adeguato scambio di

informazioni”. Non rientrano nel calcolo per il beneficio fiscale i costi sostenuti nei confronti del Paese “non collaborativi”;

3. ricerca infragruppo: il decreto attuativo ha escluso che i contratti di ricerca infragruppo possano assumere, in quanto tali, rilevanza ai fini del credito d'imposta; ciò non comporta l'esclusione totale dal calcolo del credito d'imposta sull'ammontare degli investimenti effettuati. L'Agenzia delle entrate sottolinea che, *mentre ai fini del reddito d'impresa il contratto di ricerca rimane a tutti gli effetti rilevante, ai fini della disciplina agevolativa il contratto viene “neutralizzato” e l'applicazione del credito d'imposta avviene come se le attività fossero state eseguite direttamente dall'impresa committente, la quale deve considerare i soli costi addebitati dalla commissionaria riferibili alle categorie di costi eleggibili, escludendo dal computo i costi riaddebitati aventi natura diversa da quelli ammissibili o il mark-up applicato dalla società commissionaria.*

La [circolare n. 10/E/2018](#) è interamente dedicata al calcolo del credito d'imposta relativo al *bonus* sugli investimenti in attività di ricerca e sviluppo nell'ambito delle operazioni straordinarie (trasformazione, fusione, scissione e conferimenti)³⁶.

Dopo una sintetica illustrazione della normativa, contenuta nella premessa, la menzionata circolare (§ 1.) sottolinea l'autonomia della disciplina agevolativa rispetto all'ordinaria disciplina di determinazione del reddito di impresa, al fine di uniformare il trattamento dei soggetti beneficiari dell'incentivo, evitando che le diverse regole contabili e di determinazione del reddito imponibile possano generare differenze (a vantaggio o a svantaggio) nel calcolo del credito d'imposta.

Tenuto conto che la base di calcolo per poter accedere al riconoscimento del credito d'imposta è la media degli investimenti ammissibili sostenuti nei 3 periodi d'imposta precedenti a quello in corso al 31 dicembre 2015 (e che il beneficio fiscale è riconosciuto per un importo massimo annuale di 20 milioni di euro), sorgono problematiche in merito al calcolo in presenza di periodi d'imposta inferiori ai 12 mesi, casistica frequente in caso di operazioni straordinarie.

La circolare n. 10/E/2018 stabilisce in tale ambito che (§ 2.)

“la presenza di periodi di durata diversa dai 12 mesi comporta, la necessità di operare il ragguglio dei parametri rilevanti per il calcolo del credito e, quindi, sia dell'ammontare minimo di investimenti richiesto per l'accesso al beneficio, sia dell'importo massimo del credito d'imposta riconosciuto annualmente a ciascun beneficiario”.

³⁶ Per una visione d'insieme, si veda, in dottrina, G. Leo, “Il credito d'imposta ricerca e sviluppo in presenza di operazioni straordinarie”, in *Finanziamenti e credito*, 20, 6/2018, pag. 10-13; A. Sacrestano, “Bonus per la ricerca e operazioni straordinarie: ribadita la piena autonomia della disciplina agevolativa”, in *Corriere tributario*, 41/2018, pag. 2019-2024.

Pertanto, in definitiva, tutte le volte in cui ci si trovi in presenza di un periodo agevolato di durata inferiore o superiore a quella *standard* di 12 mesi, i parametri rilevanti per il meccanismo di calcolo del credito d'imposta, dell'importo minimo di investimenti, dell'importo massimo del credito spettante e della media storica di riferimento devono essere raggugliati alla durata effettiva del periodo agevolato. Il § 4 è riferito alle operazioni di fusione (§ 4.1.) e alle peculiarità delle scissioni (§ 4.2.), relativamente alle quali la [circolare n. 10/E/2018](#) illustra la modalità di attribuzione della media di riferimento (§ 4.2.1.), la modalità di attribuzione dei costi agevolabili (§ 4.2.2.) e un esempio numerico di calcolo del credito d'imposta (§ 4.2.3.).

