

LA RIVISTA DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Mensile di approfondimento dedicato alla gestione straordinaria di imprese e società

Diritto e società

Operatività della clausola di prelazione statutaria nel caso di *change of control* della società
socia: criticità e possibili soluzioni

di Guido Bevilacqua e Massimo Masotti 2

L'aumento di capitale liberato mediante crediti aventi a oggetto criptovalute

di Valeria Marocchio e Federico Colognato 16

Tributi e accertamento fiscale

Cessione di partecipazioni: i criteri di individuazione del valore fiscalmente riconosciuto

di Angelo Ginex 26

Dalla cessione dell'usufrutto di partecipazioni un possibile strumento per abbattere il
carico fiscale nel passaggio generazionale

di Roberto Bianchi 36

Giurisprudenza

Ultimi orientamenti giurisprudenziali in tema di operazioni di scissione e azioni revocatorie

di Valerio Sangiovanni 45

Distacco di personale soggetto a Iva

di Marco Peirolo 55

Operatività della clausola di prelazione statutaria nel caso di *change of control* della società socia: criticità e possibili soluzioni

di Guido Bevilacqua – notaio, componente della Commissione Società del Comitato Triveneto dei Notai,
Massimo Masotti – avvocato, dottore di ricerca in Diritto ed economia dei sistemi produttivi, dei trasporti e della logistica presso l'Università degli Studi di Udine

Il presente contributo, premessi brevi cenni in tema di prelazione “propria” e “impropria”, si propone da un lato di valutare se una clausola di prelazione statutaria disciplinante la circolazione di azioni/quote sia applicabile in caso di modifica della titolarità della partecipazione di controllo nella società socia, dall'altro di vagliare la configurabilità di possibili soluzioni alternative.

Prelazione “propria” e “impropria”

Ai sensi degli articoli [2355-bis](#) e [2469](#), cod. civ., gli statuti di Spa e di Srl possono prevedere limiti alla circolazione delle azioni/quote.

Tra essi, seppur non espressamente menzionata dalle disposizioni citate, è annoverabile anche la clausola statutaria di prelazione¹, la quale, per l'opponibilità del trasferimento di partecipazioni sociali alla società e ai suoi soci, richiede generalmente che:

- a) il socio intenzionato ad alienare abbia preventivamente offerto la propria partecipazione in vendita agli altri soci²;
- b) gli altri soci non abbiano esercitato il diritto di prelazione entro un termine predeterminato dallo statuto.

¹ V., ex multis, M. Maltoni, “Questioni in tema di prelazione statutaria”, studio Cnn 158-2012/I, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 18 luglio 2012, pag. 1, secondo cui “sul piano organizzativo la prelazione statutaria rappresenta un limite alla circolazione delle partecipazioni”.

² Sulla circostanza per cui, in caso di prelazione “impropria”, la c.d. *denuntiatio* effettuata dal socio intenzionato ad alienare non concretizzerebbe una proposta contrattuale rivolta agli altri soci, ma si risolverebbe nella mera comunicazione dell'intenzione di concludere un negozio traslativo delle proprie azioni/quote, cfr. C.A. Busi, “La prelazione societaria”, in *Notariato e nuovo diritto societario*, collana diretta da G. Laurini, Milano, 2019, pag. 266 e 267.

Alla clausola di prelazione è ordinariamente connessa una duplice finalità, ovvero una funzione c.d. negativa, consistente nella possibilità di evitare l'accesso di terzi estranei in società, e una funzione c.d. positiva, consistente nella possibilità di accrescere la propria quota di partecipazione, mantenendo inalterato il rapporto proporzionale di partecipazione fra i soci (salvo il caso in cui la prelazione non operi in caso di cessioni fra soci)³.

L'inserimento della clausola di prelazione nello statuto di una società di capitali comporta che la previsione statutaria sia connotata da efficacia reale⁴: essa, infatti, risulta opponibile ai terzi acquirenti e alla società, di talché l'eventuale acquisto di azioni/quote effettuato in spregio del diritto di prelazione previsto ai sensi di statuto cagiona l'impossibilità, per il cessionario, di esercitare i diritti sociali connessi alla partecipazione ceduta.

È d'uso distinguere tra le clausole di prelazione "propria" e "impropria".

Si opera richiamo al concetto di "prelazione propria" qualora il socio intenzionato ad alienare intenda concludere un contratto di compravendita avente a oggetto la propria partecipazione, di talché gli altri soci, esercitando la prelazione, possono acquistare la partecipazione del primo a parità di condizioni, versando il prezzo che sarebbe stato corrisposto dal terzo acquirente; di contro, ci si riferisce alla fattispecie della "prelazione impropria" negli altri casi, ossia in ogni ipotesi in cui la parità di condizioni non possa essere perfettamente rispettata.

In particolare, la prelazione statutaria può risultare "impropria" tanto rispetto all'entità del prezzo da pagare al socio cedente, diverso da quello offerto dal potenziale acquirente, quanto con riguardo alla natura del corrispettivo dovuto in ragione dell'esercizio della prelazione, atteso che, per espressa previsione dello statuto, gli altri soci potrebbero acquistare la partecipazione del socio intenzionato ad alienare versando un corrispettivo in denaro, e ciò anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo avesse palesato l'intenzione di trasferire le proprie azioni o la propria quota per un corrispettivo infungibile (ad esempio, permuta della partecipazione con altro bene) oppure senza corrispettivo (donazione o cessione gratuita delle azioni o della quota)⁵.

È da condividersi l'interpretazione per cui la clausola di prelazione "impropria", ove riferita al trasferimento di azioni, *"è condizionata alla previsione del diritto del cedente ad ottenere un corrispettivo"*

³ Così testualmente M. Maltoni, *"Questioni in tema di prelazione statutaria"*, (1), *ibidem*.

⁴ Cfr., per tutti, P. Ghionni Crivelli Visconti, *"sub articolo 2355-bis cod. civ."*, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Milano, 2016, I, pag. 679, con riferimenti dottrinali ivi indicati.

⁵ Al riguardo, si veda C.A. Busi, *"La prelazione societaria"*, (2), pag. 265, secondo cui le clausole di prelazione "impropria" non sembrano strettamente riconducibili all'istituto della prelazione, *"visto che il socio beneficiario non acquista 'a parità di condizioni', come nel caso di vera clausola di prelazione, bensì a condizioni che sono necessariamente differenti da quelle offerte dal terzo, poiché è differente il negozio che viene posto in essere, o è differente un elemento essenziale del contratto, ossia il prezzo"*.

*non inferiore al valore calcolato mediante l'applicazione dell'articolo 2437-ter, cod. civ., a meno che l'efficacia organizzativa sia contenuta nel limite massimo di 5 anni"*⁶.

Se infatti, ai sensi dell'[articolo 2355-bis](#), cod. civ., è possibile prevedere l'inalienabilità delle azioni per un periodo non superiore a 5 anni dalla costituzione della società o dall'introduzione statutaria del relativo divieto, a maggior ragione, nel medesimo lasso temporale, deve ritenersi consentito un *minus*, ovvero che ciascun socio, pur potendo cedere le proprie azioni, sia tenuto, in caso di esercizio della prelazione "impropria", a trasferirle ai soci titolari del diritto di prelazione per un corrispettivo inferiore rispetto al loro valore effettivo o al prezzo offerto dal terzo intenzionato ad acquistarle.

Diversamente, oltre tale limite temporale *"l'interesse della compagine sociale a chiudersi deve contemperarsi con l'interesse del singolo a disinvestire al valore di mercato o quantomeno ad un valore non inferiore a quello previsto in caso di recesso"*⁷.

D'altronde, una clausola di prelazione "impropria" che, per l'intera durata della società o in un periodo di tempo superiore al quinquennio, imponesse al socio di disinvestire a prezzo iniquo, sarebbe equiparabile, nei suoi effetti sostanziali, a una clausola di intrasferibilità delle azioni o di "mero gradimento"⁸, atteso che la volontà del socio di alienare le proprie azioni resterebbe di fatto inibita dalla possibilità, riconosciuta agli altri soci, di acquistarle a un prezzo irrisorio o comunque inferiore al valore effettivo delle azioni trasferite⁹.

In tale ipotesi, pertanto, trova applicazione l'articolo 2355-bis, comma 2, cod. civ., a mente del quale *"le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante; resta ferma l'applicazione dell'articolo 2357. Il corrispettivo dell'acquisto o rispettivamente la quota di liquidazione sono determinati secondo le modalità e nella misura previste dall'articolo 2437-ter"*.

⁶ Così M. Maltoni, *"Questioni in tema di prelazione statutaria"*, (1), pag. 2; nel medesimo senso è L. Stanghellini, *"sub articolo 2355-bis cod. civ."*, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, tomo articoli 2346-2362, cod. civ., a cura di M. Notari, Milano, 2008, pag. 586.

⁷ Così M. Maltoni, *"Questioni in tema di prelazione statutaria"*, (1), pag. 3.

⁸ Per clausola di "mero gradimento" si intende la previsione statutaria che, ex articoli 2355-bis e 2469, cod. civ., subordina la trasferibilità di azioni/quote alla volontà discrezionale di un organo sociale, di uno o più soci ovvero (nelle sole Srl) di soggetti terzi rispetto alla compagine sociale.

⁹ Sul punto, cfr. L. Stanghellini, *"sub articolo 2355-bis cod. civ."*, (6), pag. 585, secondo cui qualora il prezzo da corrispondersi in sede di esercizio della prelazione "impropria" *"sia molto inferiore a quello ottenuto sul mercato, e comunque inferiore al valore delle azioni, la prelazione trascolora fino ad assumere connotati propri del gradimento ... Se una clausola, ancorché configurata come una prelazione, preveda per l'acquisto un prezzo irrisorio, essa diviene nella sostanza una clausola di gradimento "a rifiuto garantito": il beneficiario o i beneficiari della prelazione sicuramente impediranno l'acquisto del terzo, e in più si approprieranno delle azioni del socio"*.

Infatti, “sebbene letteralmente il secondo comma dell’articolo 2355-bis, cod. civ. si riferisca solo alla clausola di mero gradimento, si ritiene che la stessa norma trovi applicazione ogni qualvolta gli effetti di una clausola statutaria incidenti sulla circolazione siano simili”¹⁰.

Conseguentemente, ove la clausola di prelazione “impropria” sia applicabile per l’intera durata della società azionaria o comunque per un periodo di tempo ultraquinquennale, la stessa, a pena di inefficacia, deve garantire che, in sede di esercizio del diritto di prelazione, al socio intenzionato ad alienare sia riconosciuto il pagamento di una somma corrispondente al valore effettivo delle azioni cedute, calcolato secondo i criteri previsti dall’[articolo 2437-ter](#) cod. civ. in tema di liquidazione del socio receduto, o comunque non inferiore al corrispettivo eventualmente offerto dal terzo acquirente¹¹.

A ben vedere, le considerazioni fin qui svolte sono riferibili, con i dovuti adattamenti, anche al caso in cui la clausola di prelazione “impropria” sia contenuta nello statuto di una Srl.

Al riguardo, si osserva che, ex [articolo 2469](#), cod. civ., “qualora l’atto costitutivo preveda l’intrasferibilità delle partecipazioni o ne subordini il trasferimento al gradimento di organi sociali, di soci o di terzi senza prevederne condizioni e limiti, o ponga condizioni o limiti che nel caso concreto impediscono il trasferimento a causa di morte, il socio o i suoi eredi possono esercitare il diritto di recesso ai sensi dell’articolo 2473. In

¹⁰ In questi termini si esprime il Consiglio Notarile dei distretti riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, massima n. 13/2010, secondo il quale “*benché il Legislatore disciplini gli effetti di una sola ipotesi di prigionia parziale (quella della clausola di gradimento mero, legittima se accompagnata da “correttivi”), è evidente che la medesima disciplina deve applicarsi alle altre ipotesi che possono produrre il medesimo effetto: ad esempio, la prelazione impropria, che impedisce il progettato trasferimento delle azioni per effetto di una scelta discrezionale, e il divieto di alienazione, che lo impedisce del tutto. Anche queste, dunque, se producono una “prigionia qualificata”, sono legittime a condizione che soddisfino i medesimi requisiti di tollerabilità richiesti dal Legislatore*”. Nel medesimo senso (seppur ritenendo che i correttivi previsti dall’articolo 2355-bis, comma 2, cod. civ. non si rendano necessari ove il prezzo previsto dallo statuto per l’esercizio della prelazione “impropria” sia inferiore, ma non in termini significativi, a quello determinabile ex articolo 2437-ter, cod. civ.) è il Consiglio Notarile di Milano, massima n. 86, secondo il quale “*la ratio degli articoli 2355-bis e 2469, cod. civ. non vuole infatti solo porre un correttivo a clausole che impediscono al socio di cedere la sua partecipazione, ma anche a quelle che pongono al socio, che intende uscire dalla società mediante cessione della partecipazione, l’alternativa tra cedere per un corrispettivo significativamente inferiore a quello che il Legislatore considera “giusto” (per intenderci, a quello previsto in caso di recesso) ovvero dovere rimanere in società senza potersi “liberare” del vincolo sociale. In questo caso la clausola di prelazione impropria rimette alla discrezionalità degli altri soci la facoltà di porre, al socio che intenda cedere, l’alternativa tra “non cedere” o cedere a “prezzo vile”. Il fatto che con un significativo sacrificio economico il socio possa cedere la propria partecipazione non vale a differenziare in modo giuridicamente rilevante questa clausola da quelle che subordinano la cessione di quote o di azioni al mero gradimento degli altri soci: se così non fosse, le norme qui richiamate sarebbero facilmente eludibili e in buona sostanza prive di concreta efficacia*”.

¹¹ Per L. Stanghellini, “*sub articolo 2355-bis cod. civ.*”, (6), pag. 585, lo statuto di Spa “*può legittimamente prevedere che la prelazione possa essere esercitata sia a parità di condizioni offerte dal terzo, sia al valore che risulta dall’applicazione dell’articolo 2437-ter, sia infine al minore tra i due (o può ovviamente essere esercitata a valori superiori). Esso non può invece prevedere l’esercizio della prelazione a valori inferiori ad entrambi, pena l’illegittimità della relativa clausola e dunque il pieno diritto del terzo acquirente di essere iscritto nel libro soci. Né il fatto che il corrispettivo risultante dai criteri statuari sia solo “lievemente” inferiore a quello che deriverebbe dall’applicazione dell’articolo 2437-ter muta la conclusione: trattandosi di soglia minima inderogabile, la sua violazione è illegittima a prescindere dalla misura dello scostamento. Vale infine, anche in questo caso come per il gradimento “mero”, la legittimità di una clausola più penalizzante, se la sua efficacia sia limitata ad un massimo di 5 anni*”. L’Autore citato pare quindi discostarsi dalla posizione, maggiormente permissiva, accolta dal Consiglio Notarile di Milano (massima n. 85), secondo cui “*devono ritenersi inefficaci (salvo che sia espressamente previsto il diritto di recesso) le clausole di prelazione contenute in statuti di Spa che attribuiscono il diritto di esercitare la prelazione, al di là dei limiti temporali di cui all’articolo 2355-bis, comma 1, cod. civ., per un corrispettivo, diverso da quello proposto dall’alienante, determinato con criteri tali da quantificarlo in un ammontare significativamente inferiore a quello che risulterebbe applicando i criteri di calcolo previsti in caso di recesso*”.

tali casi l'atto costitutivo può stabilire un termine, non superiore a 2 anni dalla costituzione della società o dalla sottoscrizione della partecipazione, prima del quale il recesso non può essere esercitato”.

Se quindi, con riferimento alle clausole di intrasferibilità della quota e a quelle di mero gradimento, la facoltà di disinvestimento del socio di Srl, in conformità a quanto disposto dall'[articolo 2469](#), cod. civ., può essere inibita per un tempo massimo di 2 anni dalla stipulazione dell'atto costitutivo o dalla sottoscrizione della partecipazione, entro il medesimo termine il socio potrà soggiacere anche a una clausola di prelazione “impropria” a prezzo irrisorio; successivamente, il socio godrà, ai sensi di legge, del diritto di recesso, salvo che la previsione statutaria della prelazione “impropria”, in conformità al correttivo previsto dall'articolo 2469, cod. civ.¹², riconosca al socio intenzionato ad alienare il diritto di percepire dai soci titolari del diritto di prelazione un corrispettivo non inferiore a quello determinabile secondo i criteri previsti dall'[articolo 2473](#), cod. civ. per la liquidazione del socio receduto ovvero a quello eventualmente offerto dal terzo acquirente¹³.

Il controllo societario esercitato mediante la titolarità di una partecipazione sociale nella società controllata

Ciò premesso, occorre domandarsi se, in presenza di una clausola statutaria di prelazione, la stessa espliciti i propri effetti anche nell'ipotesi in cui muti la titolarità della partecipazione di controllo in seno alla società socia della Spa/Srl.

La questione impone di formulare alcune brevi considerazioni in ordine al controllo societario, la cui nozione, qualora l'attività di controllo venga esercitata dalla società controllante mediante la titolarità di una partecipazione sociale nella società controllata, è individuata dall'[articolo 2359](#), comma 1, n. 1 e 2, cod. civ., a mente del quale “*sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; ...*”¹⁴.

¹² A differenza di quanto previsto in tema di Spa dall'articolo 2355-bis, cod. civ., l'articolo 2469, cod. civ. dispone che le clausole di mero gradimento e di intrasferibilità delle partecipazioni in Srl sono sempre valide ed efficaci, fermo restando il diritto del socio di recedere dalla società.

¹³ Cfr. M. Maltoni, “*Questioni in tema di prelazione statutaria*”, (1), pag. 3. Sul punto, vedi anche P. Reviglione, “*Il recesso nella società a responsabilità limitata*”, Milano, 2008, pag. 244 e ss., e M. Speranzin, F. Bortoluz, “*sub articolo 2469 cod. civ.*”, in Commentario del codice civile, a cura di E. Gabrielli, tomo articoli 2452-2510, a cura di D.U. Santosuosso, Milano, 2015, pag. 352, secondo i quali “*nel caso in cui venga previsto nell'atto costitutivo una clausola di prelazione c.d. impropria (o impura), deve essere riconosciuta l'operatività del recesso laddove il corrispettivo venga fissato con criteri che non tengano conto del valore reale delle partecipazioni, per non porre il socio che intende cedere la quota nell'alternativa tra non trasferirla oppure farlo ma a prezzo vile*”.

¹⁴ Il c.d. “controllo esterno”, diversamente dalle ipotesi di controllo delineate dai n. 1 e 2 dell'articolo 2359, cod. civ., si fonda (cfr. articolo 2359, comma 1, n. 3, cod. civ.) non già sulla titolarità di partecipazioni azionarie nella società controllata, bensì su “*particolari vincoli contrattuali*” intercorrenti tra la società controllante e la società controllata che permettano alla prima di esercitare un'influenza dominante nei confronti della seconda. Sul punto, cfr. M. Notari, J. Bertone, “*sub articolo 2359, cod. civ.*”, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, tomo articoli 2346-2362, cod. civ., a cura di M. Notari, Milano, 2008, pag. 687.

La prima tipologia di controllo disciplinata dalla norma citata¹⁵ è il c.d. “controllo interno” (poiché fondato su una partecipazione azionaria) “di diritto” (in quanto il relativo ammontare consente al socio di disporre della maggioranza dei voti in assemblea ordinaria).

Nonostante l'[articolo 2359](#), comma 1, n. 1, cod. civ. non richiami espressamente il concetto di “influenza dominante”, che esprime la possibilità, per la società controllante, di indirizzare nel senso da essa voluto l'attività della società controllata attraverso la manifestazione del voto nell'assemblea ordinaria di quest'ultima, pacifica¹⁶ in dottrina è l'opinione secondo cui l'influenza dominante rappresenta l'essenza di ogni ipotesi di controllo prevista dall'articolo 2359, cod. civ.

Anche nella fattispecie individuata al n. 2 dell'articolo 2359, cod. civ., il controllo risulta fondato sulla partecipazione al capitale sociale, la cui entità, di per sé minoritaria, consente ugualmente, in presenza di specifiche circostanze¹⁷, di determinare le deliberazioni dell'assemblea ordinaria della società controllata.

In buona sostanza, quindi, il c.d. “controllo interno di fatto” discende da una partecipazione azionaria minoritaria (a differenza di quella rilevante ai fini del “controllo interno di diritto”), la quale risulta comunque idonea a consentire l'esercizio dell'influenza dominante, permettendo il raggiungimento di una posizione di maggioranza rispetto alla porzione di capitale presente in assemblea¹⁸.

Assodato che entrambe le ipotesi di controllo illustrate fondano la loro ragion d'essere sulla potenziale espressione di un'influenza dominante da parte del soggetto controllante, occorre ora delinearne i presupposti.

Al riguardo, giova osservare come il Legislatore, con riferimento al “controllo interno di diritto” e al “controllo interno di fatto”, circoscriva all'assemblea ordinaria l'ambito nel quale rileva la disponibilità dei diritti di voto.

¹⁵ L'articolo 2359, cod. civ. detta disciplina in tema di società azionarie, ma la migliore dottrina (cfr. M. Notari, J. Bertone, “*sub articolo 2359 cod. civ.*”, (14), pag. 721 e ss.) ritiene che i criteri definitivi della nozione di controllo enunciati dalla disposizione in parola siano generalmente applicabili, seppur con alcune doverose precisazioni, anche alle Srl. Quanto invece alla possibilità di estendere i criteri definitivi in parola alle società personali, cfr. L. Schiuma, “*sub articolo 2359, cod. civ.*”, in Commentario del codice civile, diretto da E. Gabrielli, tomo Delle società, dell'azienda, della concorrenza, a cura di D.U. Santosuosso, Milano, 2015, pag. 1302, secondo cui “*il controllo trova spazio nelle società di persone in prima approssimazione qualora i soci introducano nei loro statuti delle clausole che prevedano una proporzionalità tra grandezza della partecipazione sociale e potere di scelta degli amministratori, cosa che si verifica quando i soci configurino un'amministrazione per “uffici” e rinuncino alla regola del modello legale che li vede tutti amministratori congiuntamente*”. Ritiene applicabile la disciplina del controllo alle società personali G. Scognamiglio, “*Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*”, in Riv. dir. civ., 1984, I, pag. 622 e ss..

¹⁶ Si veda, per tutti, M. Notari, J. Bertone, “*sub articolo 2359, cod. civ.*”, (14), pag. 694, L. Schiuma, “*sub articolo 2359 cod. civ.*”, (15), pag. 1265, e M. Lamandini, “*sub articolo 2359 cod. civ.*”, in Le società per azioni, a cura di P. Abbadessa, G.B. Portale, Milano, 2016, I, pag. 749, seppur con alcuni distinguo sulla differenza tra “*influenza dominante effettiva sulla società*” e “*influenza dominante potenziale e effettiva in assemblea*”.

¹⁷ Ai fini della sussistenza del controllo di cui all'articolo 2359, comma 1, n. 2, cod. civ. assume rilievo decisivo l'individuazione delle circostanze suscettibili di “potenziare” una partecipazione di minoranza, di modo che il titolare si trovi nella condizione di poter esercitare un'influenza dominante. Al riguardo, la dottrina (sul punto, cfr., per tutti, M. Notari, “*La nozione di controllo nella disciplina antitrust*”, Milano, 1996, pag. 348 e ss.) ha ritenuto possibile la sussistenza di elementi di fatto (quali il frazionamento del capitale e l'assenteismo degli altri soci) e/o di diritto (si pensi a patti parasociali che permettano a un socio di indirizzare, conformemente alla propria volontà, l'esercizio della maggioranza dei voti in seno all'assemblea ordinaria), suscettibili, nel caso concreto, di garantire l'esercizio di un'influenza dominante da parte del socio che non sia di per sé titolare della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

¹⁸ Sul punto, cfr. M. Notari, J. Bertone, “*sub articolo 2359, cod. civ.*”, (14), pag. 673, con ampi riferimenti dottrinali ivi indicati.

Ciò in quanto il controllo “*consiste appunto nella possibilità di prevalere nelle deliberazioni dell’assemblea ordinaria concernenti essenzialmente la nomina e la revoca degli organi sociali, sì da poterne assumere anche la direzione generale attraverso la nomina dell’organo amministrativo*”¹⁹.

Per tale via, autorevole dottrina²⁰, muovendo dal presupposto per cui “*il nucleo del controllo è la possibilità di piegare alla propria volontà l’organo amministrativo*”, ha negato la qualità di controllante al socio che, pur disponendo della maggioranza dei voti in assemblea ordinaria, non possa nominare (né revocare) gli amministratori.

L’influenza dominante, infatti, “*si traduce nel potere di scegliere e ricambiare ciclicamente i gestori o i controllori e soprattutto nel condizionamento fattuale dell’operato dei primi, revocabili anche in assenza di giusta causa*”²¹.

Conseguentemente, solo nell’ipotesi in cui la disponibilità della maggioranza dei voti nell’assemblea ordinaria consenta (almeno) la nomina/revoca dell’organo amministrativo, comportando il possibile esercizio di un’influenza dominante sulla società partecipata, risulterà integrato il “controllo interno di diritto” di cui all’[articolo 2359](#), comma 1, n. 1, cod. civ.; diversamente, invece, si renderà necessario valutare la situazione concreta alla luce del “controllo interno di fatto”²², individuando, ove esistente, il socio che, nonostante la titolarità di una partecipazione minoritaria, sia in grado di nominare/revocare l’organo amministrativo in ragione della particolare struttura organizzativa della società partecipata²³.

