

LA RIVISTA DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Mensile di approfondimento dedicato alla gestione straordinaria di imprese e società

Diritto e società

Commento sulle clausole statutarie c.d. *russian roulette* (orientamento Consiglio notarile di Firenze n. 73/2020)

di Giuseppe de Falco 2

La tutela dei titolari di partecipazioni di minoranza nelle Spa e nelle Srl nelle operazioni di fusione e scissione, nonché i possibili rimedi esperibili anche in sede giurisdizionale

di Giulia Eduardo 26

Tributi e accertamento fiscale

Operazioni straordinarie d'impresa: le novità della "Legge di Bilancio 2022"

di Gianluca Cristofori e Domenico Santoro 37

Società agricole: la trasformazione da società di capitali in società semplice

di Fabio Giommoni e di Luigi Scappini 46

Il regime dell'Iva di gruppo in caso di scissione

di Marco Peirolo 55

Adempimenti e procedure

Il ruolo del Durc nelle operazioni straordinarie

di Riccardo Giroto 64

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2022

Commento sulle clausole statutarie c.d. *russian roulette* (orientamento Consiglio notarile di Firenze n. 73/2020)

di Giuseppe de Falco - avvocato

Due interventi giurisprudenziali hanno riaperto l'interesse per la clausola c.d. russian roulette, oggetto di una recente massima del Consiglio notarile di Firenze che ne considera lecito l'inserimento in statuto, anche in mancanza delle cautele e dei limiti invocati per converso da parte della dottrina e da massime di altri Consigli notarili.

Clausole di prevenzione/risoluzione dello stallo che non incidono sulle partecipazioni sociali

Il Consiglio notarile di Firenze affronta con 2 diverse massime e in modo pressoché esaustivo il tema delle clausole antistallo apposte negli statuti. Prendendo le mosse da una sorta di iniziale *summa divisio* delle clausole di prevenzione e risoluzione dello stallo lungo la direttrice rappresentata dall'incidenza che le stesse hanno sui patti parasociali, l'orientamento n. 72/2020 si occupa di esaminare le clausole che contengono un meccanismo o un incentivo anti stallo senza coinvolgere l'assetto proprietario e, quindi, le partecipazioni sociali detenute dai soggetti interessati dalla paralisi societaria mentre l'orientamento n. 73/2020 analizza la legittimità di una specifica clausola (c.d. *russian roulette*) che mira a risolvere il conflitto endosocietario con un meccanismo necessariamente espulsivo in forza del quale l'assetto proprietario della società esce definitivamente trasformato.

Si tratta di clausole che operando su piani diversi e anche con profondità diverse, possono coesistere o operare progressivamente, di modo che, ad esempio, lo stallo registratosi a livello amministrativo e in quella sede non risolto, migri verso il livello assembleare dove potrebbe trovare una diversa soluzione oppure rimanere intatto dando la stura all'ingresso di meccanismi più radicali, quali quelli rappresentati dalla clausola *russian roulette*, *buy sell agreement*, *call* e *put* o consimili meccanismi generati dalla fantasia degli operatori, il cui esito è una ridefinizione degli assetti proprietari.

Preliminarmente è opportuno chiarire che circa la nozione di "stallo"¹ in ambito societario non esiste una definizione normativa. Purtroppo, l'ordinamento conosce l'ipotesi in cui la società può essere colpita da una condizione di paralisi interna che conduca allo scioglimento.

¹ Il termine stallo corrisponde a una situazione particolare del gioco degli scacchi in cui il re è impossibilitato a muoversi senza finire sotto scacco pur non essendo sotto scacco al momento della mossa e nella casella in cui si trova. È dunque una situazione in cui un giocatore è

Clausole che incidono sulle partecipazioni sociali: “russian roulette”

La massima n. 73/2020 del Consiglio notarile di Firenze si esprime specificamente sulla clausola denominata “russian roulette” dichiarandone la legittimità².