Nel paragrafo conclusivo (6.), la circolare n. 10/E/2018 fornisce ulteriori precisazioni generali, evidenziando che le operazioni di riorganizzazione poste in essere tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo o tra parti correlate non possono comunque determinare la duplicazione dell'agevolazione sul medesimo investimento, in quanto un costo può concorrere alla determinazione del credito d'imposta in uno solo dei periodi agevolati.

Resta comunque fermo il potere dell'Amministrazione finanziaria di effettuare un sindacato "anti abuso" in relazione ai casi di riorganizzazione aziendale, il cui effetto è quello di determinare la maturazione di un credito d'imposta maggiore rispetto a quello che i soggetti coinvolti nelle operazioni avrebbero maturato in assenza delle stesse.

La determinazione del credito d'imposta in caso di trasformazione

L'[articolo 170](#), comma 2, Tuir prevede che, sia nei casi di trasformazione progressiva (da società di persone a società di capitali) sia di trasformazione regressiva (da società di capitali a società di persone), il periodo compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data in cui ha effetto la trasformazione costituisce un periodo d'imposta autonomo; ciò determina la necessità di procedere al ragguglio di tutti i parametri rilevanti ai fini del calcolo del credito d'imposta ai singoli periodi d'imposta.

La trasformazione, non comportando l'estinzione di un soggetto ma solamente la sua continuazione sotto altra forma giuridica, con la conservazione di tutti gli obblighi e i diritti maturati nel periodo *ante* trasformazione, produce sul calcolo del credito d'imposta un "effetto neutrale". La somma dei crediti maturati dai 2 soggetti nei 2 differenti periodi d'imposta deve produrre lo stesso credito che si sarebbe maturato se non ci fosse stata alcuna trasformazione.

Alla luce di quanto sopra, la circolare n. 10/E/2018 (§ 3.) stabilisce che qualora la trasformazione sia avvenuta durante il triennio 2012-2014

"la società risultante dall'operazione che intende accedere al beneficio è tenuta a considerare anche i costi rilevanti per il calcolo dei parametri di riferimento sostenuti prima della trasformazione".

La determinazione del credito d'imposta in caso di fusione

Per quanto concerne le operazioni di fusione, la [circolare n. 10/E/2018](#) (§ 4.1.) distingue tra:

- operazioni di fusione intervenute in 1 dei periodi rilevanti per il calcolo della media (2013-2014);
- operazioni di fusione svoltesi in uno dei periodi agevolati (2015-2020) con effetti retroattivi o senza effetti retroattivi.

Operazioni di fusione intervenute nel triennio 2012-2014

La società risultante dall'operazione di fusione, operando in regime di continuità e assumendosi gli obblighi fiscali dell'incorporata, è tenuta a considerare - ai fini del calcolo del valore storico medio degli investimenti effettuati - tutti i costi sostenuti nel triennio di riferimento da entrambe le società (incorporata e incorporante). Nel caso di una fusione intervenuta nel triennio di riferimento tra 2 società già costituite a inizio 2012, la società risultante dall'operazione, per determinare il parametro della media, deve procedere con la somma di tutti i costi rilevanti degli anni 2012, 2013, 2014 sostenuti da entrambe le società (incorporata e incorporante) e dividere per 3 il risultato. Qualora, invece, la fusione abbia coinvolto società con anzianità diverse (ad esempio, incorporante costituita nel 2013 con fusione a gennaio 2014), si applica quanto disciplinato dall'[articolo 4](#), L. 383/2001: si sommano tutti i costi rilevanti sostenuti dall'incorporata tra il 1° gennaio 2012 e il 31 dicembre 2013 con quelli dell'incorporata, sostenuti dalla data di costituzione, dividendo l'importo per 3.