¹⁹ Così M. Notari, J. Bertone, “*sub articolo 2359 cod. civ.*”, (14), pag. 710. Nel medesimo senso, cfr. M. Lamandini, “*sub articolo 2359 cod. civ.*”, (16), pag. 749 e 750, secondo cui “*è evidente che il potere in assemblea è ritenuto sintomatico di controllo (e dunque indice presuntivo di esso) in quanto consente la nomina e la revoca degli amministratori ... e dunque, per tale via, conferisce un’indiretta influenza sull’indirizzo strategico e gestionale della controllata*”.

²⁰ Cfr. M.S. Spolidoro, “*Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*”, in Riv. soc., 1995, 2-3, pag. 480, G.A. Rescio, “*I sindacati di voto*”, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino, 1994, p. 668, e L.A. Bianchi, “*La nuova definizione di società controllate e collegate*”, in La nuova disciplina dei bilanci di società, diretto da M. Bussoletti, Torino, 1993, pag. 8.

²¹ Così L. Schiuma, *sub articolo 2359 cod. civ.*, (15), pag. 1265.

²² Cfr. M. Notari, J. Bertone, “*sub articolo 2359 cod. civ.*”, (14), pag. 702 e 703 nonché pag. 710.

²³ Non si ignora che, secondo parte della dottrina (si veda quanto osservato da M. Lamandini, “*sub articolo 2359 cod. civ.*”, (16), pag. 746 e 747), l’articolo 2359, comma 1, n. 1, cod. civ. costituirebbe una norma imperativa, comportante una *fictio iuris* o comunque una presunzione assoluta secondo cui il socio che disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria di altra società sarebbe, per ciò stesso, titolare del “controllo interno di diritto” sulla società partecipata. Tale posizione, tuttavia, non pare collimare con l’assunto, peraltro generalmente condiviso dai sostenitori della tesi ora esposta, secondo cui anche la fattispecie delineata dalla norma citata richiederebbe, quale presupposto indefettibile, la possibilità, per il socio controllante, di esercitare un’influenza dominante sulla società dallo stesso partecipata. Pertanto, sembra preferibile la diversa tesi, autorevolmente sostenuta (si veda M. Notari-J. Bertone, “*sub articolo 2359, cod. civ.*”, (14), pag. 702 e 703), secondo cui “*il controllo di diritto rappresenta... la fattispecie tipica del potere di influenza dominante, che peraltro si configura come tale solo nella situazione paradigmatica assunta dal Legislatore come presupposto logico della definizione, allorché l’autonomia statutaria non abbia introdotto modificazioni alla struttura organizzativa (ad esempio in tema di quorum assembleari, nei limiti consentiti dalla legge) o alla struttura finanziaria (ad esempio in tema di categorie di azioni o di strumenti finanziari partecipativi), tali da far venir meno le condizioni anzidette*”.

Applicabilità della clausola di prelazione statutaria nel caso di *change of control* della società socia: criticità

Venendo ora al tema centrale della presente trattazione, alquanto controversa è la possibilità che la prelazione statutaria possa riferirsi a qualsivoglia mutamento nella titolarità della partecipazione sociale.

Sul punto, infatti, è stato osservato che qualsiasi fattispecie di prelazione statutaria, richiedendo, quale presupposto applicativo, la manifestazione, da parte di un socio, della volontà di alienare le proprie azioni o la propria quota, non sarebbe riferibile a ipotesi, quali sono ad esempio la fusione e la scissione, in cui il mutamento nella titolarità della partecipazione di un socio non corrisponde alla conclusione di un negozio traslativo²⁴.

In presenza di vicende riorganizzative non comportanti giuridicamente un trasferimento della partecipazione, *“non efficienti potrebbero quindi risultare, alla prova dei fatti, le clausole che le contemplano, nel novero di cataloghi che pretendono di essere omnicomprensivi di qualsiasi vicenda possa dar luogo ad un mutamento anche sostanziale del referente finale dei risultati della gestione della partecipazione”*²⁵.

A maggior ragione, è possibile osservare che, nel caso in cui lo statuto di una Spa/Srl preveda una clausola di prelazione e muti la titolarità del controllo in una società socia, non si verifica, evidentemente, una circolazione delle azioni/quote emesse dalla prima società, con conseguente inapplicabilità della relativa previsione statutaria.

Come recentemente affermato dal Tribunale di Roma, infatti, *“nelle ipotesi di change of control del socio viene a mancare lo stesso presupposto per l’operatività della clausola di prelazione costituito dal*

²⁴ Così, in tema di prelazione “impropria”, M. Maltoni, *“Questioni in tema di prelazione statutaria”*, (1), pag. 6. Sul punto, si rammenta che, secondo posizione ormai largamente diffusa in dottrina e in giurisprudenza nonché nella prassi notarile, le operazioni di fusione e scissione non concretano negozi traslativi, essendo connotate da natura meramente “evolutiva-modificativa”; in tal senso, cfr. Cassazione SS.UU. n. 2637/2006, Tribunale di Bologna, sentenza del 1° aprile 2016, Tribunale di Lecce, sentenza del 12 luglio 2016, Tribunale di Roma, sentenza del 7 novembre 2016, Cassazione n. 30246/2011, n. 13762/2014, e Comitato Triveneto dei Notai, massima L.A.15. Pare aderire alla posizione che sostiene l’efficacia traslativa della scissione Cassazione n. 23255/2016; tuttavia, sulla circostanza per cui tale pronuncia sarebbe incorsa in un equivoco interpretativo, cfr. F. Magliulo, *“La scissione costituisce un fenomeno traslativo?”*, in *Notariato*, 2017, 2, pag. 159 e ss..

²⁵ Così testualmente M. Maltoni, *“Questioni in tema di prelazione statutaria”*, (1), pag. 6. Nel medesimo senso, invero, è una pronuncia resa in sede cautelare dal Tribunale di Milano, secondo cui *“il richiamo ai divieti di trasferimento o alle limitazioni di trasferimento delle azioni in conseguenza della fusione contenuto nella clausola statutaria non può concettualmente essere applicato al caso in cui la società detentrici delle azioni si sia trasformata o sia stata incorporata. Infatti, come in conseguenza della fusione non vi è formazione di un nuovo contratto sociale, non vi può neppure essere alcun trasferimento della qualità di socio al suo interno, perché ciascun socio conserva la qualità di parte del contratto e dell’organizzazione così unificata; né, a maggior ragione, può esservi trasferimento di beni dalle società partecipanti al progetto di fusione a quella risultante dalla fusione, ma solo la conservazione della proprietà di essi in capo al soggetto unificato e trasformato. Si ritiene pertanto che la lettura della norma statutaria che impone il divieto di circolazione delle azioni anche in caso di fusione debba essere interpretata e applicata alla luce dei principi sopra enunciati, i quali non possono portare ad applicazioni che tradiscono in radice i principi affermati in tema di fenomeni di trasformazione dell’organizzazione societaria. Un’interpretazione diversa... porterebbe alla conseguenza assurda di dovere ritenere estinto un socio tuttora vivente sotto altra forma e di dover riconoscere diritti di acquisizione della sua quota pur in assenza di un negozio di trasferimento”*. Contra (trattasi di provvedimento emesso nel giudizio di merito successivo alla pronuncia appena citata) Tribunale di Milano, sentenza del 24 maggio 2010, il quale ha sostenuto che *“non sussiste alcuna incompatibilità logica tra fenomeni di fusione e riconoscimento legale di diritti di prelazione”*.

*trasferimento della partecipazione sociale*²⁶, atteso che la modifica degli assetti partecipativi in seno a una società socia non comporta l'alienazione della quota da questa detenuta nella società partecipata, non potendo pertanto formare oggetto di prelazione, nemmeno "impropria".

D'altronde, secondo la citata giurisprudenza (la quale, con riferimento al mutamento del controllo in una società socia di Spa, era chiamata a giudicare in merito all'applicabilità di una clausola statutaria di prelazione che, pur riferendosi in modo ampio al mutamento della titolarità delle partecipazioni azionarie dei soci, non contemplava l'ipotesi del *change of control* di una società socia), *"i soci del socio di una società il cui statuto contenga una clausola di prelazione non possano dirsi parte di quello statuto e, quindi, vincolati da esso. Non si vede, quindi, come la clausola statutaria di prelazione possa in qualche modo assoggettare ad un vincolo un soggetto del tutto estraneo alla compagine sociale. In altre parole, proprio il rilievo organizzativo che deriva dalla oggettivizzazione nello statuto sociale della clausola di prelazione impone di circoscrivere l'ambito di operatività della regola entro il perimetro dei soci non potendosi tale ambito estendere, in via interpretativa, al di fuori di esso, in quanto una tale operazione ermeneutica riporterebbe la regola nel campo di una sorta di patto parasociale (circostanza questa che condurrebbe comunque all'impossibilità di intravedere un effetto reale in caso di violazione della prelazione) che richiederebbe pur sempre l'adesione del terzo (socio della società socia)"*²⁷.

Infine, si palesano evidenti difficoltà di ordine pratico in relazione *"a una "lettura" che consenta l'operatività della clausola di prelazione contenuta nello statuto sociale di una società all'ipotesi di mutamento del controllo di un socio di quest'ultima. Infatti, ben potrebbe accadere che anche lo statuto della società socia contenga una clausola di prelazione così vincolando i "propri" soci, in caso di prospettato trasferimento della partecipazione, a offrire le azioni agli altri azionisti. Ebbene, premesso che il mutamento di controllo non si ha soltanto nell'ipotesi di cessione dell'intero capitale sociale, ma anche nell'ipotesi di cessione di una partecipazione di entità sufficiente a esercitare nella società il proprio controllo, non si vede*

²⁶ Tribunale di Roma, sentenza del 9 maggio 2017. In senso parzialmente difforme, cfr. Corte di Appello di Torino, sentenza 1° ottobre 2013, in Giur. comm., 2014, II, pag. 864, la quale, con riferimento al caso in cui lo statuto escluda l'applicazione della prelazione rispetto al trasferimento azionario sotto qualsiasi forma a favore di società controllate direttamente o indirettamente dal socio alienante, ritiene elusiva del procedimento di prelazione l'alienazione delle azioni detenute da una società a favore di una sua controllata, a cui segua l'alienazione a terzi, da parte della prima società, della sua intera partecipazione detenuta nella controllata.

²⁷ Tribunale di Roma, sentenza del 9 maggio 2017, (26). In senso conforme, si veda Consiglio Notarile di Milano, massima 185, il quale nega *"che una clausola statutaria di una società possa in alcun modo dispiegare i suoi effetti diretti su qualsiasi vicenda giuridica che abbia a oggetto non già le azioni o quote della società stessa bensì le azioni o quote di una società che sia sua socia (anche allorché ciò determini il cambiamento di controllo della società socia). Corollario di questa affermazione è l'inefficacia, ad esempio, della clausola di prelazione della società Alfa, mediante la quale si stabilisce che i soci di Alfa hanno diritto di prelazione sull'acquisto delle azioni di Beta, socia di Alfa, qualora venisse alienato un numero di azioni di Beta tale da comportare un cambiamento di controllo sulla stessa Beta. La circostanza che tale vicenda comporti il cambiamento del soggetto che indirettamente esercita i diritti derivanti dalla partecipazione in Alfa (tramite il controllo di Beta) la rende certamente simile, sul piano fattuale, alla vicenda consistente nel trasferimento delle azioni della stessa Alfa. Tuttavia, ciò non è sufficiente per estendere la portata delle regole di Alfa al di là dei propri confini naturali, andando a produrre effetti anche sulle azioni diverse da quelle emesse da Alfa"*.

come, in caso di cessione della partecipazione di controllo, possano coordinarsi i diritti di prelazione che ... sarebbero attribuiti tanto ai soci della società socia che ai soci della società”²⁸.

Per le ragioni fin qui addotte, quindi, è corretto ritenere che la prelazione statutaria non possa trovare applicazione nel caso di *change of control* di una società socia, difettando un presupposto necessario (ovvero la circolazione delle azioni/quote emesse dalla società il cui statuto contempla il diritto di prelazione) per l’operatività della relativa clausola²⁹.

Qualche dubbio, invero, potrebbe sorgere nell’ipotesi in cui la clausola di prelazione faccia espresso riferimento alla modifica del controllo nella società socia.

Infatti, secondo autorevole dottrina, “*da non confondere in alcun modo con la prelazione, propria o impropria, è la previsione secondo cui i soci possono rendersi acquirenti delle azioni a fronte di eventi che non costituiscono un “trasferimento”: ...si pensi alle frequenti clausole che prevedano una “prelazione” in caso di cambio del controllo sul socio che detiene le azioni o in caso di fusione cui partecipi il socio titolare delle azioni. È di tutta evidenza che in questo caso non siamo in presenza di una preferenza nell’acquisto, dato che nessun trasferimento delle azioni ha luogo. Clausole siffatte sono allora propriamente riconducibili al riscatto di azioni, disciplinato dall’articolo 2437 sexies, e sulla base di tale norma la loro legittimità deve essere valutata. ...Previsioni che contengono “false” ipotesi di “prelazione” come quella in esame sembrano quindi del tutto legittime, purché si conformino ai diversi requisiti previsti dall’articolo 2437-sexies...*”³⁰.

Per la posizione in parola, quindi, la clausola di prelazione che operi espresso richiamo al *change of control* della società socia potrebbe essere riqualficata, *in parte qua*, come previsione di un diritto di riscatto esercitabile dai soci in relazione alle azioni della società socia in cui sia mutato il controllo.

Tuttavia, ammesso e non concesso che l’interpretazione proposta sia conforme, tenuto conto del caso concreto, allo specifico contenuto della clausola di prelazione nonché ai criteri legali³¹ applicabili in punto di esegesi del contratto sociale, la supposta riqualficazione della prelazione statutaria quale diritto di riscatto non condurrebbe, sempre e comunque, a esiti affidanti.

²⁸ Tribunale di Roma, sentenza del 9 maggio 2017, (26).

²⁹ Al riguardo, non pare dirimente il provvedimento, reso in data 24 luglio 2010, con cui, in sede cautelare, il Tribunale di Milano ha ritenuto l’inapplicabilità della prelazione statutaria stante il mancato mutamento del controllo nella società socia convenuta. La clausola oggetto di valutazione giudiziale disponeva che il procedimento di prelazione previsto ai sensi di statuto fosse applicabile “*anche nel caso in cui il Trasferimento delle partecipazioni avvenga indirettamente, mediante trasferimento del controllo di società proprietaria/e, direttamente o indirettamente, delle Partecipazioni*”. Il Tribunale meneghino, attesa la sede cautelare del giudizio, si è limitato ad accertare l’insussistenza del *change of control* della società socia e ha pertanto escluso l’applicabilità della clausola citata, senza tuttavia prendere espressa posizione sulla legittimità della stessa.

³⁰ L. Stanghellini, “*sub articolo 2355-bis cod. civ.*”, (6), pag. 594.

³¹ Sulla complessa questione inerente all’applicabilità dei criteri generali di interpretazione dettati dal Legislatore in materia di contratti (articoli 1362-1371, cod. civ.) nel caso in cui si proceda all’esegesi delle previsioni statutarie, si veda C.A. Busi, “*La prelazione societaria*”, (2), pag. 276 e ss.

A mero titolo esemplificativo, si ipotizzi che la clausola di prelazione contenuta nello statuto di una Spa, la cui operatività sia limitata a un periodo infraquinquennale, operi espresso richiamo al *change of control* delle società socie e preveda la corresponsione, da parte dei soci titolari del diritto di prelazione, di un prezzo irrisorio.

Per i motivi sopra esposti, la previsione della prelazione “impropria”, spiegando i propri effetti in un lasso temporale non superiore a 5 anni, ben potrebbe disporre che le azioni del socio intenzionato ad alienare siano acquistate dagli altri soci per un corrispettivo inferiore al loro valore venale.

Ma la riqualificazione della clausola quale riconoscimento della riscattabilità delle azioni spettanti alla società socia in cui sia mutato il controllo comporterebbe l'applicazione dell'[articolo 2437-sexies](#), cod. civ., il quale, stante il rinvio operato all'[articolo 2437-ter](#), cod. civ., impone che le azioni riscattabili siano liquidate, in sede di riscatto, in ragione del loro valore effettivo.

Ne consegue che, nonostante la peculiare interpretazione della previsione statutaria, la stessa, in *parte qua*, risulterebbe illegittima e priva di efficacia.

Azioni/quote riscattabili ed esclusione del socio come forma di tutela prevista dallo statuto nel caso in cui si verifichi il *change of control* della società socia

Le criticità inerenti all'operatività della prelazione statutaria in caso di *change of control* della società socia inducono a valutare la configurabilità di possibili soluzioni alternative.

A ben vedere, come si è parzialmente anticipato nel paragrafo precedente, lo statuto di Spa potrebbe tutelare il legame fiduciario sussistente tra i componenti della compagine sociale disponendo che, ex articolo 2437-sexies, cod. civ.³², le azioni emesse siano riscattabili dai soci ove appartenenti a una società socia in cui si verifichi un mutamento del controllo³³.

In tal caso, invero, è opportuno che la relativa clausola statutaria enunci la nozione di controllo rilevante ai fini del riscatto azionario, se del caso operando richiamo ai criteri definitivi di cui all'[articolo 2359](#), cod. civ.

Infatti – lo si è già osservato – il controllo societario non presuppone necessariamente la titolarità, in capo al soggetto controllante, di una partecipazione maggioritaria al capitale sociale della società

³² Per una breve disamina della disciplina normativa in tema di azioni riscattabili sia consentito rinviare, senza pretese di esaustività, a precedente contributo degli scriventi pubblicato su questa Rivista, intitolato “[L'esclusione del socio di società per azioni 'chiusa': applicazione analogica dell'articolo 2473-bis, cod. civ. o ricorso a rimedi alternativi?](#)”, in La Rivista nelle operazioni straordinarie, n. 6/2018, pag. 6 e ss.

³³ Nel medesimo senso, cfr. Consiglio Notarile di Milano, massima 185, secondo cui “devono ritenersi legittime ed efficaci le clausole statutarie che prevedono il diritto di riscatto qualora si verifichi il trasferimento del controllo di una società socia, con obbligo di quest'ultima di effettuare le dovute comunicazioni all'organo amministrativo e/o agli altri soci”.

controllata, di talché una tecnica redazionale non accurata potrebbe prestare il fianco alle molteplici variabili astrattamente verificabili nel caso concreto.

Ad esempio, nel caso in cui, ai sensi di statuto, il *change of control* fosse esclusivamente riferito all'alienazione di azioni rappresentanti almeno il 50%+1 del capitale sociale della società socia, la clausola statutaria non risulterebbe applicabile in ipotesi di trasferimento azionario a favore del socio di minoranza che, pur restando tale a seguito dell'acquisto, sia già titolare di azioni a voto plurimo suscettibili di consentirgli, in ragione delle ulteriori azioni acquistate, la nomina/revoca dell'organo amministrativo di detta società.

All'inverso, nella fattispecie in cui parte della "partecipazione" maggioritaria oggetto di trasferimento sia composta da azioni prive del diritto di voto ex [articolo 2351](#), cod. civ., la clausola statutaria ipotizzata spiegherebbe i propri effetti anche qualora il terzo acquirente non fosse in grado, attesa la parziale limitazione del voto assembleare, di piegare l'organo amministrativo della società socia alla propria volontà.

Ne consegue la necessità che, in sede statutaria, la nozione di "cambio del controllo" venga puntualmente definita, di modo da garantire l'effettiva tutela degli interessi palesati dai soci.

Quanto al corrispettivo dovuto per l'esercizio del diritto riscatto e al procedimento di liquidazione delle azioni riscattate, l'[articolo 2437-sexies](#), cod. civ. opera richiamo agli articoli [2437-ter](#) e [2437-quater](#), cod. civ., in quanto compatibili; in particolare, il rimando ai criteri stabiliti dall'articolo 2437-ter, cod. civ. per la determinazione del valore delle azioni appartenenti al socio receduto risulta assai opportuno, atteso che l'esercizio del diritto di riscatto potrebbe comportare l'esclusione forzosa del socio titolare di azioni riscattabili, il quale, tuttavia, dovrà essere liquidato secondo il valore reale ascrivibile alle proprie azioni.

In tema di Srl, il *change of control* di una società socia potrebbe integrare, ai sensi di statuto, una giusta causa di esclusione ex [articolo 2473-bis](#), cod. civ., fatta salva la necessità che il socio in cui sia mutato il controllo, ove escluso, venga liquidato secondo il valore che gli sarebbe corrisposto in caso di recesso³⁴.

Peraltro, come osservato dal Notariato del Triveneto, nelle Srl la legittimità della clausola di esclusione di una società socia per *change of control* dipende "dalla sua meritevolezza di tutela, ossia se essa possa effettivamente rappresentare una giusta causa di esclusione ai sensi dei principi generali dell'ordinamento in

³⁴ Sul punto, cfr., per tutti, M. Citrolo, "La disciplina statutaria dell'esclusione del socio nella società a responsabilità limitata", studio Cnn 212-2008/I, approvato dalla Commissione studi di impresa il 18 giugno 2009.

materia”, il che può verificarsi “unicamente nelle Srl caratterizzate di fatto da una base personale...”³⁵ e quindi connotate dal rapporto di fiducia sussistente tra i soci.

Infatti, nel caso in cui la compagine sociale di una Srl trovi fondamento nel legame fiduciario intercorrente tra i soci (tipicamente ravvisabile in presenza di limiti alla circolazione delle quote), lo statuto può prevedere, in caso di *change of control* di una società socia, forme di tutela specifiche dirette a garantire gli altri soci, atteso il loro interesse a non vedere modificata l'identità del proprietario “sostanziale” della partecipazione appartenente alla società socia.

D'altronde, è noto che, ove una società partecipi ad altra società, l'esercizio del voto nell'assemblea della partecipata costituisce atto gestorio dell'organo amministrativo della società socia, il quale è espressione del socio avente il diritto di nominare/revocare gli amministratori.

Conseguentemente, nell'ipotesi di *change of control*, pur rimanendo formalmente inalterata la titolarità della quota detenuta dalla società socia nella società partecipata, i soci di quest'ultima potrebbero essere tenuti a confrontarsi con un interlocutore diverso (il socio o i soci in grado di influenzare l'organo amministrativo della società socia in cui sia mutato il controllo) rispetto a quello precedente, il che giustifica la preventiva inclusione, nello statuto di Srl “chiuse”, di correttivi idonei a tutelare il vincolo fiduciario intercorrente tra i partecipanti alla compagine sociale.

Vien da sé che, nell'opposta ipotesi in cui la Srl sia “aperta”, attesa l'ampia base partecipativa ovvero l'assenza di limiti alla circolazione delle quote, il mutamento del controllo in una società socia non potrebbe rappresentare una giusta causa di esclusione ex [articolo 2473-bis](#), cod. civ., stante l'insussistenza di un legame fiduciario tra i soci suscettibile di essere leso in ragione della modifica degli assetti partecipativi in seno alla società socia.

In via alternativa, lo statuto di Srl potrebbe disporre la riscattabilità delle quote emesse ove il titolare sia una società in cui si verifichi un mutamento del controllo.

Infatti, pare ormai incontestabile che, anche in tema di Srl³⁶, sia consentito prevedere statutariamente quote riscattabili “*al ricorrere di determinati presupposti o durante determinati periodi di tempo*”³⁷; peraltro, secondo certa posizione, la fattispecie del riscatto, a differenza di quella relativa all'esclusione del socio,

³⁵ Comitato Triveneto dei Notai, massima I.H.19.

³⁶ Può non essere superfluo osservare che, a mente dell'articolo 26, commi 2 e 3, D.L. 179/2012 e ss., “2. L'atto costitutivo della pmi costituita in forma di Srl può creare categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle varie categorie anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 2468, commi 2 e 3, cod. civ.. 3. L'atto costitutivo della società di cui al comma 2, anche in deroga all'articolo 2479, comma 5, cod. civ., può creare categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative”. Pertanto, fatto salvo quanto generalmente affermato nel corpo del testo relativamente alle quote riscattabili di Srl, la normativa dettata dal Legislatore in tema di Srl-pmi pare consentire la creazione di categorie di quote il cui tratto distintivo sia costituito dalla soggezione al diritto di riscatto degli altri soci.

³⁷ Così Consiglio Notarile di Milano, massima 153.

“implica il diritto di uno o più soci, e non dunque della società di per sé considerata, ad ottenere il trasferimento a proprio favore di una determinata partecipazione; il riscatto, come tale, dà luogo dunque ad una vicenda di circolazione delle partecipazioni sociali che può rispondere a vari interessi, ma che non postula necessariamente esigenze sanzionatorie della società nei confronti del socio. Il riscatto, insomma, assume connotazioni funzionali vicine a quelle tipiche, ad esempio, delle clausole di prelazione o ancor di più delle clausole di covendita; di qui, la tendenziale irrilevanza del requisito della giusta causa”³⁸.

Aderendo a tale impostazione, quindi, la clausola di *change of control* comportante la riscattabilità della quota detenuta da società in cui muti il controllo potrebbe essere inserita anche nello statuto delle Srl “aperte”, non essendo necessario (ma trattasi di questione controversa³⁹) che l’evento cui resta subordinato il riscatto integri una giusta causa di esclusione ex [articolo 2473-bis](#), cod. civ.

Infine, anche in tema di Srl resta ferma l’opportunità che la clausola statutaria di *change of control* definisca con precisione la nozione di “controllo” da essa presupposta, di modo che non sussistano incertezze in ordine all’individuazione degli elementi fattuali suscettibili di consentire l’esclusione della società socia ovvero il riscatto della sua partecipazione da parte degli altri soci.