Si tratta di una clausola che prevede, al ricorrere di una situazione di stallo previamente individuata, la possibilità per entrambi i soci³ oppure per uno di essi, già individuato nella clausola, ossia il proponente, di determinare il prezzo della partecipazione sociale dell'altro socio proponendosi di acquistarla con comunicazione inviata all'altra parte, oblata, la quale dispone di un periodo variabile per decidere se accettare la proposta vendendo al prezzo di offerta oppure di acquistare a quello stesso prezzo la partecipazione del proponente. La clausola si preoccupa poi di qualificare l'eventuale silenzio dell'oblato, come assenso o dissenso, in guisa da consentire in ogni caso il trasferimento dell'intera partecipazione in capo a un solo socio il quale diventerà titolare esclusivo del capitale sociale. Si tratta di un rimedio estremo e definitivo che supera il *deadlock* sostanzialmente eliminando l'alterità dei soci. In sostanza la “russian roulette” è una delle manifestazioni particolari di quel novero di “buy/sell provisions” che consistono in una procedura, al termine della quale uno dei soci acquisirà la partecipazione dell'altro senza che, all'avvio della procedura, nessuno dei 2 sappia se sarà l'acquirente o il venditore^{4 5}.

Nella prassi internazionale, si tratta di un modello di clausola molto diffuso, segnatamente nelle società

obbligato a muoversi ma non può, e che viene risolta considerando la partita come “patta” ossia con l'attribuzione di 1/2 punto a ciascuno dei contendenti. Allo stesso modo, una società in condizioni di stallo, pur essendo obbligata a svolgere la propria attività (sotto pena di liquidazione dell'ente), non è in grado di farlo per la paralisi decisionale dei suoi organi.

² “La clausola statutaria c.d. “roulette russa”, finalizzata a risolvere una situazione di stallo decisionale, è legittima indipendentemente dalla previsione di un meccanismo di predeterminazione del prezzo della partecipazione oggetto del trasferimento; in particolare, la validità della clausola non soggiace alla condizione che siano indicati criteri da seguire per la determinazione del prezzo e che quest'ultimo sia almeno pari al valore di liquidazione della partecipazione spettante al socio receduto ai sensi degli articoli 2437-ter e 2473, cod. civ..”

³ La clausola è tipica delle *joint venture* in cui vi siano 2 soli soci con una partecipazione paritaria.

⁴ Stevens A. Carey, “Buy-sell provisions in real estate joint venture agreements”, in *Real Prop. Prob. & Tr. J* 651, 2005, pag. 708 si è divertito a elencare i vari e fantasiosi nomi con cui sono conosciute nella prassi del mondo degli affari le clausole “buy/sell”: “Chinese or Phoenician option”, “Chinese wall clause”, “Cut Throat Provisions”, “Dynamite or Candy Bar Method”, “joint venture roulette”, “put-call” (anche se, in questo caso, ciascuno conosce la propria posizione di partenza come venditore o acquirente), “Russain Roulette”, “shotgun”, “slice of the pie procedure or clause”, “Solomon’s option” or “Solomon’s choice” procedure, “Texas draw”. I “buy/sell agreements” sono tipicamente uno degli strumenti di uscita dalla *joint venture* assieme alla liquidazione della società, la vendita con diritto di prelazione dell'altro socio, la vendita accompagnata da *drag along* o *tag along provisions*, la combinazione di *put and call options* quando è noto dall'inizio chi intende uscire dalla JVC come venditore, aste ristrette (*closed auctions*) in cui i soci si misurano in un'asta con rilanci reciproci per l'acquisto della partecipazione altrui.

⁵ Se in generale accade nel modello classico che una parte (socio A) propone l'acquisto o la vendita del 50% della società all'altra parte (socio B) che ha il diritto di scegliere se divenire proprietario del 100% o di uscire dalla società, si possono tuttavia riscontrare nella pratica innumerevoli varianti. Ad esempio, nella clausola *Texas shoot out* il socio A propone l'acquisto della partecipazione del socio B al prezzo determinato da A, ma B ha la facoltà di accettare o, in alternativa, di rifiutare rilanciando con un incremento proporzionale minimo e così via innescando un'asta competitiva oppure la stessa clausola può prevedere che si faccia ricorso a un terzo arbitratore che riceve offerte sigillate delle 2 parti e aggiudica la partecipazione all'offerta più alta o a quella più vicina all'equo valore (“fair value”) stabilito dall'arbitratore. A rovescio, come in uno specchio, nella clausola *sale shoot out*, il socio A propone la vendita della propria partecipazione e, se B rifiuta di acquistare, dovrà offrire la propria partecipazione ad A, a un prezzo più basso, e così via. Nella clausola di “deterrent approach”, invece, viene fissato un prezzo ragionevole dell'azione secondo un meccanismo statutario (anche mediante un terzo arbitratore). Chi subisce l'iniziativa della clausola, la parte B, nel nostro esempio, potrà acquistare la partecipazione del socio A al prezzo equo definito, ridotto di una percentuale già stabilita in statuto (ad esempio, il 20%), oppure vendere la sua partecipazione ad A al medesimo prezzo ma incrementato della percentuale pre concordata.