Operazioni di fusione nel periodo di agevolazione (2015-2020) con effetti retroattivi

La retrodatazione dell'operazione sul piano contabile e fiscale evita l'insorgenza di un periodo di imposta autonomo in capo alle società coinvolte nell'operazione. Per il calcolo del parametro storico dei costi sostenuti si considera l'importo risultante dalla somma della media dell'incorporata con la media dell'incorporante.

Operazioni di fusione nel periodo di agevolazione (2015-2020) senza effetti retroattivi

Tale operazione genera periodi d'imposta autonomi e, pertanto, per il calcolo dell'eventuale credito si deve procedere a effettuare il ragguglio di tutti i parametri con i mesi di effettiva durata del periodo

d'imposta. Il credito d'imposta della società incorporata calcolato sui dati ragguagliati assume titolo definitivo.

L'Agenzia delle entrate specifica che:

“a differenza di quanto avviene nelle operazioni di trasformazione, infatti, non vi è identità sostanziale tra il soggetto dante causa e il soggetto avente causa, ma si realizza un'integrazione dei medesimi in un unico soggetto che subentra nella titolarità delle situazioni giuridiche dei soggetti danti causa”.

L'importo complessivo spettante ai soggetti partecipanti all'operazione non necessariamente coincide con l'ammontare del credito che sarebbe maturato nel medesimo periodo in assenza dell'operazione di fusione.

La determinazione del credito d'imposta in caso di conferimento

Alle operazioni di conferimento (§ 5.), poste in essere all'interno di un gruppo societario o tra parti correlate, vanno applicate le stesse soluzioni individuate per le operazioni di scissione (di cui si dirà *infra*), sia con riferimento alle modalità di attribuzione della media storica di riferimento sia per quanto attiene alla corretta determinazione e imputazione degli investimenti agevolabili effettuati nel periodo d'imposta nel corso del quale viene posta in essere l'operazione.

Modalità di attribuzione della media di riferimento in caso di scissione

Come chiarito dalla [circolare n. 10/E/2018](#) (§ 4.2.), a differenza di quanto avviene nella fusione, in cui si verifica il subentro da parte di un unico soggetto (incorporante o risultante dalla fusione) nel patrimonio e nell'insieme dei rapporti giuridici della(e) società estinta(e), l'operazione di scissione comporta la ripartizione del patrimonio e dei rapporti giuridici della società scissa tra 2 o più società beneficiarie o, in caso di scissione parziale, tra la medesima scissa e la(e) società beneficiaria(e).

Fermo restando dunque che, anche in caso di scissione, si verifica il subentro della società beneficiaria nelle posizioni fiscali della società scissa o il loro mantenimento in capo alla stessa, il problema ulteriore che si pone rispetto alla fusione, agli effetti della disciplina del credito d'imposta, è quello della corretta attribuzione della media di riferimento.

Il credito d'imposta è finalizzato a incentivare gli investimenti inerenti a specifiche fasi dell'attività aziendale (ricerca e sviluppo), la cui esecuzione presuppone, nella generalità dei casi, una distinta organizzazione di persone (ricercatori, tecnici e altro personale) e beni materiali e immateriali necessari per l'esecuzione dei progetti di ricerca.

Il criterio di riparto delle posizioni giuridiche soggettive tra i soggetti partecipanti all'operazione di scissione, individuato dal comma 4, [articolo 173](#), Tuir, è basato sulla regola generale di ripartizione proporzionale in base al patrimonio netto contabile. Regola derogata, in via complementare, in presenza di un fenomeno di connessione specifica, individuale o per insiemi, fra la singola posizione soggettiva e uno o più elementi patrimoniali interessati dalla scissione.

Secondo la [circolare n. 10/E/2018](#) (§ 4.2.1.), ai soli fini della disciplina agevolativa, il criterio da seguire per l'attribuzione del parametro storico di riferimento deve essere quello analitico, collegato agli elementi patrimoniali e organizzativi (il personale).