Euroconference
PARERI E QUESITI
Il servizio di consulenza specialistica in
area fiscale, societaria, contabile e giuslavoristica per i professionisti
Pacchetto 5 quesiti su DICHIARAZIONE DEI REDDITI
€ 450 + IVA Non cumulabile con sconto Privilege





Tempestività nella risposta La risposta è sulla Vostra scrivania entro 5 giorni lavorativi
Completezza La risposta è corredata dalla documentazione di riferimento
Autorevolezza Gli esperti sono tra i più qualificati nella materia di competenza

SCOPRI DI PIÙ

³⁸ In questi termini è sempre il Consiglio Notarile di Milano, massima 153.

³⁹ Secondo autorevole dottrina (cfr. G. Zanarone, *“Della società a responsabilità limitata”*, in Il Codice Civile. Commentario, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, I, pag. 866 e 867), in caso di quote riscattabili di Srl, *“l’esercizio del riscatto va a incidere con effetto estintivo sul rapporto tra il titolare della partecipazione riscattata e la società, operando dunque sostanzialmente come ipotesi di esclusione del primo dalla seconda”*. Conseguentemente, secondo l’Autore citato, è corretto ritenere che, *“in applicazione analogica dell’articolo 2473-bis, ... anche la clausola di riscatto, esattamente come quella di esclusione, debba indicare a pena di nullità le condizioni legittimanti il titolare del corrispondente diritto all’acquisto forzoso delle quote, e che tali condizioni debbano rivestire un sufficiente grado di specificità nonché risultare valutabili in termini di giusta causa”*. Per approfondimenti sul tema in parola, si veda M. Maltoni, *“Sulla riscattabilità delle quote a responsabilità limitata”*, in Soc., 2019, 2, pag. 149 e ss..

L'aumento di capitale liberato mediante crediti aventi a oggetto criptovalute

di Valeria Marocchio - dottoressa in giurisprudenza

Federico Colognato - avvocato

In data 9 dicembre 2019, i soci di una Srl - ente di ricerca in ambito accademico nel settore del diritto e delle nuove tecnologie blockchain e intelligenza artificiale - hanno deliberato un aumento di capitale in denaro e crediti in criptovalute.

Trattasi di un'operazione unica nel suo genere per 2 ordini di motivi. Il primo è che per la prima volta viene conferita (con successo) criptovaluta e, addirittura, sono state conferite 2 diverse criptovalute: quella nativa della blockchain Ethereum, Ether (ETH), in aggiunta a Bitcoin (BTC). Si tratta, dunque, della prima operazione societaria di tipo multi-cryptocurrency.

Il secondo è dato proprio dal riconoscimento della natura del conferimento, ricondotto al conferimento dei crediti vantati dagli utenti (titolari delle criptovalute) verso il wallet provider di deposito. Nel caso di specie, proprio il diritto di credito relativo al sottostante valore in moneta legale delle criptovalute è stato ritenuto un elemento di attivo conferibile nella Srl, previa redazione di apposita perizia ex [articolo 2465](#), cod. civ..

Il caso di specie

In data 9 dicembre 2019, i soci di una Srl - ente di ricerca in ambito accademico nel settore del diritto e delle nuove tecnologie *blockchain* e intelligenza artificiale - hanno deliberato un aumento di capitale in denaro e crediti in criptovalute. Tale operazione segna un ulteriore e importante passo verso lo sdoganamento della moneta digitale che sta rivoluzionando i rapporti sociali e giuridici.

La novità dell'operazione risiede sia nel conferimento (con successo) a capitale sociale di valute virtuali, sia nell'utilizzo simultaneo di 2 diverse valute virtuali per tale operazione (*multi-crypto-currency*), il tutto facendo assurgere al ruolo di garante dell'operazione e del trasferimento della proprietà della valuta il gestore della piattaforma di scambio delle stesse (il *wallet*), in quanto terzo rispetto ai soggetti sottoscrittori e alla società conferitaria.

Nel dettaglio, i soci della Srl hanno deliberato che parte dell'aumento sia eseguito mediante cessione di 2 crediti aventi a oggetto una certa quantità di *Bitcoin* ed *Ether* detenuti presso una piattaforma che funga sia da *wallet provider* sia da *wallet exchange* (peraltro, con sede nel territorio italiano).

Dal punto di vista civilistico, poi, la natura giuridica del credito oggetto di conferimento trova fondamento nella funzione svolta dal *wallet provider* della piattaforma depositaria dei titoli (terza, sia rispetto ai soggetti conferenti sia rispetto alla società conferitaria): tra l'utente e la piattaforma, infatti, si configura un diritto, vantato direttamente dal titolare della valuta nei confronti del *provider*, alla restituzione delle criptovalute depositate presso gli *account* presenti sulla piattaforma. La natura fungibile delle criptovalute, le caratteristiche del rapporto contrattuale tra la piattaforma e l'utente hanno permesso di assimilare il rapporto a un deposito di tipo irregolare ex [articolo 1782](#), cod. civ.. L'obbligo del *provider* è, infatti, quello di restituire una quantità equivalente alle criptovalute depositate. Ai fini della conferibilità del credito relativo al valore (in moneta legale) delle criptovalute, si è tenuto conto degli approdi più recenti della giurisprudenza di merito sul tema (Tribunale di Brescia, decreto del 18 luglio 2018, Corte d'Appello di Brescia, decreto del 3 dicembre 2018; Tribunale di Firenze, sentenze 18 e 19 del 21 gennaio 2019), per quanto attiene alle caratteristiche indispensabili che devono possedere le valute digitali per essere considerate conferibili in società:

- esistenza di un mercato di riferimento;
- idoneità a essere oggetto di valutazione economica;
- capacità del bene a essere oggetto di espropriazione da parte dei creditori sociali o sottoposto a provvedimenti dell'Autorità¹.

Definizione e natura giuridica delle criptovalute. Brevi cenni

Le valute digitali² vengono definite dalla Direttiva UE 2018/843 del Parlamento Europeo del 30 maggio 2018³ come una *“rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente”*.

L'ordinamento italiano, riprendendo parzialmente la definizione comunitaria, qualifica la valuta virtuale come la *“rappresentazione digitale di valore, non è emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente”*⁴.

¹ Cfr. sul punto A. Galimberti, *“All'impresa sociale dote di criptovalute”*, in Il Sole24Ore dell'11 dicembre 2019.

² Cfr. *amplius* F. Colognato, V. Marocchio, *“L'aumento di capitale liberato mediante moneta digitale e l'esigenza di una perizia “completa”*”, in La rivista delle operazioni straordinarie, n. 12/2018, pag. 2 e ss., specialmente pag 6.

³ Direttiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, che modifica la Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, di modifica delle Direttive 2009/138/CE e 2013/36/UE.

⁴ Cfr. D.Lgs. 90/2017, articolo 1, comma 2, lettera qq) di attuazione della Direttiva (UE) 2015/849.

La Banca d'Italia, nell'*Occasional Paper* n. 484 del 18 marzo 2019, ha precisato, inoltre, che le criptovalute non sono moneta legale di Stato (c.d. *fiat money*), depositi, fondi ovvero passività di una istituzione e non sono nemmeno una moneta avente un valore intrinseco (*outside money*), come l'oro o l'argento⁵, né che tali monete virtuali devono confondersi con i tradizionali mezzi di pagamento elettronici (quali, ad esempio, carte di credito, carte di debito, etc.), non essendo una rappresentazione in forma digitale delle comuni valute aventi corso legale (euro, dollaro, etc.). Non possedendo corso legale, inoltre, non esiste alcun obbligo normativo che imponga di accettare le criptovalute per l'estinzione delle obbligazioni pecuniarie: potranno, quindi, essere utilizzate per acquistare beni o servizi solo se il venditore è disponibile ad accettarle⁶.

Quanto ora riportato evidenzia la totale assenza di una definizione legislativa univoca di "criptovalute" o "valute digitali", la quale ha suscitato numerosi dibattiti circa la corretta qualificazione giuridica delle stesse (con differenti e inevitabili ricadute rispetto alla loro attitudine e alla modalità di conferimento in società di capitali).

Relativamente alla natura giuridica della criptovalute, si sono formati 2 orientamenti divergenti: un primo orientamento riconduce le criptovalute nel novero dei "beni giuridici" di cui all'[articolo 810](#), cod. civ. ("*Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*"); la tesi opposta ritiene che le valute virtuali siano da considerarsi mera "valuta" o "moneta".

A favore del primo orientamento militerebbero soprattutto il dato letterale della definizione di "valuta digitale" offerta dal Legislatore nazionale, nonché quanto precisato dall'autorità bancaria stessa: in particolare, l'assenza di alcun obbligo giuridico di accettare pagamenti di beni o servizi a mezzo di criptovaluta, comporterebbe l'impossibilità di qualificare la criptovaluta stessa come moneta legale o virtuale, da ricondursi piuttosto al concetto di "bene di scambio".

Qualificare le criptovalute come "beni giuridici" ex articolo 810, cod. civ., inoltre, le renderebbe di per sé idonee a essere conferite in società di capitali alla stregua di altri beni, salvo il rispetto degli specifici requisiti di legge in tema di conferimenti⁷.

⁵ Così la Banca d'Italia nel suo *Occasional Paper* n. 484 del 18 marzo 2019 consultabile presso <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2019-0484/index.html>.

⁶ Cfr. Banca d'Italia nel documento "Avvertenze sull'utilizzo delle cosiddette valute virtuali" del 30 gennaio 2015 consultabile presso https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/avvertenza-valute-virtuali/AVVERTENZA_VALUTE_VIRTUALI.pdf.

⁷ Sul punto v. in dottrina C. Michi, "Criptovalute e capitale sociale un binomio imperfetto?", in *Rivista del Notariato*, n. 3, 2019, pagg. 604 e ss. "le criticità che ancora interessano la ricostruzione giuridica delle criptovalute consigliano di qualificare le nuove monete come beni, sottoposte al regime di cui agli articoli 2464, comma 2 e 22465, cod. civ."; M. Cian, "La criptovaluta – alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari", in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, n. 3, 1° giugno 2019, pag. 315 e ss., per il quale le criptovalute vanno considerate alla stregua di "merce" ovvero "beni digitali" oggetto di negoziazione alla pari di qualsiasi altro bene e non in quanto denaro, con tutti i relativi precipitati logici del caso; M. Krogh, "L'aumento di capitale nelle Srl con conferimento di criptovalute. Il commento", in *Notariato*, n. 6, 2018, pag. 663 e ss., "da un punto di vista giuridico, la valuta virtuale rientra nell'ampia definizione dell'articolo 810, cod. civ. che comprende qualunque cosa materiale e immateriale, intesa non in senso naturale ma in senso giuridico, idonea a soddisfare un'utilità o una necessità dell'uomo, un interesse giuridicamente apprezzabile, di natura patrimoniale". In giurisprudenza, si veda Tribunale di Firenze, sez. fall., sentenza n. 18/2019: "Le

Secondo la tesi opposta⁸, invece, sposata da altra parte della giurisprudenza⁹, le valute virtuali costituiscono comunque “valuta” o “moneta”, priva di corso legale, e quindi - pur non essendovi alcuna norma che ne imponga l'accettazione per l'estinzione di obbligazioni pecuniarie - possono essere utilizzate quale moneta “convenzionale” per acquistare beni o servizi se il venditore è concorde sul loro utilizzo.

Trattandosi comunque di “valuta”, i conferimenti in valuta virtuale – al pari di quelli in valuta diversa dall'euro – dovrebbero essere soggetti alla disciplina di cui agli articoli [2343](#) (per le Spa) e [2465](#) (per le Srl), cod. civ., in quanto idonei a essere economicamente oggetto di perizia di stima¹⁰.

Anche dalla qualificazione delle valute virtuali quale “moneta convenzionale” discenderebbe, quindi, l'idoneità delle stesse a essere conferite in società di capitali, salvo il rispetto degli ulteriori requisiti richiesti dalla legge per tale tipo di conferimento.

(segue) Il conferimento in società di criptovalute

Come poc'anzi ricordato, sia che le “valute digitali” vengano qualificate quali beni giuridici ex [articolo 810](#), cod. civ., sia come “valuta convenzionale” non avente corso legale, dottrina e giurisprudenza non dubitano relativamente alla loro astratta configurabilità in società di capitali, salvo il rispetto dei requisiti richiesti dalle norme societarie per ciascun tipo di conferimento.

criptovalute, dunque, possono essere considerate “beni” ai sensi dell'articolo 810, cod. civ., in quanto oggetto di diritti, come riconosciuto oramai dallo stesso Legislatore nazionale, che la considera anche, ma non solo, come mezzo di scambio, evidentemente in un sistema pattizio e non regolamentato, in cui i soggetti che vi partecipano, accettano - esclusivamente in via volontaria - tale funzione, con tutti i rischi che vi conseguono e derivanti dal non rappresentare la criptovaluta moneta legale o virtuale (in altre parole, non vi è alcun obbligo giuridico dei partecipanti al “microsistema” di accettare pagamenti di beni o servizi con criptovaluta).

⁸ Cfr. per tutti, R. De Ritis, “Apporti di criptomonete in società”, in GiustiziaCivile.com, 19 marzo 2019, secondo cui “...La moneta legale corrisponde a quanto il Legislatore in diverse norme chiama danaro ... Quello di “moneta” è nozione più ampia in cui far rientrare – oltre alla moneta legale (euro) - sia la moneta estera che la criptomoneta, con conseguente applicazione a quest'ultima della disciplina sulle obbligazioni pecuniarie. Ovviamente i pagamenti in criptomonete avvengono solo su base convenzionale, al pari di quanto accade con moneta estera, come precisa anche l'articolo 126-octies, D.Lgs. 385/1993, relativamente alla “valuta concordata dalle parti”. v. M. Passaretta, “Conferimenti di criptovalute in società. Principi e problemi applicativi” in Rivista del Notariato, fasc. 5, 2018, pag. 1300 e ss.. Circa l'assimilabilità al denaro, cfr. Banca d'Italia “Avvertenze sull'utilizzo delle cosiddette valute virtuali” del 30 gennaio 2015 “Le valute virtuali non hanno corso legale e pertanto non devono per legge essere obbligatoriamente accettate per l'estinzione delle obbligazioni pecuniarie, ma possono essere utilizzate per acquistare beni o servizi solo se il venditore è disponibile ad accettarle”.

⁹ Cfr. Corte d'Appello di Brescia, decreto n. 26/2018 “La criptovaluta è quindi da considerarsi, a tutti gli effetti, come moneta, e cioè quale mezzo di scambio nella contrattazione in un dato mercato, atto ad attribuir valore, quale contropartita di scambio, ai beni e servizi, o altre utilità, ivi negoziati. Non può pertanto essere considerata alla stregua di questi ultimi, che sono, come tali, suscettibili di acquisto con impiego del denaro, e perciò idonei ad essere economicamente oggetto di valutazione tecnica mediante perizia di stima”. La Corte d'Appello perviene alla soluzione radicale – e non condivisa dalla dottrina – di escludere che il valore della criptovaluta possa essere oggetto di perizia arrivando, a individuare “un “tertium genus” di beni inconfondibili”.

¹⁰ Cfr. M. Passaretta, “Conferimenti di criptovalute in società. Principi e problemi applicativi”, cit., secondo cui “Acquisito che le valute virtuali, malgrado non corrispondano a una moneta legale, attribuiscono al suo possessore una disponibilità patrimoniale. [...] Ne consegue che i conferimenti in altra valuta o in valuta virtuale sono assoggettati alla disciplina dei conferimenti in natura ex articolo 2343, cod. civ.. Tale assunto risiede nel fatto che l'adempimento in moneta non avente corso legale non costituisce adempimento “ordinario” dell'obbligazione pecuniaria, poiché solo la moneta legale estingue ex lege l'obbligazione. ... Il conferimento in valuta virtuale è, quindi, sottoposto alla relazione di stima dell'esperto che, nel caso di specie, deve determinare il rapporto di cambio della valuta virtuale con la moneta di conto nazionale (euro)”.

A riguardo, l'[articolo 2464](#), comma 2, cod. civ., con riferimento alle Srl, dispone che possono essere conferiti in società tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica.

In tema di Srl emerge, quindi, la volontà legislativa di limitare indirettamente le entità conferibili a quelle suscettibili di una valutazione economica certa e attendibile, rendendosi così obbligatoria e necessaria la sottoposizione di tali beni a un articolato procedimento di stima.

La disposizione citata ha comportato il superamento della tesi¹¹ che ritiene conferibili soltanto quei beni suscettibili di esecuzione forzata. Oggi, infatti, la dottrina prevalente¹² ritiene che, in ossequio al dato letterale della norma *de qua*, sia conferibile nel patrimonio sociale qualsiasi utilità, funzionale allo svolgimento dell'attività sociale.

Il bene, quindi, è “conferibile” in quanto suscettibile di essere oggetto di un diritto (in senso lato) trasferibile dal patrimonio del socio a quello della società o di un diritto costituito dal socio sul proprio patrimonio a favore della società, purché non vi siano espresse limitazioni derivanti dalla legge o dall'atto costitutivo: nessun altro peculiare requisito è richiesto dal Legislatore.

La giurisprudenza¹³, tuttavia, ritiene che i conferimenti in natura, oltre a dover essere economicamente valutabili, debbano essere rappresentati da entità astrattamente iscrivibili in bilancio. Tale ulteriore requisito viene derivato dalla necessità che l'ammontare del capitale sociale (costituente una delle voci del passivo dello Stato patrimoniale) dev'essere “neutralizzato” da una voce, di pari importo, dell'attivo. Se, infatti, il bene conferibile, pur suscettibile di valutazione economica, non fosse iscrivibile a bilancio, non vi sarebbe l'integrale liberazione della sottoscrizione che deve accompagnare l'operazione di aumento di capitale c.d. “reale”.

Sono, quindi, ammissibili (sia in sede di costituzione della società sia in sede di aumento del capitale delle medesime) ogni genere di conferimento, purché tale bene o servizio, nel rispetto degli imperativi normativi, possa creare un'utilità apprezzabile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale che ne abbia la disponibilità e sia iscrivibile in bilancio¹⁴.

Per le Srl, l'[articolo 2465](#), cod. civ. richiede che tale valore risulti da una relazione di stima giurata, redatta da un revisore legale o da una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro. Tale

¹¹ Tale tesi trae origine dalla considerazione che il capitale sociale svolgesse una funzione preminentemente di garanzia patrimoniale verso i creditori sociali. Sul punto, cfr. A. Pisani Massamormile, “*Conferimenti in garanzia nel diritto delle società*”, Napoli, 1992, pag. 13 e ss.; M.S. Spolidoro, “*Conferimenti in natura nelle società di capitali: appunti*”, in *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum* G.F. Campobasso, P. Abbadessa, G.B. Portale (diretto da), Milano, 2006, I, pag. 492 e ss..

¹² Tale teoria prende le mosse dalla concezione nominalistica del capitale sociale, il quale prescinde dai beni del patrimonio che fungono da sua copertura e garanzia, e ha riguardo a una visione economico aziendale del capitale, il quale sarebbe destinato, più che a una funzione di garanzia dei creditori, ad assicurare la “produttività” dell'impresa societaria, mediante una serie di attività e di valori che consentono l'esercizio dell'attività sociale e la produzione di un reddito (c.d. “teoria produttivistica” del capitale sociale), G.B. Portale, “*Capitale sociale e conferimenti nelle società per azioni*”, in *Riv. soc.*, 1970, pag. 65 e ss..

¹³ Si veda *ex multis*, Cassazione n. 12539/1998, voce Società, n. 527.

¹⁴ Cfr. F. Colognato, V. Marocchio, *ult. op. cit.*, cit., pag. 3.

perizia, in particolare, dovrà contenere: la descrizione dei beni o crediti conferiti; l'indicazione dei criteri di valutazione adottati; l'attestazione che il valore di tali beni è almeno pari a quello a essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo.

La funzione di tale perizia di stima (da allegarsi necessariamente al redigendo atto notarile) è quella di tutelare i terzi dal pregiudizio derivante da un'eventuale sopravvalutazione di quanto conferito, attribuendo un valore all'utilità che i beni diversi dal denaro possono generare per la società (e, quindi, l'individuazione del valore monetario da portare a capitale)¹⁵.

Orbene, per quanto attiene alla “valute digitali”, il Tribunale di Brescia, con decreto n. 7556 del 18 luglio 2018, dopo aver ribadito l'idoneità della categoria di beni “valute digitali” a costituire elemento di attivo idoneo a essere conferito nel capitale di una Srl, precisa che *“costituiscono requisiti fondamentali di qualunque bene adatto al conferimento: l'idoneità a essere oggetto di valutazione, in un dato momento storico, prescindendosi per il momento dall'ulteriore problematica connessa alle potenziali oscillazioni del valore; quale corollario del suddetto requisito, l'esistenza di un mercato del bene in questione, presupposto di qualsivoglia attività valutativa, che impatta poi sul grado di liquidità del bene stesso e, quindi, sulla velocità di conversione in denaro contante; l'idoneità del bene a essere “bersaglio” dell'aggressione da parte dei creditori sociali, ossia l'idoneità a essere oggetto di forme di esecuzione forzata (a tale riguardo si ha presente quella parte della dottrina convinta che tale requisito sia irrilevante¹⁶, sul presupposto teorico secondo il quale la funzione di garanzia del capitale andrebbe letta in senso giuridica-contabile e non già materiale; tuttavia non può trascurarsi come in ogni caso la dimensione materiale del bene recuperi valenza quanto meno sotto il profilo della quantificazione del valore economico, dovendo per ciò stesso essere oggetto di analisi)”¹⁷.*

In altre parole, per il Tribunale di Brescia le valute virtuali possono costituire oggetto di conferimento purché se ne indaghi le caratteristiche da queste in concreto possedute da cui dedurne il loro valore economico intrinseco in un preciso momento storico¹⁸.

¹⁵ Cfr. *amplius* sul punto F. Colognato, V. Marocchio, *ult. op. cit.*, cit., pag. 4 ivi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁶ È bene precisare come molti Autori non condividano il terzo dei requisiti posti dal Tribunale di Brescia, il quale pare consapevole di tale posizione che trova positiva conferma in alcune pronunce di Cassazione in tema di conferimento per compensazione. Cfr. Cassazione n. 936/1996, n. 4236/1998 e n. 3946/2018. In dottrina, cfr. M. Passaretta, *“Conferimenti di criptovalute in società. Principi e problemi applicativi*, cit. *«Nel caso di valute virtuali, queste assolvono, senza dubbio, a una funzione produttiva, per il fatto che chi ne dispone (in questo caso la società) può convertirle in moneta avente corso legale ... oppure scambiarle per l'acquisto di beni o servizi”*.

¹⁷ Cfr. *amplius* sul punto F. Colognato, V. Marocchio, *ult. op. cit.*, cit., pag. 9 e ss..

¹⁸ Nel caso analizzato dal Tribunale, la criptovaluta utilizzata risultò priva dei requisiti minimi sopra indicati, per poter essere assimilata a un bene suscettibile in concreto di una valutazione economica attendibile, in particolare per il fatto che la stessa *“non era scambiata in alcuna piattaforma di scambio ... con la conseguente impossibilità di fare affidamento su prezzi attendibili in quanto discendenti da dinamiche di mercato”,* cioè, in quanto *“l'unico “mercato” nel quale concretamente opera è costituito da una piattaforma dedicata alla fornitura di beni e servizi riconducibile ... ai medesimi soggetti ideatori della criptovaluta, nel cui ambito (invero assai ristretto) funge da mezzo di pagamento accettato”*.

L'aumento di capitale con conferimento di crediti di Bitcoin ed Ether

Come già anticipato in premessa, l'operazione societaria oggetto di attenzione nel presente contributo, consiste in un aumento di capitale oneroso con conferimento in denaro e in crediti di 2 criptovalute, Bitcoin ed Ether.

Nell'operazione *de qua* si è tenuto conto delle indicazioni della giurisprudenza di merito sul tema (Tribunale di Brescia, decreto del 18 luglio 2018, Corte d'Appello, decreto del 3 dicembre 2018, Tribunale di Firenze, sentenze 18 e 19 del 21 gennaio 2019), per quanto attiene alle caratteristiche indispensabili che devono possedere le valute digitali per essere considerate conferibili in società:

1. esistenza di un mercato di riferimento;
2. idoneità a essere oggetto di valutazione economica;
3. capacità del bene a essere oggetto di espropriazione da parte dei creditori sociali o sottoposto a provvedimenti dell'Autorità.

Nel caso concreto, alla luce di questi requisiti, la scelta è ricaduta su 2 delle criptovalute con maggior diffusione nel mondo (inserite nella quasi totalità degli *exchange* mondiali), Bitcoin ed Ether, mentre per il terzo requisito si è scelto di coinvolgere un *wallet provider* nazionale che potesse fungere da custode garantendo, fintanto che le criptovalute saranno detenute presso di esso, una sorte di "custode-garante" soggetto alla giurisdizione italiana nel caso di provvedimenti esecutivi o di sequestro emessi da Autorità nazionali.

Con riferimento specifico a Bitcoin ed Ether, alla luce di quanto evidenziato altresì all'interno della perizia allegata al verbale di assemblea, i requisiti di cui *supra* sono da ritenersi soddisfatti.