a partecipazione paritetica in cui convergono gli interessi comuni di sviluppo di progetti industriali complessi (“*joint venture company*”) o anche, più in generale, nel *venture capital*, per garantire l’uscita dell’investitore e nelle società chiuse⁶.

L’ampia diffusione di queste clausole in tale ambito ha indotto ad affermare che il loro mancato inserimento possa costituire un caso di responsabilità professionale del *counsel*⁷ nei confronti dei propri clienti.

In Europa, prima che in Italia, la clausola in esame è stata vagliata da alcuni Tribunali.

La Corte d’Appello di Vienna ha ritenuto legittima una clausola di *russian roulette* introdotta in statuto in funzione antistallo⁸ proprio per via dell’equilibrio intrinseco della clausola che contiene spinte e contospinte tese a una corretta decisione sul prezzo del bene compravenduto o, quantomeno, a evitare svantaggi irragionevoli⁹.

La Corte d’Appello di Parigi ha invece rigettato l’impugnazione di uno dei paciscenti di una clausola *buy/sell* da questi ritenuta non valida in quanto effettiva clausola di esclusione di un socio non inserita nello statuto. La Corte francese¹⁰ ha respinto l’argomento perché l’esclusione del socio consisterebbe in una sanzione, mentre la clausola di *buy/sell* sarebbe solo un meccanismo di uscita dalla società liberamente convenuto dalle parti¹¹.

In Italia, la legittimità della clausola era già stata vagliata dal Consiglio notarile di Milano¹² secondo cui questo genere di clausole è lecito purché compatibile “*con il principio di equa valorizzazione della partecipazione obbligatoriamente dismessa*”. Conclusione coerente con l’analoga valutazione fatta dal medesimo Consiglio notarile di Milano con riferimento alle clausole statutarie di “*drag along*”¹³.

La massima del Consiglio notarile di Firenze supera questa posizione e ritiene che la clausola in esame sia legittima a prescindere dall’indicazione di criteri di determinazione del prezzo e dall’individuazione

⁶ Le clausole *buy/sell* sono impiegate nei Paesi in cui hanno conosciuto un notevole e diffuso sviluppo per diverse finalità di cui il superamento dello stallo è solo una, spesso la principale. Esse possono essere legate infatti anche come rimedio avverso l’esercizio di un “*override right*” (diritto riconosciuto a un *partner* della JVC di imporre la propria decisione all’altro); oppure avverso un inadempimento; oppure quando non siano stati raggiunti certi risultati attesi; oppure ancora nei casi di cambio di controllo di uno dei *partner*.

⁷ Ciò è senza dubbio vero per la prassi americana: “*Actually, the buy/sell clause is considered to be such an essential part of partnership agreements, that a lawyer who fails to recommend to his clients one could be accused of malpractice*” (in tal senso M. A. De Frutos, T. Kittsteiner, “*Efficient partnership Dissolution under Buy-sell clauses*”, in RAND Journal of Economics n. 39/2008, pag. 184 e ss.).

⁸ L’informazione si rinviene nel *paper* di H. Fleischer, S. Schneider in “*Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations. An Approach from Comparative Law and Economic Theory*”, Max Planck Institut for Comparative and International Private Law, Hamburg, *paper* 11/13, pag. 43.