La preferenza per il criterio analitico trova ulteriore supporto nella considerazione che oggetto dell'agevolazione in commento sono i costi, appartenenti alle diverse categorie individuate dalla norma, sostenuti per lo svolgimento di attività di ricerca e sviluppo, che normalmente sono svolte senza soluzione di continuità nel tempo. Come indicato dalla circolare n. 10/E/2018, tale scelta appare, inoltre, preferibile al fine di salvaguardare la *ratio* dell'incentivo, che è quella di premiare la c.d. "propensione marginale" all'investimento, con l'obiettivo di determinare un incremento complessivo degli investimenti privati in ricerca e sviluppo rispetto agli investimenti riferibili agli anni della media di riferimento.

Modalità di attribuzione dei costi agevolabili in caso di scissione

Per quanto concerne gli effetti delle operazioni di scissione sulla determinazione del credito d'imposta in capo ai vari soggetti coinvolti nell'operazione, secondo la circolare n. 10/E/2018 (§ 4.2.2.) valgono – in linea di massima – le indicazioni fornite in riferimento alle operazioni di fusione senza effetti retroattivi (§ 4.1.2.2.). Quindi, sia nel caso di scissioni totali non retrodatate, sia in quello di scissioni parziali – anche se queste ultime, diversamente dalla fusione senza effetti retroattivi, non interrompono il periodo d'imposta della società scissa – ciascuna società calcola il credito d'imposta in relazione ai costi direttamente e autonomamente sostenuti. Di conseguenza, anche nel caso di scissione parziale, qualora venga trasferito il ramo d'azienda che svolge attività di ricerca e sviluppo alla società beneficiaria, la quale continui l'attività dopo l'operazione, con riferimento al periodo nel corso del quale avviene la scissione, la scissa include nel calcolo del credito i costi sostenuti fino alla data di efficacia giuridica dell'operazione, mentre la beneficiaria tiene conto dei costi sostenuti a partire dalla data di efficacia dell'operazione.

Con riferimento agli altri parametri rilevanti ai fini della determinazione del credito d'imposta spettante, secondo la [circolare n. 10/E/2018](#) occorre distinguere le scissioni totali non retrodatate che – a meno che non siano poste in essere proprio alla chiusura del periodo d'imposta, avendo effetto dall'inizio del

periodo successivo – interrompono il periodo d'imposta della scissa, da quelle parziali che, invece, non sono interruttrive del periodo d'imposta della società scissa in corso alla data dell'operazione.

In relazione a queste ultime, considerato che per la scissa il periodo d'imposta in corso alla data dell'operazione rimane un periodo di durata *standard*, i parametri relativi all'importo minimo di investimenti e al massimale di credito spettante non subiscono alcun ragguglio, il quale, invece, va operato in ragione della durata del periodo agevolato nel caso di scissioni totali senza effetti retroattivi. Quanto, invece, ai casi di scissione totale con effetti retroattivi, ai fini della corretta determinazione del credito d'imposta, la [circolare n. 10/E/2018](#) ritiene che i costi sostenuti dalla scissa fino alla data di efficacia giuridica dell'operazione devono essere attribuiti alle beneficiarie utilizzando il criterio analitico, analogamente a quanto avviene per l'attribuzione della media di riferimento.

Un esempio di calcolo in caso di scissione

Il § 4.2.3. della circolare n. 10/E/2018 contiene un esempio numerico di calcolo del credito d'imposta in caso di scissione.

Le società Alfa e Beta, appartenenti al medesimo gruppo, pongono in essere 2 operazioni di scissione parziale proporzionale, mediante le quali trasferiscono ciascuna un ramo di azienda a favore della neocostituita società Gamma, con efficacia a decorrere dal 1° aprile 2018.

A seguito della scissione, Alfa non svolge più attività di ricerca, mentre Beta continua a svolgere l'attività di ricerca in relazione al ramo d'azienda non trasferito.