I Bitcoin e gli Ether, infatti, sono le criptovalute più scambiate sui mercati non regolamentati – contro altre criptovalute o contro *moneta fiat* – per il tramite di una pluralità di piattaforme dette "*exchange*" talune delle quali autorizzate dalle rispettive Autorità di vigilanza ove le stesse hanno sede legale¹⁹.

Orbene, sulla base di quanto indicato dal *supra* menzionato portale *web*²⁰, alla data di asseverazione della perizia di stima dei conferimenti, i Bitcoin e gli Ether sarebbero erano scambiati da circa da 400 *exchange* con un volume di scambi nelle precedenti 24 ore superiore a 15 miliardi \$ (i Bitcoin) e 6,5 miliardi \$ (gli Ether). A fronte di ciò, pare quindi potersi concludere in ordine all'esistenza di un mercato reale e attivo per i Bitcoin e gli Ether, con rispetto del primo requisito indicato dalla giurisprudenza di merito citata: ambo le criptovalute, infatti, sono scambiate da oltre 400 *exchange* e per volumi giornalieri significativi.

¹⁹ E.g. in Germania <https://www.bitcoin.de> e in Svezia <https://safello.com>. Una elencazione parziale degli *exchange* presso i quali è possibile comprare o scambiare BTC e ETH è indicato da Banca d'Italia nell'*Occasional Paper* n. 484 del 18 marzo 2019.

²⁰ Il sito di riferimento fornisce, in particolare, l'indicazione degli scambi eseguiti presso ciascun *exchange* nonché il prezzo medio (in dollari) a cui tali transazioni sono state effettuate.

Può concludersi positivamente anche l'indagine relativa alla sussistenza del secondo requisito ovvero l'idoneità del bene a essere suscettibile di valutazione economica.

Infatti, confermata l'esistenza di mercati attivi per le 2 criptovalute considerate, nella perizia di stima è stata data contezza e riprova del fatto che per entrambe sono disponibili "quotazioni" attendibili e trattasi di valute particolarmente diffuse²¹.

Ed è proprio l'esistenza di quotazioni di mercato attendibili che rende i Bitcoin e gli Ether idonei a essere oggetto di valutazione economica.

Il rispetto dell'ultimo dei 3 requisiti indicati dal Tribunale di Brescia – ovvero l'idoneità a formare oggetto di esecuzione forzata –, sebbene ritenuto dalla dottrina maggioritaria come "non necessario" ai fini della conferibilità di un'attività in società, ha assunto invero rilievo nel caso oggetto della sentenza del Tribunale di Firenze. In tale circostanza, il Tribunale ordinò il sequestro (funzionale al successivo procedimento di esecuzione forzata) del patrimonio del debitore, consistente nelle criptovalute detenute nel proprio portafoglio.

A fronte di ciò deve, pertanto, concludersi che le criptovalute dovrebbero comunque poter formare oggetto di un'eventuale esecuzione forzata. Nel caso di specie, tale circostanza, viene garantita dal fatto che le valute virtuali sono state depositate presso un *exchange* gestito da un soggetto terzo individuabile, idoneo a fornire indicazioni e a ottemperare ai provvedimenti eventualmente emessi dall'Autorità giudiziaria.

Per le Srl, poi, l'[articolo 2465](#), cod. civ., richiede che il valore del bene da conferire risulti da una relazione di stima giurata che deve contenere altresì l'indicazione dei criteri di valutazione adottati.

Orbene, non essendo i Bitcoin e gli Ether passività di una istituzione (a fronte dei quali vengono detenuti attivi, come ad esempio per le monete aventi corso legale) e non essendo qualificabili nemmeno come "*outside money*" (al pari dell'oro e dell'argento) le 2 criptovalute non possiedono un valore intrinseco diverso da quello riconosciuto dal mercato ed espresso dalle quotazioni giornaliere.

Per determinare il valore in valuta "legale" delle criptovalute alla data di asseverazione della relazione di stima, il criterio di valutazione adottato è stato indicato nel valore normale espresso su mercati non regolamentati di scambio e risultanti da *data provider* di comprovata affidabilità. Più in particolare, è stato utilizzato il valore di quotazione di apertura del giorno di asseverazione perizia espresso in euro, pubblicato da Bloomberg.

²¹ Numerosi portali a ciò dedicati forniscono le quotazioni in tempo reale delle 2 criptovalute oggetto di conferimento. A titolo meramente esemplificativo, Banca d'Italia, *Occasional Paper* n. 484, menziona <https://coinmarketcap.com>, <https://www.cryptocompare.com> e <https://bitinfocharts.com/cryptocurrency-prices>. Anche [Bloomberg.com](https://www.bloomberg.com) offre una quotazione delle principali criptovalute, aggregando i dati provenienti dai più diffusi e utilizzati *exchange* mondiali.

Per tenere conto dell'elevata oscillazione dei prezzi delle criptovalute, alla quotazione del mercato è stato applicato un fattore di correzione che tenesse conto, appunto, della volatilità intrinseca della specifica criptovaluta. Il valore così risultante approssima statisticamente, con un grado di affidabilità del 99,9%, il valore di mercato minimo delle criptovalute nel giorno di asseverazione della perizia²².

(segue) La natura giuridica del credito oggetto di conferimento

A essere oggetto del conferimento concreto nella Srl, sono 2 crediti, rispettivamente di n. 0,04149698405650550 Bitcoin (BTC) e di n. 3,382268865410470 Ether (ETH) vantati nei confronti di una Srl, proprietaria della piattaforma di scambio di criptovalute (*exchange*).

Con tale società tanto i soci conferenti che la società conferitaria stipularono un contratto per la prestazione di servizi di *exchange* e *wallet provider* offerti dalla piattaforma. I servizi di *exchange* ivi prestati e fruibili grazie all'accesso alla piattaforma consistono *“nell'esecuzione di ordini di acquisto o di vendita impartiti dall'Utente e relativi a Criptovalute o a valute aventi corso legale, secondo le modalità indicate sull'Exchange”*.

Più nello specifico, come risulta dalla perizia di stima, la società è tenuta a eseguire la *“conversione di Valute Fiat in Criptovalute basate su tecnologia blockchain, e viceversa” nonché a effettuare “la esecuzione immediata degli ordini impartiti dall'Utente per il trasferimento delle Criptovalute basate su tecnologia blockchain o delle Valute FIAT, associate al proprio Account e presenti nel relativo Wallet, su indirizzi per i quali l'Utente stesso abbia la conoscenza esclusiva delle connesse chiavi crittografiche ovvero su conti correnti presenti presso istituti bancari di cui possieda le coordinate”*.

Quanto ai servizi di *wallet provider*, essi consistono nella messa a disposizione all'utente di un *wallet* abilitato alla ricezione e al deposito di criptovalute ossia di un *“portafoglio virtuale presente sull'Exchange e appartenente a ciascun Utente registrato, perché associato al suo specifico Account, necessario per la fruizione dei Servizi, regolato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1782 cod. civ., la cui gestione è affidata da ... a un Partner esterno e la cui operatività diviene effettiva solo dopo il positivo superamento, da parte dell'Utente, delle procedure di KYC”*.

Con riferimento a tale ultimo servizio, dal punto di vista civilistico tra utente e piattaforma si configura un rapporto di “deposito irregolare” ex [articolo 1782](#), cod. civ., derivandone l'acquisto della proprietà

²² Segnatamente, il fattore di correzione è pari a -3,09023 volte la deviazione *standard* rilevata nelle ultime 60 giornate di quotazione, pubblicata da Bloomberg. Tale finestra temporale di osservazione è stata ritenuta sufficientemente ampia da risultare omogenea, rispetto al periodo di applicazione (il giorno dell'asseverazione).

delle *res fungibili* in capo alla Srl e l'insorgenza dell'obbligo restitutorio a favore dell'utente del *tantundem eiusdem generis et qualitatis*²³.

Orbene, in forza del suddetto contratto, i 2 soci conferenti divennero titolari, ciascuno, di un proprio *wallet* personale presente sulla piattaforma e vi trasferirono rispettivamente Bitcoin ed Ether. In ossequio alla natura giuridica del rapporto di deposito *de quo*, la società conferitaria, successivamente al conferimento, vanta un credito nei confronti della piattaforma di gestione consistente nel diritto a vedersi restituito un numero di Bitcoin e di Ether identico a quello depositato presso il *wallet provider* stesso. Come puntualizzato in perizia, tale credito risulta cedibile a terzi non prevedendo il contratto limitazioni in ordine alla sua trasferibilità.

Conclusioni

In conclusione, a fronte di quanto ivi riportato si ribadisce la portata innovativa dell'operazione in commento che segna un definitivo passo verso l'utilizzo della moneta digitale e della tecnologia a certificazione diffusa e criptata.

L'eccezionalità dell'operazione risiede, oltre che nel conferimento a capitale di valute virtuali, nel fatto che ciò è avvenuto utilizzando 2 diverse valute virtuali e, soprattutto, riconoscendo al gestore della piattaforma il ruolo di garanzia e di custode di quanto depositato.

Con riguardo a quest'ultimo punto si è puntualizzato come tra l'utente e la piattaforma si configuri un diritto, vantato direttamente dal titolare della valuta virtuale nei confronti del *provider*, alla restituzione di beni (le criptovalute stesse) depositati presso gli *account* presenti sulla piattaforma medesima. La natura fungibile di queste criptovalute e le caratteristiche del rapporto contrattuale tra le piattaforme e l'utente permettono di assimilare il rapporto a un deposito di tipo irregolare ex [articolo 1782](#), cod. civ.; l'obbligo del *provider* è, infatti, quello di restituire una quantità equivalente alle criptovalute depositate. In sostanza, proprio il diritto di credito relativo al valore (in moneta legale) delle criptovalute è stato ritenuto oggetto conferibile in società previa redazione di una perizia dettagliata, puntuale e completa, la quale ha tenuto in debito conto delle indicazioni fornite sul punto dalla giurisprudenza bresciana e fiorentina.

²³ Qualifica tale rapporto come di deposito irregolare Tribunale di Firenze, sentenza n. 18/2019.

Cessione di partecipazioni: i criteri di individuazione del valore fiscalmente riconosciuto

di Angelo Ginex – avvocato e Ph.D. in Diritto Tributario, Studio Legale Tributario Ginex & Partners

La cessione a titolo oneroso delle partecipazioni iscritte nelle immobilizzazioni finanziarie dà luogo a una plusvalenza, intesa come differenza tra il corrispettivo percepito e il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, incrementato e ridotto delle variazioni derivanti dall'applicazione delle norme tributarie. Nel nostro ordinamento, però, non esiste una definizione espressa di valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, ancorché tale concetto venga richiamato da diverse disposizioni di legge. Di qui, pertanto, la necessità di comprendere quali siano i criteri di individuazione dello stesso, al fine di determinare il costo fiscale della partecipazione utile a calcolare il reddito differenziale da tassare.

Valore fiscale delle partecipazioni detenute in regime di impresa

In materia di reddito di impresa, la tassazione delle plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso delle azioni o quote possedute in società di capitali e di persone commerciali è disciplinata dall'[articolo 86](#), comma 2, Tuir, secondo cui le plusvalenze patrimoniali sono determinate quale differenza tra il corrispettivo percepito, al netto degli oneri accessori di diretta imputazione, e il “costo fiscale” delle partecipazioni oggetto di cessione.

Al successivo comma 5-*bis* dell'articolo 86 citato è previsto che, nelle ipotesi di cui all'[articolo 47](#), commi 5 e 7, Tuir, costituiscono plusvalenze tassabili le somme o il valore normale di quanto ricevuto *pro quota* dal socio a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve di capitale per la parte che eccede il “valore fiscalmente riconosciuto” delle partecipazioni. Anche tale disposizione, che attrae nella disciplina delle plusvalenze di impresa i redditi derivanti dalle fattispecie di cui all'articolo 47, commi 5 e 7, Tuir (ordinariamente considerati redditi di capitale per assimilazione agli utili da partecipazione), fa quindi riferimento al valore fiscalmente riconosciuto.

Al fine di stabilire cosa debba intendersi per “costo fiscale” o “valore fiscalmente riconosciuto” delle partecipazioni, è possibile richiamare le norme generali sulle valutazioni di cui all'[articolo 110](#), comma 1, lettere b), c) e d), Tuir, il quale, da un lato, chiarisce che in detto costo vanno ricompresi gli oneri

accessori di diretta imputazione, a eccezione degli interessi passivi e delle spese generali, e, dall'altro, esclude le plusvalenze e minusvalenze solo iscritte e non realizzate.

Ad adiuvandum, è possibile applicare altresì le regole previste dall'[articolo 92](#), commi 1, 2, 3, 4 e 7, Tuir, così come richiamato dal successivo [articolo 94](#), Tuir a sua volta richiamato, ai fini della valutazione delle partecipazioni immobilizzate, dall'[articolo 101](#), comma 2, Tuir.

Pur operando in questi termini, però, la disciplina fiscale non consente di ricavare una definizione compiuta di “valore fiscalmente riconosciuto” delle partecipazioni.

Al fine di sopperire a tale carenza normativa, facendo ricorso ai criteri sistematici della tassazione diretta, il concetto base di “costo fiscale”, nell'ambito delle plusvalenze di impresa, può essere fatto derivare, ove possibile, dal bilancio civilistico, se e in quanto espressione dell'impiego effettivo da parte dell'impresa di nuovi mezzi finanziari.

Conseguentemente, al costo originariamente sostenuto per l'acquisto o la sottoscrizione delle partecipazioni, che rappresenta il valore iniziale da cui partire, occorrerebbe sommare tutti i maggiori oneri finanziari correlati al possesso e alla tutela del valore della partecipazione attraverso l'aumento o il ripristino del patrimonio netto della società, di cui il “costo fiscale” della partecipazione non può non tenere conto.

Tale ricostruzione, in mancanza di una definizione espressa di costo della partecipazione, sembra essere conforme tanto al principio di derivazione di cui all'[articolo 83](#), Tuir, quanto a quello di correlazione costi-ricavi (corollario del principio di competenza economica ex [articolo 109](#), Tuir) e della capacità contributiva previsto dall'[articolo 53](#), Costituzione.

Valore fiscale delle partecipazioni nelle società trasparenti

Con specifico riferimento alle partecipazioni al patrimonio o al capitale delle società di persone e di capitali in trasparenza fiscale, gli articoli [115](#), comma 12, e [68](#), comma 6, Tuir stabiliscono che il costo fiscalmente riconosciuto deve essere aumentato e diminuito rispettivamente dei redditi e delle perdite imputate per trasparenza al socio e che dallo stesso si scomputano, fino a concorrenza dei redditi già imputati, gli utili già distribuiti.

Evidentemente, la *ratio* della norma è sia quella di neutralizzare la doppia imposizione economica, evitando una seconda tassazione di parte del prezzo di cessione riconducibile ai redditi della società già tassati *pro quota*, sia quella di evitare un salto d'imposta, riducendo il costo fiscalmente riconosciuto tanto dell'importo delle perdite fiscali della società, di cui il socio ha già usufruito per trasparenza in

riduzione della propria tassazione personale, quanto dell'importo degli utili civilistici già distribuiti (ma entro il limite dei redditi fiscali imputati al socio per trasparenza).

Da ultimo, occorre sottolineare che, nel caso delle società di persone in contabilità semplificata, la mancanza di un bilancio non agevola certamente una ricostruzione del valore fiscale delle partecipazioni fondata sui valori civilistici, non essendoci evidenza sia dei redditi già imputati per trasparenza sia degli utili effettivamente distribuiti.

Regime della *participation exemption*

Determinato il reddito differenziale da tassare nei termini sopra indicati, è possibile avvalersi del regime di esenzione previsto dagli articoli [87](#), comma 1, e [58](#), comma 2, Tuir.

La plusvalenza realizzata su una partecipazione posseduta nell'ambito dell'attività di impresa (ossia, posseduta da società di capitali, enti commerciali residenti, Snc, Sas, oppure da un'impresa individuale) non concorre alla determinazione del reddito di impresa nella misura del 95%, per i soggetti Ires, e, nella misura del 41,86%, per i soggetti Irpef imprenditori.

A tal fine è necessario che sussistano i seguenti requisiti:

- a) possesso ininterrotto dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello dell'avvenuta cessione, considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente (c.d. criterio Lifo);
- b) iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- c) residenza fiscale della società partecipata in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata;
- d) esercizio da parte della società partecipata di un'attività commerciale o industriale (cfr. [circolare n. 36/E/2004](#)).

Sotto il profilo soggettivo, si evidenzia che i soggetti di nuova costituzione, mancando il requisito del possesso ininterrotto per almeno 12 mesi, non possono avvalersi della *participation exemption* nel primo anno di vita, fatta eccezione per le società costituite mediante operazioni straordinarie effettuate in regime di neutralità fiscale (ad esempio, le società risultanti da fusioni o scissioni per le quali rileva anche il periodo di possesso da parte del dante causa).

Quanto al criterio Lifo, esso attiene esclusivamente alla modalità di individuazione degli "strati" di partecipazioni cedute, mentre non ha alcuna rilevanza ai fini del calcolo del costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni medesime da contrapporre al corrispettivo realizzato per il calcolo della plusvalenza.

Ai fini della verifica del requisito del possesso ininterrotto, nell'ambito delle operazioni straordinarie, emerge il principio della continuità tra avente causa (società incorporante o risultante dalla fusione, società beneficiaria, soggetto conferitario) e dante causa (società incorporata o fusa, società scissa, soggetto conferente) ogni qualvolta l'operazione straordinaria si configuri come operazione per la quale vige il criterio di neutralità fiscale. Conseguentemente, l'avente causa può far retroagire la data da cui decorre il possesso della partecipazione rispetto alla data in cui ha avuto luogo (o ha avuto efficacia) l'operazione straordinaria.

Con riferimento all'iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso, è d'uopo evidenziare che la partecipazione classificata nell'attivo circolante nel primo bilancio di iscrizione è esclusa dall'ambito di applicazione della *participation exemption*, anche se, successivamente, essa viene riclassificata tra le immobilizzazioni finanziarie; viceversa, la partecipazione che, nel primo bilancio di iscrizione, risulta classificata tra le immobilizzazioni è compresa nell'ambito di applicazione del regime di esenzione anche se, successivamente, viene riclassificata nell'attivo circolante.

Quanto ai soggetti che redigono il bilancio senza obbligo di osservanza di specifici schemi approvati a livello normativo o regolamentare (più precisamente, le società di persone e le imprese individuali in contabilità ordinaria), l'iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni o tra il circolante può essere desunta direttamente dai documenti che compongono il bilancio o, in subordine, da altri elementi certi e precisi della contabilità. Invece, i soggetti in contabilità semplificata (c.d. imprese minori di cui all'[articolo 66](#), Tuir) sono esclusi dall'ambito di applicazione della *participation exemption*, per assenza del requisito di iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie. In caso di passaggio al regime di contabilità ordinaria, è possibile fruire del regime di esenzione, purché, in occasione della chiusura del primo esercizio per il quale trova applicazione la contabilità ordinaria, la partecipazione risulti iscritta tra le immobilizzazioni finanziarie.

Sotto il profilo oggettivo, il requisito della residenza fiscale della società partecipata in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata, secondo quanto previsto dall'[articolo 87](#), comma 2, Tuir, deve sussistere ininterrottamente dall'inizio del terzo periodo di imposta anteriore al realizzo della plusvalenza, a meno che il contribuente sia in grado di dimostrare, mediante interpello, che dalla partecipazione non è stato conseguito, fin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

Per quanto concerne poi l'esercizio, da parte della società partecipata, di un'attività commerciale, secondo quanto previsto dal citato comma 2, detto requisito deve sussistere ininterrottamente dall'inizio del terzo periodo di imposta anteriore al realizzo della plusvalenza.

Rientrano nella nozione di imprese commerciali le attività indicate nell'[articolo 2195](#), cod. civ; le prestazioni di servizi non previste dall'articolo 2195, cod. civ., se organizzate in forma di impresa; lo sfruttamento di miniere, cave, torbiere, saline, laghi, stagni e altre acque interne; l'esercizio delle attività agricole ove spettino alle Snc e in Sas, nonché alle stabili organizzazioni in Italia di persone fisiche non residenti.

Tenendo conto di quanto previsto dal regime della *participation exemption*, al fine di assicurare una certa simmetria al sistema fiscale nel suo complesso, è stata prevista nell'[articolo 109](#), comma 5, Tuir l'indeducibilità degli oneri connessi alla cessione delle partecipazioni (si tratta, tipicamente, delle spese notarili, spese per perizie tecniche ed estimative, provvigioni dovute agli eventuali intermediari, altri eventuali oneri che siano specificamente collegati al realizzo della partecipazione).

Valore fiscale delle partecipazioni non detenute in regime di impresa

Nel caso delle azioni o quote detenute da persone fisiche non imprenditori, società semplici ed enti non commerciali, la mancata esplicitazione del concetto di "valore fiscalmente riconosciuto" delle partecipazioni pone le difficoltà interpretative più evidenti, in quanto non è possibile nemmeno operare una ricostruzione fondata sul bilancio civilistico come per il socio impresa.

A ogni modo, è possibile derivare alcune indicazioni interpretative dal combinato disposto degli articoli [47](#), commi 5 e 7, e [68](#), comma 6, Tuir.

In particolare, l'articolo 47, comma 5, Tuir, relativo alla tassazione dei redditi di capitale (in particolare, degli utili da partecipazione), nel chiarire che la distribuzione di riserve patrimoniali non genera alcun reddito in capo al socio, precisa che detto riparto determina una riduzione del "valore fiscalmente riconosciuto" delle azioni o quote possedute in soggetti Ires.

A fronte di detta irrilevanza reddituale, fondata sulla circostanza che le riserve, da cui le somme attribuite ai soci sono prelevate, non sono formate con utili tassabili prodotti dalla società, è prevista quindi una riduzione del costo fiscale delle partecipazioni possedute.

Invece, nell'ipotesi in cui l'ammontare delle riserve o di altri fondi distribuiti dovesse eccedere il valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni, questa ulteriore ricchezza assumerebbe rilevanza

reddituale, in quanto assimilabile alla distribuzione di un utile derivante dall'impiego di capitale in dette partecipazioni sociali (cfr. [circolare n. 26/E/2004](#)).

Anche il successivo comma 7 dell'articolo [47](#), Tuir, limitandosi a circoscrivere il perimetro applicativo della fattispecie ai casi di recesso, esclusione, riscatto e riduzione del capitale esuberante o liquidazione anche concorsuale della società, contiene una formulazione alquanto fumosa laddove dispone che costituisce utile tassabile la somma che eccede il *“prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione”* delle partecipazioni annullate.

I termini della questione non mutano qualora si volgesse lo sguardo alla tassazione della plusvalenza relativa al trasferimento a titolo oneroso di partecipazioni (c.d. *capital gain*).

L'[articolo 68](#), comma 6, Tuir, ancorché qualifichi detta plusvalenza come reddito diverso di natura finanziaria, evidenzia una similitudine con la previsione di cui al citato articolo 47, Tuir laddove indica *sic et simpliciter*, come valore da sottrarre al corrispettivo di cessione delle partecipazioni, il “costo o valore di acquisto assoggettato a tassazione”, aumentato di ogni onere inerente alla loro produzione.

Nel caso di acquisto per successione, poi, è previsto che si assuma come costo fiscale il valore definito o, in mancanza, quello dichiarato agli effetti dell'imposta di successione ex [articolo 3](#), comma 4-ter, D.Lgs. 346/1990, nonché, per i titoli esenti da tale imposta, il valore normale alla data di apertura della successione (cfr. [circolare n. 12/E/2008](#)); mentre, in caso di acquisto per donazione, si assume come costo quello del donante, ovvero il costo che egli avrebbe assunto quale costo o valore di acquisto se, invece di donare l'attività finanziaria di cui abbia il possesso, l'avesse ceduta a titolo oneroso (cfr. [circolare n. 165/E/1998](#)).

Per le azioni, quote o altre partecipazioni acquisite sulla base di un aumento gratuito del capitale, il costo unitario è determinato ripartendo il costo originario sul numero complessivo delle azioni, quote o partecipazioni di compendio. Quindi, le nuove azioni si sommano a quelle dello “strato” originario; qualora le partecipazioni che hanno generato l'assegnazione gratuita siano state acquistate in epoche differenti, è necessario aggiungere il numero delle nuove azioni ricevute gratuitamente al numero delle vecchie azioni in proporzione a ciascuno strato (cfr. [circolare n. 16/1985](#)).

Per le partecipazioni pervenute a seguito di fusione o scissione vale il principio di continuità di cui all'[articolo 172](#), comma 3, Tuir, secondo cui il cambio delle partecipazioni originarie, salvo conguaglio, non costituisce né realizzo, né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze, né conseguimento di ricavi per i soci della società incorporata o fusa. *Sine dubio*, cambiano i costi unitari nel momento in cui vengano assegnate a seguito della fusione azioni di numero e/o valore nominale differente da quello

della partecipazione nella società incorporata o fusa, nonché i costi riferibili alle partecipazioni nella società scissa e nella società beneficiaria, in caso di scissione.

Da ultimo, come per le azioni o quote detenute in regime di impresa, nel costo fiscalmente riconosciuto delle stesse, determinato sulla base del prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione, dovrebbero computarsi sia i versamenti dei soci in denaro o in natura, a fondo perduto o in conto capitale, che le loro rinunce ai crediti vantati verso la società, quindi tutti i maggiori esborsi che hanno una diretta correlazione con l'aumento e il mantenimento del valore patrimoniale delle partecipazioni stesse (cfr. [circolare n. 52/E/2004](#)).