⁹ “*Unreasonable disadvantage*” è il termine usato da H. Fleischer, S. Schneider in “*Shoot-out clauses in Partnerships and Close Corporations. An Approach from Comparative Law and Economic Theory*”, Max Planck Institut for Comparative and International Private Law, Hamburg, *paper* 11/13, pag. 44. Questa posizione si avvicina molto a chi ritiene che le clausole *buy/sell* possano essere censurate solo nei casi in cui in concreto generino un risultato iniquo, come sarà meglio detto più avanti nel paragrafo “*Abuso vs. Invalidità*”.

¹⁰ La cui decisione CA Paris, 15 dicembre 2006, è riportata in Revue Trimestrelle Droit Commercial, 2007, pag. 170.

¹¹ CA Paris, *cit.*, “*Une telle condition n’a rien d’illicite; la sortie de la société, conséquence del la mise en ouvre de l’engagement, n’est pas un sanction et n’est pas imposée puisqu’elle a été librement acceptée*”.

¹² Consiglio notarile di Milano massima n. 181.

¹³ Consiglio notarile di Milano massima n. 88.

di una valorizzazione minima della partecipazione alienata pari al prezzo di liquidazione (articoli [2437-sexies](#) e [2473-bis](#), cod. civ.).

Le decisioni del Tribunale e della Corte di Appello di Roma

La motivazione dell'orientamento fiorentino è sorretta da puntuali riferimenti all'articolata argomentazione della pronuncia del Tribunale di Roma del 19 ottobre 2017, seguita dalla conferma in appello¹⁴. L'analisi delle decisioni, specie quella del Tribunale di Roma, consentirà di comprendere la massima in commento e, altresì, di individuarne eventuali criticità.

Il caso affrontato dal Tribunale di Roma riguardava una società immobiliare, proprietaria di un terreno interessato da uno sviluppo prospettico, e veicolo di 2 soci, uno dei quali, il socio B, subentrava a un socio originario acquistandone la relativa partecipazione dall'altro, socio A, sicché A e B venivano a detenere ciascuno il 50% del veicolo. Contestualmente all'acquisto della partecipazione (finanziato dalle banche e dalla stessa dilazione di prezzo concessa dal venditore) il socio B e il socio A stipulavano un patto parasociale di durata quinquennale.

In caso di stallo, incluso il caso di mancato rinnovo del patto parasociale alla scadenza, sarebbe scattata la clausola qui esaminata.

E in effetti poiché il socio B non esprimeva nel termine fissato dai patti parasociali, la volontà di rinnovarli, il socio A, avvalendosi della clausola in esame, determinava il prezzo del 50% della società veicolo sulla base del parere di un valutatore. Il socio B chiedeva quindi di accedere alla valutazione aziendale alla cui consegna il socio A si opponeva diffidando il socio B dallo scegliere se acquistare o vendere al prezzo indicato. Da ultimo, il socio B accettava di vendere e le parti concordavano il trasferimento calcolando sostanzialmente la compensazione tra il prezzo dovuto e i debiti di B¹⁵ verso A ai fini dell'acquisto della partecipazione.

Quindi, come visto, la clausola scrutinata dalla sentenza dai giudici di Roma era contenuta in un patto parasociale e non nello statuto della società veicolo.

Il ragionamento del giudice romano (condiviso dalla massima notarile in commento) è articolato ma sostanzialmente riassumibile come segue:

1. la clausola è meritevole di tutela ex [articolo 1322](#), cod. civ. poiché è dettata dall'intento di risolvere una situazione di stallo che potrebbe portare alla liquidazione della società e, quindi, alla dissoluzione dell'impresa e del suo valore;

¹⁴ Corte d'Appello di Roma, n. 782/2020.

¹⁵ Debiti contratti da B nei confronti di A (inclusa una dilazione di pagamento) proprio per l'acquisto del 50% della società da A.