La società Alfa ha sostenuto, dal 1° gennaio 2018 al 31 marzo 2018, costi agevolabili per 35.000 euro e ha una media di riferimento pari a 18.000 euro, mentre la società Beta sostiene per il 2018 costi agevolabili per 100.000 euro (di cui 20.000 euro sostenuti fino al 31 marzo in relazione al ramo di azienda trasferito) e ha una media di riferimento pari a 70.000 euro (di cui 12.000 euro relativi al ramo trasferito e 58.000 euro relativi all'altro ramo).

La beneficiaria Gamma sostiene nel periodo 1° aprile - 31 dicembre 2018 costi per attività di ricerca ammontanti a 50.000 euro.

Ai fini del calcolo del credito d'imposta per il 2018 spettante a ciascuna società, la scissa Alfa deve confrontare i costi sostenuti *ante* operazione (1° gennaio - 31 marzo 2018) con la propria media di riferimento che, per omogeneità dei termini di confronto, deve essere raggugliata alla durata del periodo nel quale vengono sostenuti i costi agevolabili (3 mesi). Pertanto, il credito d'imposta maturato da Alfa per il 2018 ammonta a 15.250 euro, pari al 50% dell'eccedenza agevolabile di 30.500 euro (35.000 - 4.500 euro). Quanto alla scissa Beta, considerato che trasferisce solo una parte delle proprie attività di ricerca,

la stessa è tenuta ad attribuire analiticamente la media storica di riferimento ai 2 diversi rami aziendali al fine di confrontare i costi sostenuti nel 2018 (pari a 100.00 euro, di cui 20.000 euro sostenuti fino al 31 marzo in relazione al ramo di azienda scisso) con la media di riferimento relativa al ramo aziendale non trasferito e con i 3/12 della media di riferimento relativa al ramo aziendale oggetto dell'operazione. La società Beta, pertanto, matura per il 2018 un credito d'imposta di 19.500 euro, pari al 50% dell'eccedenza agevolabile di 39.000 euro $([100.000 - (58.000 + 3.000 \text{ euro})])$. La beneficiaria Gamma, per il 2018, deve confrontare i costi sostenuti dal 1° aprile 2018 al 31 dicembre 2018 con l'ammontare risultante dalla somma dei 9/12 della media di riferimento di Alfa e dei 9/12 della media di riferimento del ramo aziendale ricevuto da Beta. Conseguentemente, Gamma matura per il 2018 un credito d'imposta di 13.750 euro, pari al 50% dell'eccedenza agevolabile di 27.500 euro $([50.000 - (13.500 + 9.000 \text{ euro})])$. In merito all'esempio sopra illustrato, la circolare n. 10/E/2018 fornisce anche una tabella di sintesi, con le modalità di determinazione del credito d'imposta e della media di riferimento per ciascuna società partecipante alla scissione, per il 2018 e per i periodi successivi, di seguito riportata:

	Alfa	Beta	Gamma
media di riferimento 2012-2014	18.000	70.000 (12.000 ramo scisso 58.000 ramo non scisso)	-
costi sostenuti periodo	1° gennaio 2018 – 31 marzo 2018 (35.000)	1° gennaio 2018 – 31 dicembre 2018 (100.000)	1° aprile 2018 – 31 dicembre 2018 (50.000)
media di riferimento da assumere nel 2018	3/12 media Alfa (4.500)	media Beta relativa al ramo non scisso (58.000) + 3/12 media Beta relativa al ramo scisso (3.000)	9/12 media Alfa (13.500) + 9/12 media Beta relativa al ramo scisso (9.000)
credito R&S 2018	15.250	19.500	13.750
costi sostenuti 2019-2020	-	relativi a ciascun periodo agevolato	RELATIVI a ciascun periodo agevolato
media di riferimento da assumere nel 2019 e 2020	-	media Beta relativa al ramo non scisso (58.000)	media Alfa (18.000) + media Beta relativa al ramo scisso (12.000)