La rivalutazione del valore delle partecipazioni

In virtù di quanto previsto dall'articolo 1, [commi 693-694](#), L. 160/2019 (c.d. Legge di Bilancio 2020), le persone fisiche e gli altri soggetti che agiscono al di fuori dell'esercizio d'impresa possono rivalutare, anche nel periodo di imposta 2020, il costo o valore di acquisto delle partecipazioni non quotate possedute alla data dell'1° gennaio 2020.

La norma risponde alla finalità di consentire la riduzione della plusvalenza derivante dall'eventuale cessione a titolo oneroso di dette partecipazioni, mediante l'aumento a pagamento, sulla base di un'apposita perizia giurata, del costo delle partecipazioni (cfr. [circolare n. 20/E/2016](#)).

È d'uopo evidenziare che questa rivalutazione, oltre a non essere sempre economicamente conveniente a causa dell'incremento dell'aliquota di imposta sostitutiva all'11% (facendosi apprezzare quando la rivalutazione si avvicina al 50% rispetto al costo iniziale), interessa soltanto le plusvalenze tassabili come redditi diversi in capo alle persone fisiche e agli altri soggetti non imprenditori di cui all'[articolo 67](#), comma 1, lettera c) e *c-bis*), Tuir. Conseguentemente, tale possibilità è esclusa in caso di annullamento delle partecipazioni per eventi straordinari del rapporto sociale di cui all'[articolo 47](#), comma 7, Tuir (ovvero, recesso "tipico", esclusione, riscatto, riduzione del capitale esuberante o liquidazione anche concorsuale della società).

Parimenti, detta rivalutazione non interessa i redditi di impresa poiché, pur essendo le fattispecie non appena indicate qualificate formalmente come plusvalenze ex [articolo 86](#), comma 5-*bis*, Tuir, nel novero dei beneficiari non sono ricompresi i soggetti esercenti l'attività d'impresa.

In caso di eredi che non beneficino dell'esenzione ai fini dell'imposta sulle successioni, il valore della partecipazione indicato nella dichiarazione di successione si determina in base al patrimonio netto

contabile della società trasferita e l'eventuale rivalutazione delle partecipazioni posta in essere dal *de cuius* non genera alcun effetto in capo agli eredi (cfr. [circolare n. 12/E/2008](#)).

Regime del *capital gain*

Il trattamento fiscale riservato alle plusvalenze di natura finanziaria è disciplinato dagli articoli [67](#) e [68](#), Tuir, D.M. 2 aprile 2008 e dal D.M. 26 maggio 2017.

È previsto che le persone fisiche non imprenditori, le società semplici e gli enti non commerciali scontino sulle plusvalenze derivanti dalla cessione o dal rimborso delle partecipazioni un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi pari al 26%, senza più alcuna distinzione, a partire dall'1° gennaio 2019, tra partecipazioni qualificate e non qualificate.

Per le plusvalenze realizzate sino al 31 dicembre 2018, invece, è previsto che, se derivanti da partecipazioni qualificate, le stesse non concorrono alla determinazione del reddito nella misura del 41,86%.

Quanto ai regimi di tassazione, per i redditi diversi di natura finanziaria, permane il regime ordinario della dichiarazione dei redditi di cui all'[articolo 5](#), D.Lgs. 461/1997, che si caratterizza per la tassazione dei redditi indicati nell'[articolo 67](#), comma 1, lettere da c) a c-*quinquies*), Tuir, al momento del realizzo, attraverso l'autoliquidazione da parte del contribuente della relativa imposta sostitutiva. Vi sono, poi, 2 modalità alternative di tassazione, applicabili, nel rispetto delle relative condizioni, a seguito di opzione del contribuente, in presenza di un rapporto con un intermediario finanziario abilitato: si tratta del regime del risparmio amministrato di cui all'[articolo 6](#), D.Lgs. 461/1997 e del regime del risparmio gestito ex [articolo 7](#), D.Lgs. 461/1997.

Trasferimento per testamento di partecipazioni sociali a fondazione

Tra le tante, appare interessante l'ipotesi in cui un soggetto destini per via testamentaria a una fondazione le proprie partecipazioni sociali di minoranza in società di capitali residenti in Italia.

Nella specie, si pone il problema di stabilire quali siano i criteri di individuazione del "valore fiscalmente riconosciuto" di tali partecipazioni, sia ai fini della determinazione delle plusvalenze patrimoniali realizzate in caso di cessione sia con riferimento ai redditi di capitale originati dalle fattispecie di cui all'[articolo 47](#), commi 5 e 7, Tuir.

A tal fine, occorre innanzitutto precisare che il trasferimento *mortis causa* delle partecipazioni sociali a una fondazione, in presenza dei requisiti di cui all'[articolo 3](#), comma 1, D.Lgs. 346/1990, beneficia

dell'esenzione dall'imposta sulle successioni, a prescindere dal rispetto della previsione di cui al successivo comma 4-ter relativo all'acquisizione del controllo della società (cfr. [risposta a interpello n. 441/2019](#)). Altrimenti detto, tale beneficio è concesso nel caso in cui la fondazione sia legalmente riconosciuta e abbia come scopo esclusivo l'assistenza, lo studio, la ricerca scientifica, l'educazione, l'istruzione o altre finalità di pubblica utilità, non rilevando la circostanza che le partecipazioni da trasferire non consentano alla fondazione, destinataria della disposizione testamentaria, di acquisire il controllo delle società partecipate.

Venendo al valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni cedute dalla fondazione, ove sussistano le condizioni per l'esenzione dall'imposta di successione di cui al citato articolo 3, comma 1, D.Lgs. 346/1990 questo coinciderà con il “*valore normale alla data di apertura della successione*”, così come espressamente previsto dall'[articolo 68](#), comma 6, Tuir.

Quindi, in presenza delle condizioni per l'esenzione dall'imposta di successione, va applicato il criterio del valore normale, quale valore fiscalmente riconosciuto per il beneficiario di partecipazioni sociali ex articolo 68, comma 6, Tuir, indipendentemente dal trasferimento di partecipazioni di controllo o meno. Per quanto concerne la fattispecie di cui all'[articolo 47](#), comma 5, Tuir, la somma attribuita al socio (fondazione), che sia stata prelevata da una riserva o altro fondo della società partecipata, non costituisce utile ma determina una riduzione del costo fiscalmente riconosciuto delle azioni o quote possedute.

Al fine di determinare la plusvalenza derivante dalla cessione a titolo oneroso di dette partecipazioni, il costo fiscale delle stesse, in mancanza di diversa disposizione di legge, deve essere determinato sulla base del “*valore normale alla data di apertura della successione*” ex articolo 68, comma 6, Tuir (cfr. [risposta a interpello n. 441/2019](#)).

Parimenti, nella fattispecie di cui all'articolo 47, comma 7, Tuir, il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle partecipazioni annullate dovrebbe coincidere, ove si procedesse alla liquidazione della partecipazione pervenuta alla fondazione in via testamentaria, con il valore normale alla data di apertura della successione.

Invece, è stato affermato che non è possibile assumere in luogo del “prezzo pagato dal *de cuius*” il valore normale alla data di apertura della successione, dacché l'[articolo 67](#), comma 1, lettera c) e c-bis), Tuir non comprende, tra i presupposti di realizzazione delle plusvalenze, il rimborso di partecipazioni (cfr. [risposta a interpello n. 441/2019](#)).

Da ultimo, potrà essere pacificamente assunto il “*valore normale alla data di apertura della successione*”, avendo il reddito del socio uscente natura di reddito diverso di natura finanziaria (cfr. [circolare n. 52/E/2004](#)), nella ipotesi del recesso “atipico” (che comporta la cessione delle partecipazioni agli altri soci o a un terzo), fattispecie diversa da quella contemplata dal citato [articolo 47](#), comma 7, che riguarda invece l’ipotesi del recesso “tipico” (che comporta l’annullamento delle partecipazioni).



**#iorestoacasa
...e leggo**

**50% DI SCONTO
SU TUTTI GLI
EBOOK**
fino al 30 aprile 2020

Euroconference
Editoria

Dalla cessione dell'usufrutto di partecipazioni un possibile strumento per abbattere il carico fiscale nel passaggio generazionale

di Roberto Bianchi - dottore commercialista e revisore legale

Il tema del passaggio generazione sta assumendo negli ultimi anni sempre maggior rilievo all'interno delle dinamiche imprenditoriali sia per le preoccupazioni della "vecchia dirigenza" di garantire all'impresa prospettive di continuità aziendale sia per il proliferare di possibili soluzioni pratiche volte all'implementazione. Tra le tante, la cessione a titolo gratuito ai discendenti dell'usufrutto o della nuda proprietà delle partecipazioni sembra, anche in linea con i recenti chiarimenti forniti dall'Agenzia delle entrate, la più semplice ed economica.

Sin dal secondo dopoguerra il sistema imprenditoriale italiano ha mostrato di essere caratterizzato in prevalenza da imprese di piccole e medie dimensioni di matrice familista¹. Tale struttura porta chiaramente con sé, con sempre maggior insistenza oggigiorno, la necessità di individuare "mezzi" e "procedure" capaci di facilitare il passaggio generazionale al fine di limitare l'impatto di quest'ultimo sulla capacità di continuare a creare ricchezza propria delle aziende e assicurare lo sviluppo e la continuità dei processi di transizione. Infatti, quando l'impresa di famiglia è una pmi e la famiglia è nucleare è indispensabile fare attenzione ai contraccolpi che il processo successorio può innescare sugli *stakeholders*² che, non sapendo bene cosa accadrà nel breve orizzonte, richiedono certezze per il futuro e garanzie che l'azienda sia condotta nella miglior maniera possibile. Appare quindi chiaro come il passaggio generazionale assurga a un ruolo di sempre maggiore importanza e centralità nell'orizzonte temporale dell'impresa e come sia rilevante tenere a mente che la salvaguardia del valore si può realizzare solamente instaurando una comunione ereditaria e una trasmissione del comando a un successore capace di porsi alla guida della realtà societaria in modo competente e intelligente, ovvero

¹ In Italia le aziende familiari sono circa 784.000, pari a oltre l'85% del totale, in linea con le tendenze dei principali Paesi europei, ovvero Francia (80%), Germania (90%), Spagna (83%) e UK (80%). Le aziende di medie e grandi dimensioni riconducibili a strutture familiari sono circa 4.000, con un'incidenza intorno al 58% del totale del segmento, e coinvolgono circa 3 milioni di dipendenti.

² Ad esempio banche, clienti, fornitori e dipendenti.

volto a cercare di evitare o ridurre contrasti e perseguire l'obiettivo della continuità e della creazione di valore. Il soddisfacimento di questa esigenza, ossia la riallocazione del controllo in modo consensuale al fine di evitare lo smembramento dell'azienda trova il proprio maggiore limite anzitutto nella rigidità del sistema successorio italiano e, in particolare, del diritto che lo disciplina che a detta del De Giorgi appare essere la branca *"del diritto civile vincolato, più di ogni altro, ad antichi schemi e refrattario ai rinnovamenti"*³, e nella necessità di non ledere i diritti che la legge riserva ai legittimari⁴.

Tali difficoltà sono, poi, particolarmente aggravate da un lato dal principio di unità della successione⁵, che rende il nostro ordinamento poco sensibile ai profili di differenziazione in ordine alla natura dei beni e alle qualità personali degli eredi, e dall'altro dal divieto dei patti successori⁶ voluto al fine sia di tutelare gli interessi collegati a concezioni tradizionali del diritto di famiglia che allo scopo, anacronistico⁷, di impedire ai protagonisti della vicenda successoria di regolare preventivamente e pattiziamente le sorti dell'impresa medesima.

È pertanto evidente come il tema della trasmissione dell'impresa di famiglia costituisca nel sistema Italia un momento di cruciale importanza per la sopravvivenza dell'impresa e come il diritto successorio italiano non abbia saputo fornire nel passato, anche più recente, soluzioni adeguate capaci di "correre" insieme al cambiamento della società e dell'economia, italiana e globale, e raramente si sia dimostrato in grado di adattarsi alle necessità dei soggetti che a esso ricorrevano.

La necessità di programmare con congruo anticipo la gestione del passaggio generazionale non trova la sua ragion d'essere solamente in aspetti di tipo culturale e psicologico ma anche, e soprattutto, deriva da considerazioni puramente fiscali che impongono all'imprenditore di compiere per tempo adeguate scelte circa l'allocazione del proprio patrimonio che, in caso contrario, rischia di venir decurtato da un'insopportabile e gravosa imposta di successione. Egli, infatti, può porre in essere un adeguato *tax planning* capace di consentirgli di optare per la scelta più conveniente per trasferire il proprio patrimonio: in particolare, può valutare di stipulare, alternativamente, contratti a titolo gratuito, come ad esempio donazioni, od oneroso, vendita o conferimento, volti, a seconda dei casi, ad alienare il

³ Si rimanda per completezza a M.V. De Giorgi *"I patti sulle successioni future"*, 1976, ove in particolare a pag. 3 è affermato che il divieto stabilito dall'articolo 458, cod. civ. *"sembra dare ragione a chi individua nel diritto successorio il settore del diritto civile vincolato, più di ogni altro, ad antichi schemi e refrattario ai rinnovamenti"*.

⁴ Lo scopo è quello di bilanciare la necessità di valorizzare la tendenza diretta a estendere l'autonomia privata nel momento del trapasso generazionale e la rigidità con cui il Legislatore nazionale ha regolato la successione *mortis causa*.

⁵ Cfr. G. De Nova, *"Il principio di unità della successione e la destinazione dei beni agricoli"*, in Riv. dir. agr., 1979; G. Gabrielli, *"Rapporti familiari e libertà di testare"*, 2001.

⁶ Si rimanda a G. Vidiri, *"I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori"*, in Giust. civ., 9, 2010; M. Tampieri, *"Contratto a favore di terzi e patti successori. Alcuni orientamenti a confronto"*, in Vita not., 3, 2011; P. Kindler, *"La legge applicabile ai patti successori nel regolamento (UE) n. 650/2012"*, in Riv. dir. interaz. priv. proc., 2017. Si citano altresì le seguenti sentenze: Cassazione n. 5119/2009 e n. 24450/2009.

⁷ Anacronistico rispetto allo stato attuale dei fatti: con tale divieto si fa, infatti, riferimento a un periodo storico antecedente l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto del patto di famiglia, avvenuta mediante la L. 55/2006, in vigore dal 16 marzo 2006.

patrimonio nella sua totalità oppure solamente in parte, consentendogli eventualmente di non perdere il controllo dell'attività e di rimanere coinvolto nella gestione dell'impresa⁸. La variabile fiscale, però, pur rappresentando una componente di rilievo nel trasferimento del patrimonio aziendale, non deve, tuttavia, costituire il principale o il solo motivo alla base di scelte organizzative che, pur risultando convenienti sotto il profilo tributario, mal si conciliano con esigenze gestionali e/o di controllo maggiormente rilevanti. Le scelte fiscali circa la più conveniente "sistemazione" del patrimonio non possono, inoltre, prescindere da un'attenta e accurata analisi delle ripercussioni che le stesse hanno sotto il profilo giuridico e societario ed è proprio per questo motivo che la scelta della destinazione del patrimonio deve, oltre a soddisfare le aspettative della proprietà e dei futuri eredi, rispettare le regole civilistiche inerenti i trasferimenti dello stesso⁹. Contestualmente, occorre porsi il problema di quale sia la struttura societaria più idonea¹⁰ a far sì che la realtà imprenditoriale interessata dal passaggio generazionale trovi con la "nuova dirigenza" un assetto capace di garantirne la continuità e la produzione futura di valore: si possono, ad esempio, rendere necessarie trasformazioni giuridiche della compagine societaria, costituzioni di società *holding*, anche di diritto estero, oppure il ricorso a istituti specifici¹¹, quali il *trust*¹².

Fra le diverse operazioni che possono essere pianificate dall'imprenditore per la realizzazione del passaggio generazionale vi è la donazione delle partecipazioni societarie che può avvenire in misura piena oppure "splittando" l'aspetto proprietario dai diritti reali e dando al passaggio di ciascuno tempistiche e modalità differenti. È, infatti, frequente nelle imprese trovarsi di fronte alla fattispecie che vede la partecipazione scindere la nuda proprietà e il suo usufrutto fra soggetti differenti del medesimo nucleo familiare.

Nella disciplina civilistica l'usufrutto¹³ consiste nel diritto di un soggetto, detto "usufruttuario", di usare e godere di una cosa che appartiene a un'altra persona, detta "nudo proprietario", percependone tutte le utilità e i frutti, sia naturali sia civili, a condizione che non ne sia mutata la destinazione economica.

⁸ In questo caso si potrebbe far riferimento a soluzioni temporanee che consentano ad esempio all'imprenditore "uscente" di rimanere all'interno dell'impresa fino a che non riterrà che la nuova dirigenza sia in grado di occuparsi della gestione e degli aspetti organizzativi in totale autonomia.

⁹ Volendo empiricamente rendere immediato il concetto si rimanda al caso delle donazioni che possono essere realizzate a patto che non siano pregiudicate le quote di legittima degli eredi; similmente, nel caso di trasferimenti a titolo oneroso o di operazioni straordinarie è importante scegliere la forma societaria più idonea a difendere gli interessi della famiglia da eventuali ingerenze di terzi.

¹⁰ Si fa riferimento sia alle dimensioni che al territorio e al settore in cui opera l'azienda.

¹¹ In questo caso si riporta l'esempio del *trust*, istituto di matrice anglosassone diffusi altresì in Italia negli ultimi decenni.

¹² Il *trust* è uno strumento giuridico che, nell'interesse di uno o più beneficiari o per uno specifico scopo, permette di strutturare in vario modo "posizioni giuridiche" basate su legami fiduciari.

¹³ La disciplina afferente all'usufrutto è rintracciabile all'interno del codice civile nel Titolo V all'interno del Libro III "della proprietà", agli articoli 978 e ss..

La servitù in commento si caratterizza per la forte connotazione personalistica che comporta un inscindibile legame tra la durata del diritto in questione e la vita dell'usufruttuario; l'usufrutto, infatti, non può eccedere in nessun caso la durata della vita dell'usufruttuario¹⁴, se si tratta di persona fisica, o i 30 anni, nel caso si parli di persona giuridica. Esso è, quindi, subordinato ai limiti della temporaneità, all'obbligo di rispettare la destinazione economica del bene e al fatto di non poterne trasferire la proprietà principale. Si tratta, pertanto, di un diritto reale di godimento su cosa altrui dal contenuto molto vasto che può avere come oggetto beni mobili, immobili, titoli di credito, crediti, aziende, universalità, e beni immateriali e, più in generale, deve afferire beni infungibili e inconsumabili¹⁵. Ne discende che anche le partecipazioni in società di capitali, ovvero le azioni e le quote, possono essere oggetto di usufrutto che, a sua volta, può essere costituito anche a favore di più soggetti¹⁶, per volontà delle parti o per legge¹⁷.

Esaminate quindi le caratteristiche proprie del sistema imprenditoriale italiano e le peculiarità dell'istituto dell'usufrutto, pare chiaro come un valido aiuto all'implementazione del passaggio generazionale e al soddisfacimento delle esigenze del "vecchio imprenditore" possa giungere dallo strumento dell'usufrutto e dalla nuda proprietà¹⁸.

Per rendere meglio l'idea dell'utilità della cessione dello strumento dell'usufrutto di partecipazioni nel perimetro del passaggio generazionale è possibile pensare a qualche caso pratico, come ad esempio quello dell'imprenditore coniugato con 2 figli che volendo trasferire a questi ultimi la propria impresa ritenendoli in grado di assumere responsabilità gestorie desideri comunque riservarsi un potere di intervento ove non ne condivida le scelte, oppure non li reputi ancora in grado di assumere responsabilità gestorie, o non abbia ancora individuato quale dei discendenti debba essere titolato dell'amministrazione della società, ovvero non intenda privilegiare nessuno dei discendenti nell'attribuzione delle responsabilità gestorie, ma voglia impedire che si verifichino situazioni di stallo nel caso in cui non vadano d'accordo: in tutte queste ipotesi l'imprenditore può trasferire ai discendenti la nuda proprietà delle partecipazioni, riservandosi l'usufrutto con diritto di voto, al fine di conservare in tal modo il diritto di nominare e revocare gli amministratori e, dunque, quello di attribuire i poteri

¹⁴ Non è quindi ereditabile, ma può essere costituibile anche a favore di una pluralità di viventi (c.d. *cousufrutto*), come è altresì rinunciabile in qualsiasi momento, anche parzialmente, per scelta unilaterale dell'usufruttuario. Si rammenta che tale diritto è alienabile senza il consenso del nudo proprietario (nei limiti statuari).

¹⁵ Se i beni sono consumabili, infatti, si parla di quasi-usufrutto e la proprietà deve passare all'usufruttuario.

¹⁶ In caso di *cousufruttuari* si rammenta che, ai sensi dell'articolo 2347, comma 2, cod. civ. richiamato dall'articolo 2352, comma 5, cod. civ., in mancanza della nomina di un rappresentante comune, le comunicazioni e le dichiarazioni fatte dalla società a uno di essi sono efficaci nei confronti di tutti.

¹⁷ Si riporta l'esempio della costituzione di azioni di proprietà del figlio minore e della costituzione del diritto a favore dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale ex articolo 324, comma 1, cod. civ..

¹⁸ Si rinvia a P. Talice, *"L'usufrutto su quote di partecipazione di srl"*, in Società e contratti, bilancio e revisione, n. 2 (febbraio) 2017.

gestori ai discendenti, o a una parte di essi che ritiene maggiormente capaci, di modificare in qualsiasi momento le scelte originarie, di nominare se stesso amministratore o coamministratore della società, nominare un CdA nel quale siano presenti oltre ai propri discendenti uno o più terzi indipendenti di sua fiducia, nominare se stesso presidente del CdA dotato del voto dirimente in caso di stallo.

Di fronte al crescente utilizzo dell'usufrutto e della nuda proprietà di partecipazioni in chiave di passaggio generazionale ci si è chiesti quale fosse la corretta disciplina fiscale da applicare e se vi fossero margini per poter realizzare un risparmio di imposta senza incorrere in accuse di abuso di diritto o fattispecie di elusività.

In questo orizzonte si pone l'[istanza di interpello n. 257/2019](#) a cui l'Agenzia delle entrate lo scorso 17 luglio ha dato risposta fornendo importanti chiarimenti, in particolare in merito alle condizioni per l'applicazione dell'esenzione da imposta di donazione nelle ipotesi contemplate dall'[articolo 3](#), comma 4-ter, D.Lgs. 346/1990: esso¹⁹, infatti, prevede l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni per i trasferimenti gratuiti *mortis causa* o *inter vivos*, anche effettuati per il tramite di patti di famiglia, disposti a favore dei discendenti o del coniuge e aventi a oggetto aziende (o rami di esse), quote sociali o azioni, partecipazioni in società di capitali residenti nel territorio dello Stato; l'esenzione in commento spetta se il trasferimento summenzionato consente al beneficiario di acquisire o integrare il controllo di diritto ai sensi dell'[articolo 2359](#), co. 1, n. 1), cod. civ., della società le cui azioni o quote sono trasferite. Il dettato normativo vincola, poi, il beneficiario della donazione al mantenimento del controllo per un lasso temporale di almeno 5 anni dal trasferimento prevedendo altresì che l'eventuale mancato rispetto di tale requisito comporti la decadenza dall'esenzione, con conseguente applicazione di una sanzione amministrativa pari al 30% dell'imposta non versata²⁰, oltre, ovviamente, a provvedere al computo degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta avrebbe dovuto essere pagata sino al suo effettivo saldo.

A questo punto della trattazione, proprio per la rilevanza dei contenuti e delle implicazioni, sembra rilevante rammentare che nella [circolare n. 11/E/2007](#) l'Agenzia delle entrate ha precisato che *“nel caso in cui la partecipazione di controllo, posseduta dal dante causa, sia frazionata tra più discendenti, l'agevolazione spetta esclusivamente per l'attribuzione che consente l'acquisizione o l'integrazione del controllo da parte del discendente; nel caso in cui il trasferimento della partecipazione di controllo avvenga a favore di più discendenti in comproprietà, ai sensi dell'articolo 2347, cod. civ., il beneficio viene sempre riconosciuto”*.

¹⁹ Cfr. articolo 3, comma 4-ter, Tus.

²⁰ Cfr. articolo 13, D.Lgs. 471/1997.

L'interpello in esame descrive una situazione assai comune nell'attuale panorama imprenditoriale italiano, caratterizzata dalla presenza di 2 genitori detenenti, in diverse percentuali, sia la piena proprietà di parte delle quote di una società di capitali residente sia il diritto di usufrutto sulle restanti partecipazioni, che intendono donare in modo "contestuale e congiunto" ai figli, in comunione, la piena proprietà delle quote sociali nonché l'usufrutto vantato sulle stesse. La nuda proprietà è attribuita ai 2 figli, ciascuno in relazione alle quote su cui insiste il diritto di usufrutto di entrambi i genitori. Visti i presupposti appena citati, e, in particolare, il carattere congiunto della cessione a titolo gratuito del controllo di diritto sulla società²¹, i proponenti chiedono all'Agenzia delle entrate se tale operazione possa godere dell'esenzione d'imposta ex [articolo 3](#), comma 3-ter, D.Lgs. 346/1990.