2. la clausola non è nulla per indeterminatezza dell'oggetto, né rimette al mero arbitrio di una parte la determinazione dell'oggetto. Il meccanismo di determinazione del prezzo, secondo il Tribunale, è infatti intrinsecamente equilibrato poiché la parte che fissa il valore della partecipazione (anche propria) opera "al buio", ossia non sa se figurerà come venditore o compratore della stessa. Ne consegue che se fissa un prezzo troppo basso induce la controparte ad acquistare la partecipazione del proponente, mentre se stabilisce un prezzo troppo alto si potrebbe trovare nelle condizioni di pagare un ammontare superiore al valore effettivo del bene acquisito;
3. la fissazione unilaterale del prezzo non è una condizione meramente potestativa, trattandosi di valutazione non arbitraria ma legata a ponderate valutazioni di convenienza economica e strategica e, quindi, guidata da "seri e apprezzabili motivi". D'altro canto, il socio titolare del 50% di una società che si veda offrire un prezzo non congruo ha necessariamente gli strumenti critici per fare una propria valutazione;
4. la questione della validità della clausola "russian roulette" deve tenersi distinta dall'ipotesi dell'abusivo uso della medesima, sicché una previsione del tipo considerato sarebbe nulla solo se il meccanismo ipotizzato nella clausola conducesse necessariamente alla formazione di un prezzo iniquo e non quando la formazione di un prezzo iniquo sia il frutto di manovre speculative o dello sfruttamento di asimmetrie informative;
5. non possono richiamarsi a proposito della "russian roulette" gli argomenti utilizzati per applicare i principi di calcolo della liquidazione del socio uscente o soggetto a riscatto alle clausole di "drag along", perché quest'ultime hanno struttura e finalità diverse da quelle della "russian roulette";
6. anche se esistesse un principio di valorizzazione equa della partecipazione del socio uscente, i criteri dettati dall'[articolo 2437-ter](#), cod. civ. non sarebbero applicabili poiché il mancato superamento del *deadlock* condurrebbe allo scioglimento della società e, quindi, a un valore della quota per l'ipotesi di liquidazione dell'ente, non a un valore proprio della liquidazione del socio recedente o le cui azioni siano oggetto di riscatto;
7. la parte può liberamente accedere a un regolamento contrattuale (i patti parasociali) rinunciando ad alcune tutele dell'ordinamento, salvo l'ipotesi in cui il meccanismo della clausola sia necessariamente iniquo;
8. l'iniquità del prezzo, se dimostrata, potrebbe al più valere come indizio di un abuso ai danni del socio oblatore la cui sussistenza richiede però anche un approfittamento consapevole da parte del socio proponente; in tal caso il socio pregiudicato dall'uso abusivo della clausola potrebbe chiedere il risarcimento dei danni o far valere l'*exceptio doli generalis*;
9. la pattuizione non viola il divieto di patto leonino ([articolo 2265](#), cod. civ.) poiché essa risponde a

una funzione antistallo, attivabile solo a determinate condizioni e comunque a un prezzo non predeterminato;

10. la clausola non viola l'[articolo 2341-bis](#), cod. civ. sulla durata legale dei patti parasociali imponendo surrettiziamente una durata effettiva maggiore di quella massima, poiché la clausola in parola ha la funzione di stabilizzare la società assicurando la continuità dell'impresa in una situazione in cui, venuto meno il patto, vi sarebbe una situazione di stallo; inoltre, essendo l'opzione bilaterale ciascuna delle parti avrebbe avuto la possibilità di acquistare l'intera partecipazione.

Queste motivazioni sono state pienamente confermate dalla sentenza di appello che non ha mancato tuttavia di sottolineare la natura parasociale del vincolo in questione. Più che nella decisione di primo grado, nella sentenza della Corte d'Appello (§ 4.3) i giudici hanno sottolineato che quella giurisprudenza o quelle massime notarili richiamate¹⁶ dalla parte attrice/appellante per sostenere la necessità di un principio di equa valorizzazione in presenza di clausole di “*drag along*” riguardavano clausole statutarie e non patti parasociali.

Massima n. 181 del Consiglio notarile di Milano

La massima n. 181 del Consiglio notarile di Milano, da una prospettiva speculare, ha precisato che il problema della legittimità di una clausola del genere “*russian roulette*” non si pone in ambito parasociale “*là dove non sussistono limiti normativi espressi alla libertà negoziale delle parti di programmare le condizioni economiche di un contratto di scambio che vincola solo le parti stesse*”.