L'Agenzia delle entrate, accogliendo la soluzione prospettata dal contribuente, riconosce la spettanza dell'esenzione alla fattispecie in esame precisando che l'acquisizione del controllo di diritto da parte di più beneficiari, nello specifico i 2 figli, in regime di "comproprietà" non costituisce una circostanza ostativa al riconoscimento dell'esenzione²²; l'Agenzia precisa, poi, che i diritti acquisiti dai beneficiari per effetto del trasferimento debbono essere esercitati da un rappresentante comune, provvisto della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, ai sensi dell'[articolo 2347](#), cod. civ.²³.

Per quanto attiene alla verifica della sussistenza del controllo di diritto in capo ai beneficiari in "comproprietà", alla luce di quanto affermato precedentemente dalla stessa Agenzia delle entrate nella [risoluzione n. 75/E/2010](#)²⁴, è stato precisato che esso non deve necessariamente derivare dal trasferimento di una partecipazione di controllo e l'ipotesi di acquisizione o integrazione del controllo in regime di "comproprietà" risulta conforme alla *ratio* dell'esenzione, realizzandosi, infatti, mediante tale cessione il fine posto alla base del regime, ovvero favorire i trasferimenti di partecipazioni che, nella sostanza, hanno l'effetto di comportare l'avvicendamento fra genitori e figli nel controllo di diritto dell'impresa di famiglia le cui azioni o quote sociali sono trasferite²⁵.

²¹ Realizzata mediante la cessione sia delle partecipazioni in piena proprietà che di quelle di cui si gode l'usufrutto.

²² Cfr. circolari [n. 11/E/2007](#) e [n. 3/E/2008](#) e [risoluzione n. 75/E/2010](#).

²³ L'articolo citato statuisce che "Le azioni sono indivisibili. Nel caso di comproprietà di un'azione, i diritti dei comproprietari devono essere esercitati da un rappresentante comune nominato secondo le modalità previste dagli articoli 1105 e 1106.

Se il rappresentante comune non è stato nominato, le comunicazioni e le dichiarazioni fatte dalla società a uno dei comproprietari sono efficaci nei confronti di tutti [2352].

I comproprietari dell'azione rispondono solidalmente [1292] delle obbligazioni da essa derivanti [2344]."

²⁴ La risoluzione n. 75/E/2010 ha affermato la spettanza dell'esenzione anche nel caso in cui il controllo di diritto è acquisito dal beneficiario del trasferimento per effetto della sommatoria tra le partecipazioni acquistate in conseguenza dell'atto a titolo gratuito e quelle di cui lo stesso già era in possesso.

²⁵ Si rimanda alla risposta all'[interpello n. 231/E/2019](#) dell'Agenzia delle entrate in base al quale l'esenzione viene applicata anche nel caso in cui il soggetto beneficiario sia titolare solo del diritto di usufrutto.

Nella specificità la [risposta a interpello n. 257/2019](#) costituisce un tratto notevolmente innovativo nella delineazione del pensiero della prassi poiché evidenzia che, in linea di principio, l'Agenzia delle entrate ritiene che l'esenzione spetti altresì nel caso in cui il controllo di diritto sia conseguito dal beneficiario (o dai beneficiari in comproprietà) non necessariamente attraverso un singolo atto di donazione, ma anche a fronte di più cessioni contestuali e congiunte a opera di entrambi i donanti-genitori. L'applicabilità dell'agevolazione viene, pertanto, a essere riconosciuta sulla base del vincolo di collegamento funzionale e finalistico esistente fra i negozi traslativi realizzati dai genitori, tale da consentire una valutazione sostanzialmente unitaria dell'operazione. Il trasferimento del controllo, pertanto, pur realizzandosi attraverso più atti di donazione contestuali e congiunti realizza *“una complessiva finalità economica, idonea a garantire il passaggio generazionale dell'impresa conservandone l'unitarietà e la funzionalità”*. L'esenzione che l'Agenzia delle entrate ha accordato ai contribuenti discende dunque da una interpretazione non restrittiva del dettato normativo afferente la spettanza dell'agevolazione, dato che si sono voluti considerare i negozi donativi come un unico atto dispositivo, in ragione del legame funzionale esistente fra gli stessi, nell'ottica di un complessivo schema di riorganizzazione dell'attività di famiglia.

Volendo interpretare l'operato dell'Agenzia delle entrate si potrebbe affermare che essa, “ampliando le proprie vedute”, stia cercando di favorire il passaggio generazionale nelle aziende di famiglia, focalizzandosi sugli aspetti sostanziali delle singole realtà piuttosto che su quelli formali.

Il 7 febbraio scorso, attraverso la [risposta a interpello n. 37/2020](#) l'Agenzia delle entrate si è altresì pronunciata in relazione alla cessione a titolo gratuito della nuda proprietà di partecipazioni all'interno di un progetto di passaggio generazionale fornendo ulteriori specifiche in tema.

L'[articolo 3](#), comma 4-ter, D.Lgs. 346/1990, come si è visto precedentemente, prevede l'esenzione dalle imposte di successione e donazione per i trasferimenti effettuati a favore dei discendenti o del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni, precisando che *“in caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73 co. 1 lettera a) del testo unico delle imposte sui redditi, ... il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, n. 1), cod. civ.”*. L'agevolazione è dunque espressamente limitata a quei trasferimenti di partecipazioni in società di capitali che attribuiscano la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

Con particolare riferimento al concetto di controllo, si rende opportuno precisare che le azioni e le partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'[articolo 2359](#), comma 1, n. 1), cod. civ. sono quelle che attribuiscono la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea

ordinaria²⁶. Si tratta del c.d. controllo interno di diritto²⁷ che, in mancanza di una qualsiasi indicazione normativa, deve essere inteso come riferito al 50,01% del capitale sociale, ovvero della maggioranza che, in qualsiasi assemblea ordinaria, si rende sufficiente per l'adozione delle delibere in merito alla nomina e revoca degli amministratori e dei sindaci, all'approvazione del bilancio d'esercizio e alla destinazione degli utili. Nel momento in cui si affronta il tema del controllo va senza dubbio richiamato anche il concetto di influenza dominante che, pur non rappresentando un vero e proprio controllo di diritto espresso mediante il voto in assemblea, si concretizza nella disponibilità di voti in assemblea in misura sufficiente a consentire l'esercizio di un'influenza dominante su di essa. Ne discende che il controllo interno deve ritenersi sussistere anche qualora un soggetto disponga del diritto di voto grazie a un diritto parziale sulle azioni che privi del relativo diritto il titolare della partecipazione stessa, si pensi al diritto di usufrutto.

Alla luce di quanto sopra affermato, dunque, nel caso in cui la partecipazione sia "splittata" tra nudo proprietario e usufruttuario, il diritto di voto, ai sensi dell'[articolo 2352](#), comma 1, cod. civ., spetta solamente a quest'ultimo e pertanto sembra logico, collegando tale assioma a quanto affermato dall'[articolo 3](#), D.Lgs. 346/1990, ritenere che, nell'eventualità in cui sia posto in essere un atto di cessione gratuita della sola nuda proprietà, l'operazione non possa godere del regime agevolativo, non venendosi a realizzare in capo al donante il presupposto del controllo societario rimasto, invece, in capo all'usufruttuario.

L'[interpello n. 37/2020](#) si inserisce nel solco di questa problematica: esso, infatti, rappresenta il caso di 3 fratelli titolari ciascuno, in comproprietà, di 1/3 delle quote della *holding* di famiglia. I 3 intendono creare una "*super holding*" di famiglia, conferendo il 100% delle quote di essa in una nuova Srl e ricevendo in cambio del conferimento il 100% delle quote della *super holding*, in comproprietà. I fratelli vogliono, poi, realizzare il passaggio generazionale delle quote della *super holding*, mediante un patto di famiglia²⁸. A tal fine si vuole pertanto procedere a stipulare un unico atto formale con oggetto "più patti di famiglia" tra di essi collegati e posti in essere dai 3 fratelli "*senza che venga mai meno la comunione nella proprietà*" delle quote. Con l'atto complessivo, conglobante i diversi ma collegati patti di famiglia, ogni fratello disponente trasferisce ai propri figli una quota indivisa di una partecipazione, già oggetto di comunione, nella misura seguente:

piena proprietà al 18% della partecipazione;

²⁶ Cfr. A. Busani, "L'agevolazione per il passaggio generazionale delle azioni e delle quote di partecipazione al capitale di società", in *Le Società*, n. 12/2018.

²⁷ Cfr. G. Sbisà, "Società controllate e società collegate", in *Contratto e impresa*, 1997.

²⁸ Cfr. articolo 768-bis, cod. civ.

nuda proprietà dell'82% della partecipazione, riservando ai disponenti l'usufrutto, ma attribuendo il diritto di voto ai figli beneficiari del patto.

L'Agenzia delle entrate, accogliendo la soluzione prospettata dal contribuente, ritiene che l'atto disposto come sopra descritto possa usufruire dell'esenzione ex [articolo 3](#), D.Lgs. 346/1990, poiché, sebbene sia trasferita solo la nuda proprietà dell'82% delle quote, è espressamente disposto che, in deroga alle regole abituali, ai figli, beneficiari del patto di famiglia, spetti il diritto di voto in assemblea, senza poi che nulla alteri il regime di comproprietà mantenuto tra i figli.

Nel caso di specie, l'Agenzia delle entrate ritiene sussistere la condizione del controllo di cui all'[articolo 2359](#), comma 1, n. 1, cod. civ., anche se a essere trasferita è solamente la nuda proprietà delle quote, poiché tramite una specifica clausola della pattuizione ai beneficiari del patto di famiglia spetta il diritto di voto.

La posizione dell'Agenzia delle entrate non risulta completamente nuova dato che già la giurisprudenza di merito, in particolare la CTR Lazio, con la sentenza n. 186/XVI/2019 aveva anticipato che il trasferimento della nuda proprietà di partecipazioni in società di capitali mediante un patto di famiglia può senz'altro rientrare nel campo di applicazione dell'esenzione prevista dall'articolo 3, comma 4-ter, D.Lgs. 346/1990, ma solo a condizione che le partecipazioni donate attribuiscano ai beneficiari il controllo della società, *"permettendo ai soci nudi proprietari di esprimere la totalità dei voti in assemblea ordinaria e straordinaria su ogni materia"*.

Con riferimento alla comproprietà delle quote di controllo la [circolare n. 11/E/2007](#), in tempi non sospetti, aveva chiarito²⁹ che l'esenzione spetta sempre *"per il trasferimento della partecipazione di controllo a favore di più discendenti in comproprietà"*. Ne discende che il trasferimento gratuito della nuda proprietà della quota di controllo di una società di capitali a favore di più soggetti in comproprietà può godere dell'esenzione di cui all'articolo 3, comma 4-ter, D.Lgs. 346/1990, purché i beneficiari mantengano il controllo e la comproprietà per almeno 5 anni.

Un altro elemento di particolare interesse rinvenibile nell'interpello è rappresentato dal fatto che l'attribuzione gratuita in oggetto non avviene a favore solo dei "discendenti" dei disponenti: infatti, tramite il patto di famiglia ogni disponente dispone della partecipazione a favore dei propri discendenti, ma, nel complesso, dal punto di vista di ogni disponente, l'attribuzione avviene a favore dei propri figli e dei nipoti degli altri disponenti, pur non avvenendo un frazionamento della quota e il controllo rimanga esercitato da tutti i beneficiari in comproprietà, anche se questi ultimi non sono tutti "discendenti"; ne deriva che il controllo risulta integrato solo per la "singola" quota, del 33,3% trasferita da ogni disponente.

²⁹ Cfr. circolare n. 11/E/2007, § 12.1.

Ultimi orientamenti giurisprudenziali in tema di operazioni di scissione e azioni revocatorie

di Valerio Sangiovanni - avvocato in Milano e *Rechtsanwalt* in Francoforte sul Meno

La questione affrontata in questo articolo è se la scissione di società sia totalmente “irregredibile” oppure se contro gli atti posti in essere in esecuzione della scissione si possa avviare l'azione revocatoria. La tematica, da sempre dibattuta, merita un approfondimento perché negli ultimi mesi alcune importanti decisioni giurisprudenziali hanno affermato che i creditori possono esercitare l'azione revocatoria, mentre precedentemente una parte della giurisprudenza escludeva questa possibilità.

Inquadramento e disposizioni sulla scissione

Le azioni revocatorie, ordinarie e fallimentari, possono avere a oggetto trasferimenti patrimoniali di diverso genere e – teoricamente – anche i trasferimenti posti in essere in esecuzione di operazioni di scissione. Se l'azione revocatoria ha successo, la prima società recupera il patrimonio (o parte del patrimonio) che era stato trasferito alla seconda società in esecuzione della scissione. Il risultato è utile ai creditori della prima società, che – grazie al patrimonio recuperato – potranno essere soddisfatti in misura maggiore di quanto altrimenti avverrebbe¹.

Il punto centrale da trattare in questo articolo è se l'azione revocatoria sia consentita a fronte di operazioni di scissione oppure se gli specifici rimedi previsti nell'ambito della scissione siano “auto-sufficienti” ed escludano l'applicabilità della tutela revocatoria. Al fine di affrontare bene questo argomento, è necessario in primo luogo analizzare le disposizioni rilevanti: quelle sulla scissione delle società e quelle in tema di azione revocatoria.

Iniziando l'analisi con le disposizioni in tema di scissione, bisogna considerare che la scissione è regolata a livello comunitario. Difatti, con la Direttiva 82/891/CEE, la Comunità Europea si è dotata di una disciplina uniforme delle scissioni su tutto il territorio comunitario.

¹ Sui rapporti fra gli istituti della scissione e della revocatoria cfr., fra i contributi più recenti, A Bello, “Revocatoria dell'atto di scissione: una questione aperta”, in *Giur. comm.*, 2019, II, pag. 393 e ss.; G. Niccolini, “In tema di azione revocatoria e scissione societaria”, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2933 e ss.; A. Paciello, “La revocatoria della scissione”, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, pag. 225; M. Sarale, “Scissione e azione revocatoria: richiesto l'intervento della Corte di Giustizia”, in *Giur. it.*, 2019, pag. 115.

L'articolo 12, comma 1, Direttiva 82/891/CEE prevede che *“le legislazioni degli Stati membri devono prevedere un adeguato sistema di tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla scissione per i crediti che siano anteriori alla pubblicazione del progetto di scissione e che non siano ancora scaduti al momento della pubblicazione”*.

L'articolo 12, comma 3, Direttiva 82/891/CEE stabilisce inoltre che *“nella misura in cui non sia stato soddisfatto un creditore della società alla quale è stato trasferito l'obbligo, conformemente al progetto di scissione, le società beneficiarie sono solidalmente responsabili di questo obbligo”*.

L'articolo 19, Direttiva 82/891/CEE statuisce poi che *“le legislazioni degli Stati membri possono disciplinare il regime di nullità della scissione solo alle condizioni seguenti:*

a) la nullità dev'essere dichiarata con sentenza;

b) una scissione ... può essere dichiarata nulla solo se è mancato il controllo preventivo di legittimità, giudiziario o amministrativo, oppure l'atto pubblico, o se si è accertato che la deliberazione dell'assemblea generale è nulla o annullabile in virtù del diritto nazionale...

f) l'opposizione di terzo, se prevista dalla legislazione di uno Stato membro, non può essere proposta oltre sei mesi dalla data in cui la sentenza è resa pubblica...

g) la sentenza che dichiara la nullità della scissione non pregiudica per sé stessa la validità degli obblighi delle società beneficiarie o degli obblighi assunti nei confronti di esse anteriori alla pubblicità della sentenza...

h) ciascuna delle società beneficiarie è responsabile degli obblighi sorti a suo carico dopo la data in cui la scissione ha preso effetto e prima della data in cui è stata pubblicata la decisione di nullità della scissione”.

Si sono riportati gli articoli della Direttiva che si occupano specificamente di tutela dei creditori e di possibile invalidità dell'operazione di scissione. La Direttiva 82/891/CEE è stata attuata anche in Italia. Nel nostro ordinamento la disciplina legislativa sulla scissione è alquanto scarna, consistendo di soli 4 articoli (da [2506](#) a [2506-quater](#), cod. civ.). Si tratta di norme che rinviano ampiamente alle disposizioni sulla fusione.

Fra le disposizioni in tema di fusione espressamente richiamate da quelle sulla scissione, vi è l'[articolo 2504-quater](#), cod. civ. sulla invalidità della fusione: *“eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione”*. Essendo l'articolo 2504-quater, cod. civ. (sulla fusione) espressamente richiamato dall'[articolo 2506-ter](#), comma 5, cod. civ. (sulla scissione), se ne ricava che - eseguite le iscrizioni dell'atto di scissione -

l'invalidità dell'atto di scissione non può essere pronunciata². A questa situazione ci si riferisce con l'espressione di "irregredibilità" della fusione (e scissione). In altre parole, eventi così radicali come la fusione e la scissione, che determinano il venir meno oppure il sorgere di società (impattando così, per l'effetto, sulla posizione dei soci) devono – nella prospettiva del Legislatore – essere accompagnati da un alto livello di certezza del diritto. L'esigenza di stabilità si concretizza mediante l'affermazione della intangibilità delle operazioni, fermo rimanendo il diritto a ottenere il risarcimento del danno per chi (socio o terzo) lamenti un pregiudizio derivato dall'operazione di fusione o scissione. Viene insomma privilegiata la tutela risarcitoria rispetto a quella reale, anche in considerazione del fatto che gli atti di fusione e scissione possono interessare un numero elevato di soci e dunque di posizioni soggettive³. Vanno poi menzionati gli ulteriori rimedi previsti dall'ordinamento specificamente per il caso di scissione e fusione:

- l'opposizione dei creditori ([articolo 2503](#), cod. civ.);
- la responsabilità sopravvenuta di tutte le società partecipanti alla scissione ([articolo 2506-quater](#), comma 3, cod. civ.).

Il primo rimedio è quello della "opposizione dei creditori", che è disciplinato dall'articolo 2503 cod. civ. per la fusione, ed è richiamato espressamente dall'[articolo 2506-ter](#), comma 5, cod. civ. sulla scissione: *"la fusione può essere attuata solo dopo sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni ... salvo che consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione... o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, ovvero il deposito delle somme corrispondenti presso una banca... Se non ricorre alcuna di tali eccezioni, i creditori ... possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione"*⁴. La questione è se il fatto che i creditori abbiano un rimedio specifico (appunto, l'opposizione) escluda che essi possano esercitare un rimedio generale come l'azione revocatoria.

Il secondo rimedio di cui dispongono i creditori risulta dalla previsione secondo cui *"ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto a essa assegnato o rimasto, dei*

²In tema di invalidità dell'atto di scissione (e fusione) e risarcimento del danno cfr. V. Afferni, "Invalidità della fusione e riforma delle società di capitale", in *Giur. comm.*, 2009, I, pag. 189 e ss.; L. Boggio, "La legittimazione sostitutiva del curatore tra regola ed eccezione: il caso del danno da scissione", in *Fallimento*, 2016, pag. 101 e ss.; G. Guerrieri, "Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e di altre deliberazioni assembleari di s.p.a.", in *Giur. comm.*, 2007, II, pag. 341 e ss.; V. Sangiovanni, "Invalidità della fusione e risarcimento del danno", in *Resp. civ.*, 2010, pag. 379 e ss..

³Cassazione n. 28242/2005 ha affermato che la disposizione di cui all'articolo 2504 *quater*, cod. civ. pone una preclusione di carattere assoluto, che riguarda tanto il caso in cui si deducano vizi inerenti direttamente all'atto di fusione, quanto l'ipotesi in cui i vizi concernano il procedimento di formazione dell'atto e della sua iscrizione; tale preclusione rimane operante anche nel caso in cui si asserisca che l'impugnativa è meramente preordinata a una futura e ipotetica azione di risarcimento del danno nei confronti degli amministratori o di terzi.

⁴In tema di opposizione dei creditori cfr. A. Nigro, "La sospensione feriale dei termini e l'opposizione dei creditori nella fusione e scissione: riflessi sull'attività notarile", in *Notariato*, 2006, pag. 136 e ss.; S. Tardio, "Sospensione feriale dei termini processuali in relazione all'opposizione dei creditori ex articolo 2503 cod. civ.", in *Riv. not.*, 2006, II, pag. 774 e ss.; L. Zampaglione, "Termine per l'opposizione dei creditori nella scissione di società non azionarie", in *Notariato*, 2007, pag. 430 e ss..

debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico” ([articolo 2506-quater](#), comma 3, cod. civ.)⁵. I detrattori della revocatoria sostengono che essa sarebbe inutile, in quanto – se il patrimonio si è trasferito dalla società Alfa alla società Beta per effetto della scissione – i creditori potrebbero comunque agire anche nei confronti della società Beta.

Le disposizioni sulla revocatoria

Per quanto riguarda le disposizioni in tema di revocatoria, esse – come è noto – sono collocate in parte nel codice civile in parte nella legge fallimentare. All'azione revocatoria generale ([articolo 2901](#), cod. civ.) si aggiungono le azioni revocatorie fallimentari. Fra queste ultime, la distinzione principale è fra la revocatoria degli atti a titolo gratuito ([articolo 64](#), L.F.) e la revocatoria degli atti a titolo oneroso ([articolo 67](#), L.F.).

La finalità dell'istituto della revocatoria è quella di tutelare il creditore, il quale potrebbe subire un danno per effetto di atti dispositivi di vario genere posti in essere dal debitore. Se è vero che *“il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”* ([articolo 2740](#), comma 1, cod. civ.), in assenza dell'istituto della revocatoria, sarebbe facile per il debitore privarsi di beni sottraendoli alla garanzia patrimoniale posta dalla legge a tutela dei creditori.

Nel caso delle società, dato un certo patrimonio di una società in un dato momento (momento in cui avviene la scissione), un'operazione di scissione è idonea a ridurre detto patrimonio, nella misura in cui determinati attivi vengono trasferiti ad altra società⁶. Secondo la stessa definizione di scissione ([articolo 2506](#), comma 1, cod. civ.), *“con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci”*. La “assegnazione” di patrimonio è un trasferimento patrimoniale, in quanto gli attivi passano dalla prima alla seconda società. I creditori della società scissa non possono più rifarsi direttamente sul patrimonio della medesima, che è ormai uscito dalla prima società, salvo quanto prevede la disposizione speciale dell'[articolo 2506-quater](#), comma 3, cod. civ. (sulla responsabilità solidale di scissa e beneficiaria). L'azione revocatoria, nel rendere inefficaci uno o più atti traslativi, ha dunque una funzione di tutela dei creditori della società scissa.

⁵Sulla responsabilità solidale delle società nell'ambito della scissione cfr. G. Grosso, *“La responsabilità solidale delle società partecipanti a operazioni di scissione”*, in *Giur. comm.*, 2015, II, pag. 410 e ss.; G. Salatino, *“La responsabilità delle società partecipanti alla scissione ex articolo 2506-quater, comma 3, cod. civ.”*, in *Giur. comm.*, 2016, II, pag. 972 e ss.; F. Urbani, *“La responsabilità delle società partecipanti alla scissione: sussidiarietà e limite del “valore effettivo del patrimonio netto”*”, in *Società*, 2016, pag. 802 e ss..

⁶Tribunale di Pescara del 17 maggio 2017, in *Società*, 2017, pag. 1082 e ss., con nota di M. Maltoni, M. S. Spolidoro, ha affermato che il tratto caratteristico della scissione è che a tale operazione è strutturalmente connaturata la oggettiva riduzione del patrimonio della società che resta direttamente debitrice, con l'effetto che la riduzione della garanzia non è una mera eventualità, ma un effetto naturale dell'operazione.

La tutela dei creditori nella scissione e l'azione revocatoria

La questione principale da trattarsi è se le tutele speciali che si sono illustrate nell'ambito della scissione impediscano di esperire l'azione revocatoria (ordinaria e/o fallimentare). Vi parrebbe difatti essere un conflitto fra le disposizioni del diritto societario e quelle del diritto fallimentare:

1. mentre il diritto societario impedisce contestazioni in merito alla scissione (ai sensi dell'[articolo 2504-quater](#), cod. civ. l'atto non può essere invalidato);
2. il diritto fallimentare consente quasi sempre (al ricorrere, ovviamente, dei vari presupposti di legge fissati dagli articoli [64](#) e ss., L.F.), l'azione revocatoria.

Se l'atto di scissione non può essere dichiarato invalido (come stabilisce testualmente la legge), come può essere possibile revocare gli atti compiuti in base alla scissione?

Per rispondere, bisogna tornare all'analisi delle disposizioni di legge, le quali hanno un tenore diverso: l'articolo 2504-quater, cod. civ. parla di "invalidità dell'atto di fusione" (leggi: "scissione" nel contesto in esame) mentre l'articolo 64, L.F. stabilisce che *"sono privi di effetto ... gli atti"*. Al riguardo possono essere evidenziate 2 differenze fra le norme appena menzionate:

1. diverso è l'oggetto della contestazione: in caso di scissione si tratta di "atto di scissione" di per sé considerato, mentre nel caso di revocatoria si tratta di "atti" non meglio specificati;
- inoltre sono differenti i rimedi esperibili: mentre nell'ambito della scissione si parla di "invalidità", nel contesto fallimentare si parla di "inefficacia".

Con riferimento al diverso oggetto della contestazione, si osservi quanto segue.