Poiché si tratta di proteggere in ogni caso il socio uscente, sostiene la citata massima, al socio oblato della “*russian roulette*” spettano i medesimi diritti di valorizzazione equa della partecipazione in forza di un'analogia di condizioni con il socio recedente ([articolo 2437](#), cod. civ.) o quello forzato da riscatto ([articolo 2437-sexies](#), cod. civ.) a prescindere dalla specifica finalità perseguita dalla clausola.

D'altro canto, dal punto di vista strutturale non appare esservi una significativa diversità tra una clausola di “*drag along*” combinata con una prelazione in favore dei soci “*trascinati*”¹⁷ e una clausola “*russian roulette*”, sicché non è certo la direzione biunivoca delle opzioni a poter fondare l'insussistenza dell'analogia delle situazioni con quelle disciplinate dalle disposizioni in tema di recesso del socio.

La posizione del notariato milanese è dunque di ritenere invalida solo una clausola statutaria (sia essa

¹⁶ Tribunale di Milano, 1° aprile 2008; Tribunale di Milano, 22 dicembre 2014, in *Le società*, 8-9/2015; il lodo arbitrale Mazzoni del 29 luglio 2008 che ha deciso in modo definitivo sulla questione affrontata in sede cautelare da Tribunale di Milano, 1° aprile 2008. Consiglio notarile di Milano, massima n. 181.

¹⁷ Difatti, in una pattuizione così congegnata, il socio di minoranza che si è obbligato a vendere le azioni al terzo assieme al socio di maggioranza, avrebbe la facoltà (il diritto di prelazione) di acquistare la partecipazione del socio di maggioranza al medesimo prezzo e, quindi, si trova sostanzialmente nell'alternativa di acquistare o vendere a un prezzo indicato da altri, in questo caso da un terzo estraneo alla pattuizione.

di “*drag along*” o di “*russian roulette*” o analoga clausola di riassetto proprietario) che impedisca l'adozione dei criteri legali (o quelli convenzionali leciti) di valorizzazione della quota del socio uscente e quindi la remunerazione minima del socio che abbandona la società.

La massima del Consiglio notarile di Firenze

La massima del Consiglio notarile di Firenze che qui si commenta sposa integralmente, in contraddizione con l'orientamento dell'omologo organo meneghino, la posizione del Tribunale di Roma applicandone le conclusioni anche alle clausole statutarie. La massima rimarca pure la circostanza secondo cui l'esistenza di un *floor* legale, pari alla valorizzazione della quota del socio recedente, potrebbe vanificare del tutto l'effetto antistallo della clausola.

La soluzione fiorentina poggia su 2 considerazioni inerenti a profili strutturali e funzionali:

- a) in primo luogo, sotto il profilo strutturale la clausola “*russian roulette*” ha un'operatività biunivoca e un meccanismo intrinseco che favorisce la ricerca di un prezzo equilibrato;
- b) in secondo luogo, sotto il profilo funzionale la “*russian roulette clause*” ha il fine precipuo di superare un blocco endosocietario che condurrebbe alla paralisi e alla dissoluzione della società, mentre la clausola di “*drag along*” ha lo scopo di far partecipare il socio di minoranza al premio di controllo riconosciuto dal terzo con l'acquisizione della partecipazione di maggioranza.

La massima inoltre fa leva su quella parte delle decisioni (di primo e di secondo grado) dei giudici di Roma secondo cui la valorizzazione della quota del socio recedente richiede l'utilizzo di determinati criteri¹⁸, quali la consistenza patrimoniale della società, le prospettive reddituali della stessa ovvero il valore di mercato delle azioni, che appaiono stridenti con la condizione di potenziale scioglimento della società cui conduca il protrarsi della situazione di stallo che è invece presupposto dell'operatività della clausola di “*russian roulette*”.

Secondo la Corte d'Appello di Roma¹⁹ “*in assenza della clausola antistallo si giungerebbe allo scioglimento della società ed alla conseguente liquidazione, sicché non pare appropriato il richiamo ai parametri della consistenza patrimoniale, delle prospettive reddituali della società e dell'eventuale valore di mercato delle azioni*”.

Sebbene le parti siano libere di introdurre dei correttivi o delle cautele concernenti la congruità del prezzo al fine di evitare un uso abusivo della clausola da parte di uno dei paciscenti²⁰, la motivazione

¹⁸ Evidenziati nell'articolo 2437-ter, comma 2, cod. civ..