In caso di scissione, è intangibile "l'atto di scissione". L'[articolo 2506-ter](#), comma 5, cod. civ. dichiara applicabile alla scissione l'[articolo 2504](#), cod. civ. in tema di fusione. Quest'ultima disposizione disciplina "l'atto di fusione" (per il nostro caso, leggi: "atto di scissione"). Orbene la scissione deve risultare da atto pubblico (articolo 2504, comma 1, cod. civ.). Ciò che non può essere invalidato è l'atto pubblico. In caso di revocatoria, invece, oggetto della medesima possono essere "atti". Qui l'espressione è estremamente generica, non riferendosi ad alcun atto che debba rivestire una particolare forma. Ne deriva che l'atto revocabile può essere anche un atto diverso dall'atto di scissione, quale – ad esempio – una singola attribuzione patrimoniale verificatasi per effetto della scissione.

Provando a esprimere il concetto con altre parole, una volta che la scissione è stata celebrata con atto pubblico (e sono avvenute le iscrizioni nel Registro Imprese), la scissione è stata definitivamente realizzata e l'atto pubblico non può più essere invalidato; ciò non significa peraltro che le attribuzioni patrimoniali effettuate nel contesto della scissione non possano essere sindacate. Definitività della scissione significa che, oltre alla società Alfa originariamente esistente, ora esiste anche la società Beta

(cui è stato attribuito patrimonio di Alfa), e l'esistenza di Beta - con il corredo dei suoi soci - non può essere contestata. Tuttavia, pare a chi scrive che possano essere oggetto di revocatoria i singoli trasferimenti patrimoniali che la scissione ha determinato.

Per comprendere in modo ancora più plastico la distinzione, si immagini il seguente caso: potrebbe capitare che in una scissione solo la metà oppure una piccola parte del patrimonio venga trasferito ad altra società; l'[articolo 2506](#), comma 1, cod. civ. sulle forme di scissione distingue espressamente fra i seguenti casi:

1. assegnazione dell'intero patrimonio della società;
- assegnazione di parte del patrimonio della società.

Si supponga che il patrimonio della società scissa ammonti a 1.000.000 di euro, con debiti per 750.000 euro. Si immagini altresì che, per effetto della scissione, il patrimonio della scissa passi da 1.000.000 a 500.000 euro. In questo caso il patrimonio della scissa *post*-scissione non sarebbe più sufficiente per pagare i suoi debiti, ma - ciò nonostante - il Legislatore ritiene non invalidabile l'atto di scissione. Il creditore della scissa dovrebbe allora avere il diritto di esercitare azioni revocatorie finalizzate a recuperare dalla beneficiaria patrimonio sufficiente.

Con riferimento ai diversi rimedi previsti dalle disposizioni in esame (quelle sulla scissione e quelle sulla revocatoria), può rilevarsi quanto segue:

1. nel caso dell'atto di scissione, la legge prevede che non possa esserne dichiarata la "invalidità";
- nel caso di revocatoria, può essere dichiarata la "inefficacia" dell'atto.

È possibile, nel contesto della scissione, che convivano il divieto di dichiarare l'invalidità con la possibilità di dichiarare l'inefficacia? Al quesito deve darsi risposta positiva, perché ciò che si contesta nell'ambito della revocatoria non è l'atto in sé (che rimane valido), ma gli effetti dell'atto (che vengono travolti dall'azione revocatoria). In altre parole, a seguito dell'azione revocatoria, l'atto di scissione rimane fermo, ma uno o più trasferimenti patrimoniali derivanti dalla scissione vengono dichiarati privi di effetti. Volendo esprimere il concetto con parole ancora diverse, la revocatoria non tocca gli aspetti societari dell'operazione (che rimangono fermi), bensì le operazioni che sono state poste in essere in attuazione della scissione.

Gli ultimi interventi della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione

Tanto premesso sulle disposizioni che disciplinano la scissione e la revocatoria nonché sulla tutela dei creditori nell'ambito della scissione, si deve segnalare un importante e recentissimo intervento della Corte di Giustizia proprio su questo tema. La sentenza della Corte di Giustizia del 30 gennaio 2020 si

occupa della possibilità di esperire azioni revocatorie contro le operazioni di scissione. Si trattava di un caso concernente una Srl italiana e la questione pregiudiziale era stata sottoposta dalla Corte d'Appello di Napoli alla Corte di Giustizia⁷.

Secondo la Corte di Giustizia, la Direttiva 82/891/CEE prevede sì tutele per i creditori, ma si tratta di tutele minime, le quali non escludono che gli Stati membri possano prevedere altre tutele aggiuntive. La Corte di Giustizia afferma che il meccanismo dell'opposizione dei creditori non è esclusivo, e dunque i creditori possono avvalersi di eventuali altri meccanismi di protezione previsti dal loro Stato membro. In particolare l'azione revocatoria può essere promossa anche dai creditori che non hanno fatto opposizione alla scissione. La mancata opposizione alla scissione non ha effetti preclusivi per i creditori rispetto ad altri rimedi. La Corte di Giustizia sottolinea l'importanza della tutela dei creditori e dice espressamente che questi devono avere il diritto di proporre un'azione pauliana qualora la situazione finanziaria della società scissa nonché quella della società cui l'obbligazione sarà trasferita renda tale protezione necessaria. L'Autorità giudiziaria comunitaria afferma che un'azione pauliana promossa dai creditori della società scissa può consentire loro di ottenere una posizione preferenziale rispetto ai creditori della società beneficiaria.

Ad analoghe conclusioni la Corte di Giustizia giunge con riferimento al rimedio della nullità. L'azione di nullità mira a sanzionare l'inadempimento delle condizioni di formazione dell'atto di scissione, mentre l'azione pauliana ha per oggetto solo la tutela dei creditori i cui diritti siano stati lesi dalla scissione. L'azione pauliana consente soltanto di rendere inopponibile ai creditori la scissione e il trasferimento di taluni beni. Tale azione non incide sulla validità della scissione, non comporta la sua scomparsa e non produce effetto nei confronti di tutti. L'azione pauliana non rientra nelle azioni di nullità.

La Corte di Giustizia conclude che l'armonizzazione minima operata dalla Direttiva della tutela degli interessi dei creditori delle società partecipanti alla scissione non osta a che la priorità sia accordata alla tutela dei creditori della società scissa.

In conclusione, i principi affermati dalla Corte di Giustizia sono 2:

1. la mancata opposizione dei creditori non impedisce a questi di esercitare l'azione revocatoria;
– il fatto che la nullità sia il rimedio espressamente previsto contro la scissione non impedisce che i creditori possano esercitare l'azione revocatoria.

Anche la Corte di Cassazione si sta orientando nel senso dell'eseribilità dell'azione revocatoria nell'ambito delle operazioni di scissione. Bisogna difatti fare riferimento alla recente ordinanza della

⁷Sul provvedimento con cui la Corte di appello di Napoli ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia cfr. F. Fimmanò, *"La Corte di Giustizia chiamata a salvare la scissione societaria dalle revocatorie"*, in *Giur. comm.* 2019, II, pag. 154 e ss.

[Cassazione n. 31654/2019](#). Secondo la Cassazione il fatto che l'[articolo 2504-quater](#), comma 1, cod. civ. preveda che, eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione (o di scissione), l'invalidità dell'atto di fusione (o di scissione), non possa essere pronunciata, non implica l'inesperibilità dell'azione revocatoria ai sensi dell'[articolo 2901](#), cod. civ., poiché quest'ultima non determina alcuna invalidità dell'atto ma la sua semplice inefficacia relativa rendendolo inopponibile al creditore. La regola mira a evitare la demolizione dell'operazione e la reviviscenza delle società originarie, ma – continua la Cassazione – è pienamente compatibile con la natura e gli effetti dell'azione revocatoria, strumento di conservazione della garanzia patrimoniale. Non può dunque ritenersi che l'opposizione che compete ai creditori sia un rimedio sostitutivo e non solo aggiuntivo all'esperimento dell'azione revocatoria.

Bisogna dire che, fino ai recentissimi interventi della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione, gli orientamenti giurisprudenziali non erano affatto univoci.

In senso contrario si segnala in particolare una decisione del Tribunale di Roma del 2016, secondo cui l'atto di scissione non può essere oggetto di revocatoria in quanto non può ravvisarsi nell'operazione di scissione un atto dispositivo incidente sul patrimonio della società scissa ma soltanto una nuova organizzazione societaria⁸. Secondo l'Autorità giudiziaria romana il Legislatore ha già apprestato un compendio normativo a tutela dei terzi (diritto di opposizione *ex ante* e risarcimento del danno *ex post* nonché solidarietà prevista *ex lege* dall'[articolo 2506-quater](#), cod. civ.) che salvaguarda la necessità di assicurare certezza ai rapporti e ai traffici economici derivanti dalle operazioni di scissione e di fusione, che diversamente sarebbe compromessa se si ammettesse la revocabilità dell'atto di scissione. Secondo il Tribunale di Roma il sistema di tutela dei creditori nell'ambito della scissione societaria, come per le altre operazioni straordinarie, è tipico e ha carattere assorbente rispetto all'istituto dell'azione revocatoria, in quanto idoneo a coprire ogni possibile ipotesi di pregiudizio della posizione creditoria. Il risarcimento del danno e la revocatoria hanno in comune l'obiettivo di tutelare la garanzia costituita dal patrimonio del debitore; per questa ragione, secondo l'Autorità giudiziaria romana, i creditori sarebbero sufficientemente tutelati con le norme speciali in tema di fusione (e scissione), senza che possa operare il rimedio della revocatoria. Il Tribunale di Roma dà peso anche al dato letterale dell'[articolo 2506](#), comma 1, cod. civ., che qualifica la scissione come operazione con cui una società “assegna” (e non “trasferisce” patrimonio), mentre la versione previgente dell'[articolo 2504-septies](#), cod. civ. menzionava il “trasferimento”⁹.

⁸Tribunale di Roma, sentenza del 7 novembre 2016, in *Giur. comm.*, 2018, II, pag. 136 ss., con nota di M. Pin.

⁹In effetti la versione dell'articolo 2504-septies, cod. civ. vigente dal 7 febbraio 1991 (e vigente prima della versione attuale) stabiliva che “la scissione di una società si esegue mediante trasferimento dell'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima; la scissione di una società può eseguirsi altresì mediante trasferimento di parte del suo patrimonio a una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, e assegnazione delle loro azioni o quote ai soci della prima”. Come si può notare, ci si riferiva

Anche il Tribunale di Bologna ha negato l'ammissibilità dell'azione revocatoria, sostenendo che l'azione revocatoria di un atto di scissione deve considerarsi inammissibile alla luce del disposto dell'[articolo 2504-quater](#), cod. civ., che rende intangibili gli effetti dell'operazione una volta eseguite le formalità pubblicitarie prescritte e allorché sia decorso il termine per l'opposizione dei creditori senza che la stessa sia stata proposta; la tutela di questi ultimi è assicurata dalle norme che sanciscono il diritto al risarcimento dei danni *ex* articolo 2504-quater, comma 2, cod. civ. e la responsabilità solidale delle società interessate *ex* [articolo 2506-quater](#), comma 3, cod. civ.¹⁰.

Questi orientamenti giurisprudenziali di merito devono oggi considerarsi superati alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione.

Osservazioni conclusive

Alla luce dei precedenti esaminati, si deve concludere nel senso che le disposizioni sull'opposizione dei creditori pre-scissione, sulla possibilità del risarcimento del danno *post*-scissione e sulla responsabilità solidale di tutte le società partecipanti alla scissione non possano essere interpretate come esclusive della possibilità di esperire azioni revocatorie¹¹.

Del resto non esiste una disposizione positiva espressa che vieti la revocatoria nell'ambito delle operazioni di scissione e fusione¹². E anche i vari rimedi specifici della scissione esaminati sopra non vengono espressamente qualificati come esclusivi dal Legislatore.

Infine si osservi che l'istituto della revocatoria ha carattere generale, e – come tale – astrattamente applicabile a ogni fattispecie¹³.

allora al "trasferimento" del patrimonio, mentre la versione attuale usa il termine "assegnazione". Non pare tuttavia che questa distinzione terminologica sia decisiva. P. Pototschnig, "Scissione societaria e azione revocatoria: un nervo scoperto per la tutela dei creditori?", in Fallimento, 2017, pag. 58, si sofferma sull'orientamento che esclude di poter ritrovare nella scissione i caratteri di un effettivo trasferimento patrimoniale e – anche con riferimento al dibattito circa la natura della scissione (fenomeno riorganizzativo o successorio) - osserva come i ragionamenti ruotino "principalmente attorno all'esigenza di individuare la disciplina, sostanziale e processuale, del trasferimento di rapporti giuridici dalla società scissa alla o alle società beneficiarie. Ma questa esigenza rileva su un piano diverso da quello della tutela dei creditori: ai fini della prospettabilità di un atto per loro pregiudizievole, ciò che conta ... è che elementi patrimoniali siano passati dalla titolarità di un soggetto giuridico a un altro, anche sotto forma di assegnazione".

¹⁰ Tribunale di Bologna, sentenza del 1° aprile 2016, in Fallimento, 2017, pag. 48 e ss., con nota di P. Pototschnig.

¹¹ Per il possibile concorso dei rimedi speciali in tema di scissione e dell'azione revocatoria si esprimeva, già prima delle pronunce di Corte di Giustizia e Corte di Cassazione, M. Pin, "Scissione e azione revocatoria ordinaria e fallimentare", in Giur. comm., 2018, II, pag. 152, secondo cui "allo stato attuale sembra potersi ritenere che nessuno degli argomenti posti a fondamento della tesi dell'inammissibilità in astratto dell'azione revocatoria possa ritenersi decisivo e preclusivo della conclusione opposta... Appare invece preferibile, in assenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato sul punto e di pronunce da parte della giurisprudenza di legittimità, riconoscere l'ammissibilità dell'azione revocatoria nei confronti dell'operazione di scissione".

¹² Quando il Legislatore ha voluto escludere o limitare la possibilità di ricorrere alla revocatoria lo ha fatto espressamente. Si pensi, nel contesto del credito fondiario, all'articolo 39, comma 4, Tub, secondo cui "le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento".

¹³ Invero, il rapporto da legge speciale (rimedi specifici per le scissioni) a legge generale (revocatoria) potrebbe far propendere per la prevalenza dei rimedi societari, in qualità appunto di normativa speciale. In questo senso è orientato S. Cassani, "Scissione e azione revocatoria", in Società, 2017, pag. 75 e ss., per il quale "l'argomento della specialità della disciplina della scissione resta un argomento rilevante se si considera sia la presenza del rimedio dell'opposizione di cui all'articolo 2503-cod. civ. sia la presenza della previsione di cui all'articolo 2506-quater, comma 3, cod.

Appare infine condivisibile la tesi secondo cui irraggiungibilità dell'atto di scissione e revocatoria sono due istituti diversi e indipendenti. Ferma restando l'impossibilità di dichiarare l'invalidità della scissione (prospettiva del diritto societario), nulla impedisce di ottenere la revocatoria di una o più attribuzioni patrimoniali avvenute in esecuzione della scissione (prospettiva del diritto fallimentare). La nuova organizzazione societaria rimane ferma, ma possono essere sindacati gli atti dispositivi attuativi della scissione.

**Euroconference**
PARERI E QUESITI
Il servizio di consulenza specialistica per i professionisti


Pareri e quesiti è un servizio di consulenza in area fiscale, societaria, contabile e giuslavoristica rivolto ai professionisti e agli amministratori di condominio.

L'obiettivo è quello di supportare il professionista nello svolgimento dell'attività in base ai diversi bisogni.

Euroconference mette a disposizione il Comitato Scientifico e i migliori esperti del settore al fine di garantire un utile ausilio nella corretta interpretazione della normativa e della prassi e nell'individuazione delle soluzioni migliori per le questioni più complesse e che richiedono un'accurata attività di ricerca e studio.

ACCEDI AL SITO

civ., in tema di responsabilità solidale. L'impatto di tali previsioni è innegabile che giunga a foggare la disciplina della scissione come insieme di norme speciali e coordinate tra loro e in una certa misura chiuse rispetto ai rimedi generali".

Distacco di personale soggetto a Iva

di Marco Peirola - dottore commercialista e componente del *Fiscal Committee della Confédération Fiscale Européenne*

L'[articolo 8](#), comma 35, L. 67/1988 dispone che *“non sono da intendere rilevanti ai fini dell'Iva i prestiti o i distacchi di personale a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo”*.

Mentre in un primo tempo la Corte di Cassazione aveva affermato che, se il rimborso al distaccante eccede il costo del personale distaccato, deve essere assoggettato a Iva soltanto il *mark up*, tale posizione è stata superata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui il distacco di personale è irrilevante ai fini Iva soltanto se la controprestazione del distaccatario consiste nel rimborso di una somma esattamente pari alle retribuzioni e agli altri oneri previdenziali e contrattuali gravanti sul distaccante, dovendosi pertanto escludere che il prestito di personale, a fronte del quale venga rimborsata una somma superiore al costo del personale, sia soggetto a Iva limitatamente alla parte che eccede il costo del personale prestato e in tal senso si è espressa anche la prassi amministrativa.

A seguito del rinvio alla Corte di Giustizia disposto con ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione, i giudici dell'Unione Europea, con la sentenza di cui alla causa C-94/19 dell'11 marzo 2020, hanno affermato che il distacco di personale è una prestazione imponibile a Iva anche se effettuata a fronte del mero rimborso dei costi del personale distaccato, con la conseguente illegittimità dell'articolo 8, comma 35, L. 67/1988 e, dunque, anche dell'[articolo 26-bis](#), L. 196/1997, che in materia di lavoro temporaneo stabilisce, con una previsione simile a quella relativa al distacco, che il rimborso degli oneri retributivi e previdenziali che il soggetto utilizzatore di prestatori di lavoro temporaneo versa all'impresa fornitrice degli stessi, da quest'ultima effettivamente sostenuti in favore del prestatore di lavoro temporaneo, non sono compresi nella base imponibile Iva.

Normativa Iva sul distacco di personale

L'[articolo 30](#), D.Lgs. 276/2003, in attuazione delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro, di cui alla L. 30/2003, prevede che *“l'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa”* (comma 1), aggiungendo che, *“in caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del*

lavoratore” (comma 2).

Dal punto di vista dell’Iva, l’[articolo 8](#), comma 35, L. 67/1988 (Finanziaria 1988) dispone che

“non sono da intendere rilevanti ai fini dell’Iva i prestiti o i distacchi di personale a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo”.

I fatti di causa

In relazione all’anno 2004, un dirigente di una società è stato distaccato presso la controllata con l’incarico di direttore di uno degli stabilimenti di quest’ultima e le relative voci di costo sono state addebitate alla società distaccataria.

La società distaccante ha emesso fatture per il recupero dei costi sostenuti per il dirigente distaccato, applicando l’Iva, successivamente portata in detrazione dalla distaccataria.

Di contro, l’Agenzia delle entrate ha sostenuto che i rimborsi, non discendendo da prestazioni di servizi tra controllante e controllata, sono esclusi da imposta, con il conseguente recupero a tassazione della detrazione operata dalla distaccataria.

Nel contenzioso con l’Agenzia delle entrate, tale società è risultata soccombente in entrambi i giudizi di merito.

Il giudice d’appello, in particolare, ha considerato applicabile l’articolo 8, comma 35, L. 67/1988, in base al quale *“non sono da intendere rilevanti ai fini dell’Iva i prestiti o i distacchi di personale a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo”*, con la conseguenza che, mancando la prova che il dipendente distaccato avesse ricevuto una maggiorazione di somme o esercitasse funzioni diverse da quelle già svolte presso la distaccante, deve ritenersi che, nel caso di specie, siano stati eseguiti meri rimborsi non soggetti a Iva.

Evoluzione dell’orientamento della prassi amministrativa

In un primo tempo, l’Amministrazione finanziaria ha precisato che i prestiti di personale dipendente effettuati fra società del medesimo gruppo non realizzano i presupposti per l’applicazione dell’Iva, sempreché le somme pagate dalla società utilizzatrice del servizio siano esattamente commisurate alla retribuzione spettante al dipendente “prestato” e ai relativi oneri previdenziali e assistenziali¹.

Successivamente, è stato affermato che i predetti prestiti non sono soggetti a Iva anche nei casi in cui tra le parti dell’operazione non esista alcun collegamento di natura organica o finanziaria, in quanto ciò attiene all’aspetto soggettivo del rapporto economico. Per contro, i prestiti di personale sono irrilevanti

¹ Cfr. risoluzione n. 502712/1973.

ai fini impositivi per mancanza del presupposto oggettivo d'imposta, nella considerazione che, essendo le somme restituite dall'impresa utilizzatrice dei servizi resi dai dipendenti "prestati" esattamente uguali alla retribuzione spettanti ai dipendenti medesimi e ai relativi oneri previdenziali e assistenziali, le stesse s'intendono erogate non già a titolo di corrispettivo bensì di semplice rimborso di spese di lavoro subordinato².

Con un ulteriore documento di prassi, l'Amministrazione finanziaria ha, tuttavia, ritenuto che il prestito di personale costituisce una fattispecie da assoggettare a Iva ai sensi dell'[articolo 3](#), D.P.R. 633/1972, a nulla rilevando la circostanza che il relativo corrispettivo corrisponda esattamente al rimborso del costo³.

L'incertezza interpretativa è stata risolta dall'[articolo 8](#), comma 35, L. 67/1988, in base al quale *"non sono da intendere rilevanti ai fini dell'Iva i prestiti o i distacchi di personale a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo"*.

In proposito, è stato chiarito che tale previsione si applica esclusivamente nell'ipotesi in cui l'impresa fornitrice si limiti a porre nella disponibilità dell'impresa utilizzatrice proprio personale dipendente per lo svolgimento dell'attività lavorativa organizzata da quest'ultima nell'ambito della propria struttura. Per l'applicazione della disciplina agevolativa è necessario che il personale utilizzato dall'impresa utilizzatrice sia legato da un rapporto di lavoro dipendente con l'impresa fornitrice. In assenza di quest'ultimo presupposto, le somme corrisposte sono soggette a Iva, ai sensi del richiamato articolo 3, D.P.R. 633/1972, dovendosi ritenere esistente il requisito della corrispettività anche se l'importo pagato dall'impresa utilizzatrice è pari al costo complessivo del personale sopportato dall'impresa fornitrice⁴.

Tali indicazioni sono state riprese dalla [risoluzione n. 262/E/2002](#), secondo cui la "messa a disposizione di personale" di cui all'[articolo 7](#), comma 4, lettera d), D.P.R. 633/1972 all'epoca vigente ricorre quando il personale prestato garantisce, all'impresa che se ne avvale, le proprie prestazioni in posizione di effettiva subordinazione. Ciò comporta che i lavoratori, pur restando fisicamente dislocati presso le strutture dell'impresa di appartenenza, svolgono i compiti loro assegnati sotto la direzione e il potere gerarchico e disciplinare esercitati dall'impresa che fruisce del "prestito".

Secondo l'Agenzia delle entrate, si viene pertanto a configurare una fattispecie (appalto di servizi) non riconducibile al citato articolo 7, comma 4, lettera d), D.P.R. 633/1972, bensì nel comma 4 del medesimo articolo 7, se – come nel caso esaminato dal documento di prassi – i poteri di direzione, gerarchico e

² Cfr. risoluzione n. 500160/1974.

³ Cfr. [risoluzione n. 363853/1986](#).

⁴ Cfr. [risoluzione n. 152/E/1995](#).

disciplinare sono stati costantemente esercitati dall'impresa fornitrice italiana e tale fatto ha impedito un'effettiva disponibilità della forza lavoro da parte dell'impresa che si avvale del prestito.

È opportuno, da ultimo, rammentare che l'esclusione da Iva, secondo la [risoluzione n. 346/E/2002](#), presuppone che sia rimborsato esclusivamente il costo del personale prestato (retribuzione, oneri previdenziali e contrattuali), in quanto l'intero importo è imponibile se le somme rimborsate sono superiori o inferiori al costo.

Evoluzione dell'orientamento della giurisprudenza

In un primo tempo, la Corte di Cassazione⁵ ha affermato che il rimborso, da parte del soggetto A, del costo del personale del soggetto B distaccato presso A, è esente da Iva, perché – in base all'[articolo 8](#), comma 35, L. 67/1988 – dal momento che A rimborsa B, il costo del personale di B distaccato presso A è sostenuto, in definitiva, da A.

Tale costo è, ai fini dell'Iva, irrilevante – sempre in base al citato articolo 8, comma 35, L. 67/1988 – in quanto B, distaccando il suo personale, non effettua, nei limiti del relativo costo, alcuna prestazione a favore di A, ai sensi dell'[articolo 1](#), D.P.R. 633/1972. Di conseguenza, non si applica l'Iva e non esiste, dunque, alcuna imposta che possa essere detratta ai sensi dell'[articolo 19](#), D.P.R. 633/1972.

Per contro, osservano i giudici di legittimità, la somma eccedente il rimborso, da parte del soggetto A, del costo del personale del soggetto B distaccato presso A, è soggetta a Iva ed è detraibile, in quanto il regime di esclusione da imposta, previsto dall'articolo 8, comma 35, L. 67/1988, riguarda solo il costo del personale, che è sostenuto da B e che A si limita a rimborsare. Ne consegue che, se A trasferisce a B una somma maggiore, questa non è più esclusa da Iva in quanto si giustifica solo per la sua corrispondenza all'acquisto di un bene o di un servizio e la relativa imposta è, quindi, detraibile.

In conclusione, al quesito di diritto con il quale si chiede se per ritenere irrilevanti ai fini dell'Iva i prestiti o i distacchi di personale a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo sia sufficiente il riferimento al costo del personale distaccato, occorre rispondere positivamente, secondo l'orientamento giurisprudenziale richiamato. Il principio di diritto in base al quale la controversia deve essere decisa è, dunque, che la somma eccedente il rimborso, da parte del soggetto A, del costo del personale del soggetto B distaccato presso A, è sottoposta a Iva detraibile.

L'orientamento esposto è stato superato dalle successive pronunce in materia.

⁵ Cfr. Cassazione n. 19129/2010.

– Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 23021/2011, hanno affermato che il comma 35 dell'[articolo 8](#), L. 67/1988 deve essere inteso nel senso che il distacco di personale è irrilevante ai fini dell'Iva soltanto se la controprestazione del distaccatario consiste nel rimborso di una somma esattamente pari alle retribuzioni e agli altri oneri previdenziali e contrattuali gravanti sul distaccante, dovendosi pertanto escludere che il prestito di personale, a fronte del quale venga rimborsata una somma superiore al costo del personale, sia soggetto a Iva limitatamente alla parte che eccede il costo del personale prestato.

Tale disposizione ha introdotto un'eccezione al regime ordinario, prevedendo che il distacco di personale, che integrerebbe in astratto una prestazione di servizi soggetta a Iva, non può, in concreto, essere considerato tale nel caso in cui il beneficiario rimborsi al concedente il solo costo del personale utilizzato. Tale rimborso deve essere, però, esattamente uguale alle retribuzioni e agli altri oneri perché ciò che è necessario ai fini dell'irrilevanza è, come riconosciuto dall'Amministrazione finanziaria sopra richiamata, che si tratti di una operazione sostanzialmente neutra, ovvero sia di una vicenda che non comporti un guadagno per il distaccante, ma nemmeno un risparmio per il distaccatario, visto che, in caso contrario, non vi sarebbe ragione di riservarle un trattamento diverso dal normale.

Non vale, al riguardo, replicare che il testo legislativo non menziona minimamente la necessità della predetta corrispondenza e che la richiesta della stessa si tradurrebbe, pertanto, in una inaccettabile forzatura del dato normativo, cui verrebbe attribuita una portata diversa da quella fatta palese dalle parole usate.

L'obiezione non può, infatti, essere condivisa, in quanto l'articolo 8, comma 35, L. 67/1988 è stato emanato per fare chiarezza in un momento in cui l'unico punto su cui si discuteva non era quello delle sorti dei distacchi a fronte dei quali fossero stati previsti dei rimborsi superiori o inferiori ai costi (che, per convincimento comune, avrebbero dovuto scontare l'Iva sull'intero importo), ma soltanto quello riguardante l'applicabilità o meno dell'imposta nell'ipotesi di rimborsi esattamente uguali alle retribuzioni e agli altri oneri previdenziali e contrattuali.

Ed è solo su questo punto che ha voluto incidere il Legislatore, dettando una disposizione la cui lettura non può prescindere dal contesto in cui si è inserita e dalle finalità cui ha mirato, che non erano certamente quelle di introdurre un sistema più "liberale". Deve essere, pertanto, confermato, secondo i giudici di legittimità, che il comma 35 dell'articolo 8, L. 67/1988 deve essere inteso nel senso che il distacco di personale è irrilevante ai fini dell'Iva soltanto se la controprestazione del distaccatario consiste nel rimborso di una somma esattamente pari alle retribuzioni e agli altri oneri previdenziali e contrattuali gravanti sul distaccante.

– Nello stesso senso si pone la sentenza della Cassazione n. 14053/2012, secondo cui, per restare fuori dal campo di applicazione dell'Iva occorre la duplice condizione che:
 si tratti di un accordo in forza del quale un soggetto, al fine di soddisfare un proprio specifico interesse, metteva a disposizione di un'altra delle persone a lui legate da un rapporto di lavoro subordinato;
 il distaccatario riversi al distaccante una somma esattamente pari al costo retributivo e previdenziale dei dipendenti utilizzati, dato che il riconoscimento di un corrispettivo maggiore o minore comporta l'inapplicabilità dell'agevolazione, con conseguentemente applicazione dell'Iva all'intero importo pattuito.

Tale orientamento può ritenersi consolidato, benché in un'occasione siano affiorati dubbi sulla sua tenuta rispetto al diritto unionale, in specie quando si è considerato che *“la latitudine del concetto di “prestazione di servizi” e il fondamentale principio di neutralità fiscale dell'Iva, più volte ribadito dalla Corte di Giustizia UE (si veda, ex plurimis, sentenza C-479/13 del 5 marzo 2015), potrebbero ostare, come rilevato in dottrina, ad un diverso trattamento di prestazioni riconducibili ora al distacco di personale, ora alla somministrazione di lavoro svolta da imprese autorizzate”*⁶.

Territorialità Iva del distacco di personale

La corretta qualificazione del distacco del personale ha rilevanza anche ai fini territoriali.

Secondo la [risoluzione n. 262/E/2002](#), la “messa a disposizione di personale” di cui all'[articolo 7](#), comma 4, lettera d), D.P.R. 633/1972 all'epoca vigente ricorre quando il personale prestatato garantisce, all'impresa che se ne avvale, le proprie prestazioni in posizione di effettiva subordinazione. Ciò comporta che i lavoratori, pur restando fisicamente dislocati presso le strutture dell'impresa di appartenenza, svolgono i compiti loro assegnati sotto la direzione e il potere gerarchico e disciplinare esercitati dall'impresa che fruisce del “prestito”.

Secondo l'Agenzia delle entrate, si viene pertanto a configurare una fattispecie (appalto di servizi) non riconducibile al citato articolo 7, comma 4, lettera d), D.P.R. 633/1972, bensì nel comma 4 del medesimo articolo 7, se – come nel caso esaminato dal documento di prassi – i poteri di direzione, gerarchico e disciplinare sono stati costantemente esercitati dall'impresa fornitrice italiana e tale fatto ha impedito un'effettiva disponibilità della forza lavoro da parte dell'impresa che si avvale del prestito.

L'esclusione da Iva, secondo la [risoluzione n. 346/E/2002](#), presuppone che sia rimborsato esclusivamente il costo del personale prestatato (retribuzione, oneri previdenziali e contrattuali), in

⁶ Così Cassazione n. 3285/2016.

quanto l'intero importo è imponibile se le somme rimborsate sono superiori o inferiori al costo. Nello stesso senso si è espressa anche, come detto, la giurisprudenza, escludendo che il prestito di personale, a fronte del quale venga rimborsato una somma superiore al costo del personale, sia soggetto a Iva limitatamente alla parte che eccede il costo del personale prestato.

Nel passaggio dalle vecchie alle nuove disposizioni territoriali, le operazioni di "messa a disposizione di personale" sono disciplinate dall'[articolo 7-septies](#), comma 1, lettera e), D.P.R. 633/1972, che le considera non effettuate nel territorio dello Stato se rese a committenti non soggetti passivi domiciliati e residenti fuori dell'Unione Europea.

Nell'ambito dei rapporti "B2B", si ritiene che il prestito di personale a favore di un'impresa utilizzatrice non stabilita in Italia sia ivi esclusa da Iva ai sensi dell'[articolo 7-ter](#), D.P.R. 633/1972. In particolare, è lo schema negoziale utilizzato per la fornitura di manodopera a giustificare la natura extraterritoriale dell'operazione e non il carattere corrispettivo o meno delle somme pagate dall'impresa che si avvale del prestito, sicché la delocalizzazione della prestazione nel Paese dell'impresa utilizzatrice del "prestito" opera anche nel caso in cui le parti abbiano previsto il rimborso esclusivamente del costo del personale prestato (retribuzione, oneri previdenziali e contrattuali). Dopodiché, spetterà all'impresa estera che si avvale del personale verificare l'esistenza delle condizioni che consentono di non assoggettare a imposta l'operazione.

Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

L'[ordinanza interlocutoria n. 2385 del 29 gennaio 2019](#) si colloca nell'ambito del descritto orientamento ed è scaturita da una controversia avente per oggetto, come innanzi riferito, l'ipotesi in cui il distaccante abbia riaddebitato il costo del personale.

Gli aspetti dubbi sono duplici, trattandosi di appurare se, da un lato, il mero rimborso del costo del personale abbia natura corrispettiva e, dall'altro, se l'[articolo 8](#), comma 35, L. 67/1988 non determini un'ingiustificata disparità di trattamento, ai fini Iva, tra i diversi strumenti mediante i quali si attua la messa a disposizione di personale.

Profilo del nesso di corrispettività

La normativa unionale attribuisce un'amplessissima sfera di applicazione all'Iva, richiamando, nell'articolo 1, Direttiva 2006/112/CE, relativo alle operazioni imponibili, oltre alle importazioni di beni, le cessioni

di beni e le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso all'interno del Paese da un soggetto passivo che agisca in quanto tale⁷.

L'articolo 6, VI Direttiva CEE, applicabile all'epoca dei fatti, stabilisce, al n. 1, che “*si considera “prestazione di servizi” ogni operazione che non costituisce cessione di un bene ai sensi dell’articolo 5*”.

La nozione di “prestazione di servizi”, ai sensi della Direttiva Iva, deve essere interpretata indipendentemente dagli scopi e dai risultati delle operazioni di cui trattasi⁸.

A ogni modo, l'articolo 9, VI Direttiva, come l'omologo articolo 56, Direttiva 2006/112/CE, di “rifusione” della VI Direttiva, annovera tra le prestazioni di servizi la “*messa a disposizione di personale*”, al quale è riconducibile il distacco.

Passando al profilo dell'onerosità della prestazione, i giudici dell'Unione Europea hanno messo in luce come la valutazione se la somma pagata rappresenti il corrispettivo di una prestazione di servizi è una questione di diritto dell'Unione europea, la quale deve essere risolta indipendentemente dalla valutazione operata nel diritto nazionale⁹; sicché è di per sé irrilevante la qualificazione, contenuta nel diritto nazionale, di una corresponsione di somme come rimborso e non già come corrispettivo.

Una prestazione di servizi è effettuata a titolo oneroso, ai sensi della normativa unionale, soltanto se esiste tra il prestatore e il beneficiario un rapporto giuridico nel corso del quale vengono scambiate prestazioni reciproche; la retribuzione percepita dal prestatore deve costituire l'effettivo controvalore del servizio fornito al beneficiario¹⁰. Ciò si verifica quando sussiste un nesso diretto tra il servizio reso e il controvalore ricevuto, quando cioè le somme versate costituiscano l'effettivo corrispettivo di un servizio individualizzabile fornito nell'ambito di un siffatto rapporto giuridico¹¹.

Non è necessario, invece, ai fini dell'Iva, che lo scambio sia lucrativo, poiché è indifferente il risultato dell'operazione economica¹².

La circostanza che un'operazione economica sia svolta a un prezzo uguale, superiore o inferiore al prezzo di costo è di per sé influente ai fini della qualificazione di tale operazione come “negozio a titolo oneroso”, a meno che lo scarto tra i costi sostenuti e la somma ricevuta come corrispettivo sia particolarmente rilevante¹³.

Per determinare se una prestazione di servizi è effettuata dietro compenso in modo tale da essere qualificata come attività economica si deve comunque esaminare l'insieme delle circostanze in cui è

⁷ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-463/14 del 3 settembre 2015, *Asparuhovo Lake Investment Company*.

⁸ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-295/17 del 22 novembre 2018, *MEO - Servigos de Comunicações e Multimédia*.

⁹ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-295/17 del 22 novembre 2018, *cit.*

¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-37/16 del 18 gennaio 2017, *SAWP*.

¹¹ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-37/16 del 18 gennaio 2017, *cit.*

¹² Cfr. Corte di Giustizia, causa C-267/15 del 22 giugno 2016, *Gemeente Woerden*.

¹³ Cfr. Corte di Giustizia, causa C-520/14 del 12 maggio 2016, *Gemeente Borsele*.

stata realizzata e, in proposito, nell'[ordinanza n. 2385/2019](#) è stato rilevato che *“non pare rilevante a tal fine la circostanza che le spese sostenute dalla controllata siano corrispondenti all'ammontare delle retribuzioni e degli oneri per lavoratori dipendenti dalla controllante e, quindi, da un soggetto terzo rispetto a quello su cui finisce col gravare il relativo peso.*

Codesta Corte ha difatti stabilito (Corte di Giustizia causa C-124/12 del 18 luglio 2013, Aes-3C Maritza East 1 Eood) che gli articoli 168, lettera a), e 176, comma 2, Direttiva Iva (corrispondenti all'articolo 17, § 2, lettera a, e § 6, VI Direttiva) devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale in forza della quale un soggetto passivo, che sostiene spese per servizi di trasporto, abiti da lavoro, dispositivi di protezione e missioni di persone che lavorano per tale soggetto passivo, non goda di un diritto a detrazione dell'Iva afferente a tali spese, con la motivazione che le suddette persone sono messe a sua disposizione da un'altra entità e, ai sensi della normativa di cui trattasi, non possono quindi essere considerate come membri del personale del soggetto passivo, benché invece tali spese possano essere considerate come aventi un nesso diretto ed immediato con le spese generali inerenti al complesso delle attività economiche del suddetto soggetto passivo”.

In merito al profilo in esame, la Suprema Corte ha osservato che *“la norma nazionale, così come interpretata da questa Corte, induce il dubbio che sia esclusa dallo spettro di applicazione dell'Iva una prestazione, come quella di messa a disposizione di personale per mezzo di distacco, fronteggiata dal rimborso del costo delle relative prestazioni, che è, invece, imponibile.*

Che l'attività in questione sia di natura economica sembra evincersi dalla necessaria sussistenza, in base all'articolo 30, D.Lgs. 276/2003, di uno specifico interesse del datore di lavoro distaccante, che la giurisprudenza di questa Corte ha ravvisato in quello volto a garantire la maggiore funzionalità dell'organizzazione comune a controllante e controllata (Cassazione n. 8068/2016, nonché, con riguardo proprio all'ipotesi di distacco di un dirigente, Cassazione n. 13673/2015).

La sussistenza di tale interesse non è oggetto di contestazione nell'odierno giudizio e conforma quello dell'imprenditore distaccatario, che ha inserito il lavoratore (nel caso in esame, il dirigente) distaccato nella propria organizzazione produttiva.

Che, poi, l'attività economica in questione si sia tradotta in una prestazione di servizi svolta a titolo oneroso potrebbe ricavarsi dall'ammontare della somma corrisposta dalla distaccataria, pari all'importo delle spese e degli oneri da sostenere per i lavoratori, in quanto tale non insignificante”.

– In sostanza, il dubbio sollevato dalla Cassazione è se l'[articolo 8](#), comma 35, della L. 67/1988 sia legittimo sul piano unionale laddove esclude da Iva le ipotesi di distacco di personale quando il distaccante riceve il mero rimborso dei costi sostenuti per il personale distaccato, in

considerazione del fatto che un diverso trattamento impositivo pare evincersi dalla disciplina Iva unionale, come interpretata dalla Corte di Giustizia, volta a ritenere irrilevante la circostanza che il controvalore della prestazione sia uguale, superiore o inferiore al costo sostenuto dal prestatore.

Profilo della disparità di trattamento

Il secondo profilo, invece, relativo alla disparità di trattamento della norma interna assume rilevanza perché potrebbe incidere sul principio di neutralità fiscale.

I giudici di legittimità osservano che *“la somministrazione di manodopera è difatti anch'essa strumento di messa a disposizione di personale (Corte di Giustizia causa C-594/13 del 12 marzo 2015, “go fair” Zeitarbeit OHG), che si differenzia dal distacco per la natura dell'interesse, ravvisabile in quello lucrativo del somministratore; e, in base alla stessa ricostruzione offerta dalla giurisprudenza di questa Corte, essa dà sempre luogo a una prestazione imponibile, in relazione alla quale l'ammontare del rimborso incide soltanto sulla base imponibile.*

La differenza di trattamento sussisterebbe, d'altronde, e stavolta in senso opposto, anche nel caso in cui fosse versato un corrispettivo superiore, o addirittura inferiore, all'importo del mero costo del personale e pure all'interno dello stesso istituto del distacco.

In quest'ipotesi, difatti, in base all'interpretazione delle sezioni unite, la prestazione di distacco sarebbe imponibile, e in relazione all'intero importo versato dal distaccatario.

In caso di somministrazione di manodopera, invece, la base imponibile dell'imposta, in base all'articolo 26-bis della L. 196/1997, richiamato dall'articolo 86, D.Lgs. 276/2003, andrebbe comunque ragguagliata al solo margine tra il corrispettivo e gli oneri retributivi e previdenziali”.

In definitiva, nell'ordinanza in commento, è stato ritenuto necessario chiarire se il diritto dell'Unione Europea consenta (o impedisca) che il diritto nazionale escluda dall'ambito di applicazione della Direttiva Iva il caso in cui una società controllante metta a disposizione di un'altra, da essa controllata, mediante distacco, proprio personale, a fronte del solo rimborso dei relativi costi.

La questione pregiudiziale rimessa al vaglio della Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'articolo 267 del Tfeue (Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) è: *“se gli articoli 2 e 6, VI Direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, nonché il principio di neutralità fiscale debbano essere interpretati nel senso che ostano a una legislazione nazionale in base alla quale non sono da intendere rilevanti ai fini dell'Iva i prestiti o i distacchi di personale della controllante a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo da parte della controllata”.*

Imponibilità Iva del distacco di personale secondo la Corte di Giustizia

La Corte UE, nella sentenza relativa alla causa C-94/19 dell'11 marzo 2020, ha risolto i dubbi sollevati dalla Corte di Cassazione, rilevando anzitutto che

“una prestazione di servizi è effettuata «a titolo oneroso», ai sensi dell'articolo 2, punto 1, della sesta direttiva, e configura pertanto un'operazione imponibile soltanto quando tra il prestatore e il beneficiario intercorra un rapporto giuridico nell'ambito del quale avvenga uno scambio di reciproche prestazioni, e il compenso ricevuto dal prestatore costituisca il controvalore effettivo del servizio prestato al beneficiario. Ciò si verifica quando sussiste un nesso diretto tra il servizio reso e il corrispettivo ricevuto”.

Nel caso di specie, il distacco è stato effettuato in base a un rapporto di natura contrattuale tra l'impresa distaccante e quella distaccataria, nell'ambito del quale sono state scambiate prestazioni reciproche, vale a dire il distacco di un dirigente, da un lato, e il versamento, da parte dell'impresa distaccataria, degli importi che le sono stati fatturati dall'impresa distaccante, dall'altro.

Il punto è stabilire se il distacco configuri una prestazione a titolo oneroso anche quando l'impresa distaccante si sia limitata a fatturare gli oneri sostenuti per il personale distaccato, senza alcun *mark up*.

Come osservato dalla Corte, ai fini dell'onerosità della prestazione, indispensabile per la configurabilità del presupposto oggettivo dell'Iva, deve ricorrere un “nesso diretto” tra la prestazione e la controprestazione, di modo che l'una sia effettuata a condizione che lo sia anche l'altra.

Di conseguenza, se il versamento, da parte dell'impresa distaccataria, degli importi a essa fatturati dall'impresa distaccante, è condizione affinché quest'ultima distaccasse il dirigente, e l'impresa distaccataria ha pagato tali importi come corrispettivo del distacco, si deve concludere per l'esistenza del predetto nesso diretto e, quindi, per l'applicazione dell'Iva.

Nessuna rilevanza assume l'importo del corrispettivo, in particolare la circostanza che esso sia pari, superiore o inferiore ai costi sostenuti dal distaccante per il personale distaccato, in quanto non idoneo a incidere sul nesso diretto esistente tra la prestazione (distacco di personale) e la controprestazione (corrispettivo, sotto forma di rimborso dei costi del personale distaccato).

In conclusione, il distacco di personale è una prestazione imponibile a Iva anche se effettuata a fronte del mero rimborso dei costi del personale distaccato, con la conseguente illegittimità dell'[articolo 8](#), comma 35, L. 67/1988, che considera esclusi da Iva i prestiti o i distacchi di personale a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo.

Implicazioni della pronuncia

Il principio espresso dalla Corte si riflette anche sulla disciplina Iva di forme di impiego del lavoro simili, come le somministrazioni di manodopera disciplinate dalla cd. “Legge Biagi”, dovendosi ritenere incompatibile sul piano unionale anche l'[articolo 26-bis](#), L. 196/1997, secondo cui *“i rimborsi degli oneri retributivi e previdenziali che il soggetto utilizzatore di prestatori di lavoro temporaneo è tenuto a corrispondere ... all'impresa fornitrice degli stessi, da quest'ultima effettivamente sostenuti in favore del prestatore di lavoro temporaneo, devono intendersi non compresi nella base imponibile dell'Iva di cui all'articolo 13, D.P.R. 633/1972”*.

Gli effetti della pronuncia, vale a dire l'imponibilità del distacco di personale e del lavoro temporaneo per il quale sia versato, da parte del distaccatario e dell'utilizzatore, il solo rimborso degli oneri retributivi e previdenziali, possono essere evitati ricorrendo, laddove possibile, alla disciplina del Gruppo Iva. L'[articolo 70-quinquies](#), comma 1, D.P.R. 633/1972 stabilisce, infatti, che *“le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate da un soggetto partecipante a un gruppo Iva nei confronti di un altro soggetto partecipante allo stesso gruppo Iva non sono considerate cessioni di beni e prestazioni di servizi...”*.

Un ulteriore aspetto da considerare è quello dell'efficacia della sentenza della Corte di Giustizia nell'ordinamento italiano, siccome – in linea di principio – finché la norma interna incompatibile non verrà abrogata gli operatori dovrebbero poter continuare ad avvalersene. È il caso, infatti, di ricordare che l'efficacia diretta delle Direttive opera solo in senso verticale, cioè laddove sia il cittadino a pretendere, nei confronti dello Stato inadempiente, l'applicazione delle disposizioni di maggior favore previste dall'ordinamento unionale, così come si desume dalla giurisprudenza della Corte Europea: la sentenza DNB Banka (causa C-326/15 del 21 settembre 2017), per esempio, ha stabilito che, *“secondo una giurisprudenza costante, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti”*.

Sempre in base alla giurisprudenza della Corte, all'Amministrazione finanziaria dovrebbe essere preclusa anche la possibilità di pretendere il pagamento dell'Iva con effetto retroattivo, per i periodi d'imposta ancora accertabili, a ciò ostando il principio del legittimo affidamento, che – nell'ottica dei giudici dell'Unione Europea – esclude non solo l'applicazione delle sanzioni e degli interessi, come previsto dall'[articolo 10](#), comma 2, L. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente), ma anche della stessa imposta¹⁴.

¹⁴ Si vedano le sentenze di cui alle cause riunite da C-181/04 a C-183/04 del 14 settembre 2006 (*Elmeke*) e di cui alla causa C-183/14 del 9 luglio 2015 (*Salomie e Oltan*).

Si tratta, tuttavia, di una questione delicata, essendo noto che, recentemente, l'Agenzia delle entrate, a seguito della sentenza resa dalla Corte UE nella causa C-449/17 del 14 marzo 2019, ha escluso, con effetto retroattivo, l'esenzione da Iva applicata dalle autoscuole per l'attività di insegnamento, teorica e pratica, finalizzata al conseguimento delle patenti di guida¹⁵.

Euroconference
Editoria

DICHIAARATIVI 2020

! « (ACQUISTALI OGGI) »
E RISPARMI IL **5%**

IRAP 2020 770/2020 MODELLO REDDITI 2020 SOCIETÀ DI CAPITALI REDDITI 2020 SOCIETÀ DI PERSONE REDDITI 2020 PERSONE FISICHE REDDITI 2020 PERSONE FISICHE 730/2020 DICHIARAZIONE IVA 2020

SCOPRI IL CATALOGO

Si segnala che la spedizione degli ordini cartacei è sospesa fino a data da destinarsi. Verranno anticipati i pdf, la spedizione verrà effettuata ad emergenza rientrata.

¹⁵ Cfr. [risoluzione n. 79/E/2019](#).

Euroconference NEWS

L'INFORMAZIONE QUOTIDIANA DA PROFESSIONISTA A PROFESSIONISTA

Il quotidiano telematico di Euroconference
diretto da **Sergio Pellegrino** e **Giovanni Valcarenghi**

**NOTIZIE E APPROFONDIMENTI
PER I PROFESSIONISTI DI TUTTA ITALIA**

Iscriviti alla mailing list e
rimani informato su tutte le news
www.ecnews.it



EDITORE E PROPRIETARIO

Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE

Fabio Garrini

DIREZIONE E COORDINAMENTO SCIENTIFICO

Gianluca Cristofori

COMITATO DI REDAZIONE

Giulio Andreani Guido Bevilacqua
Riccardo Borsari Massimo Buongiorno
Sergio Pellegrino Giovanni Valcarenghi

REDAZIONE

Milena Martini

Autorizzazione del tribunale di Verona n.1899 del 4 gennaio 2011
Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n.28049
ISSN 2039-6538

SERVIZIO CLIENTI

Per informazioni sull'abbonamento scrivere a:
circolari@euroconference.it

SITO INTERNET

Per informazioni e ordini:
www.euroconference.it/editoria

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata, accessibile tramite le proprie credenziali dal link:

http://www.euroconference.it/area_riservata_login.

In caso di smarrimento delle password è possibile utilizzare la funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella pagina di login.

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE

Mensile

Vendita esclusiva per abbonamento

ABBONAMENTO ANNUALE 2020

Euro 165 Iva esclusa

Per i contenuti di "La rivista delle operazioni straordinarie" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III del titolo III della legge 22.04.1941 n.633 e succ. mod.

Tutti i contenuti presenti sul nostro sito web e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.