¹⁹ Corte d'Appello di Roma n. 782/2020, § 4.3.

²⁰ La motivazione della massima n. 73/2020 che qui si commenta menziona non solo l'introduzione, allo scopo, di criteri obiettivi di determinazione del prezzo, ma anche la previsione di un sufficiente arco temporale per consentire all'oblato di fare la propria scelta e di pagare il prezzo, usufruendo del tempo necessario a reperire le risorse finanziarie necessarie a far fronte all'obbligo di pagamento. Val la pena di notare che in un

della massima in commento, uniformandosi alla pronuncia del Tribunale romano, ritiene che detti contrappesi non siano decisivi per considerare valida la clausola e che l'uso distorto del meccanismo che un socio possa artatamente sfruttare a danno dell'altro debba ricevere tutela sul diverso piano dell'abuso o della violazione dei canoni di correttezza e buona fede e quindi, in ultima analisi, dell'*exceptio doli*.

Una conclusione rafforzata dalla duplice circostanza che l'operatività della clausola di "*russian roulette*" trova radicamento in una situazione di stallo cui concorrono ambo le parti, parti che sono pienamente rappresentate all'interno della compagine sociale (sia in assemblea, sia nell'organo gestorio) e, quindi, protette dalla conoscenza che esse stesse hanno della società e del suo concreto valore.

Spunti critici. Aspetti strutturali e funzionali della clausola

Alcune considerazioni dispiegate nella motivazione della massima appaiono di incerto fondamento. In particolare, quanto alle differenze strutturali tra le clausole di "*drag along*" e le clausole antistallo con effetti sugli assetti proprietari, si è visto che la clausola "*russian roulette*" o del "*cowboy*" non è dissimile da una clausola "*drag along*" con un diritto di prelazione, dove egualmente il socio beneficiario della prelazione può decidere se vendere o acquistare la partecipazione oggetto del potenziale trasferimento. Ancora maggiore perplessità suscita la differenziazione funzionale poiché anche la clausola "*drag along*" ha una finalità di stabilizzazione della proprietà dal momento che essa mira sì, attraverso l'alienazione dell'intero capitale sociale, a favorire la circolazione della partecipazione nel mercato²¹, ma solo in modo che i terzi acquirenti non siano dissuasi dalla prospettiva di dover condividere la gestione della società con una minoranza eventualmente ostile²². Per altro verso, la clausola "*russian roulette*", seppure intervenga nel presupposto dell'esistenza di uno stallo, non mira, di per sé, a superare il "*deadlock*" ma, almeno in via mediata se non ultima, a eliminare uno dei 2 soci, a provocare l'uscita di uno di essi per effetto del fallimento della *joint venture*²³.

precedente del Tribunale di Milano (ordinanza del 31 marzo 2008, in *Le società*, n. 11/2008, con nota di C. Di Bitonto, "*Clausola statutaria c.d. drag along: chi era costei?*", pag. 1373 e ss.), sebbene espressosi in sede cautelare, il giudicante ha ritenuto che, in presenza di una clausola biunivoca di *drag along* con diritto di prelazione in favore dell'azionista "*trascinato*" (meccanismo fortemente simile alla clausola del "*cowboy*" o "*russian roulette*"), un termine di appena 15 giorni per l'organizzazione di una cordata alternativa per l'acquisto della partecipazione mediante l'esercizio del diritto di prelazione fosse solo una teorica evenienza insuscettibile di preservare la validità della clausola.

²¹ B. Szego, "*Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi dell'adeguatezza dell'ordinamento italiano*", in *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 55, Banca d'Italia, 2002, 27 e 49-51. La finalità di omogeneità dell'indirizzo gestionale è ben sottolineata da V. Donativi, "*Strumenti di corporate governance nel rapporto tra fondi di private equity e PMI*", in *Banca, borsa e titoli credito* 2008, pag. 205 e ss..

²² La finalità di stabilizzazione degli assetti proprietari della società interessata non sfugge alla motivazione dell'ordinanza del Tribunale di Milano del 2008 secondo cui: "...il diritto di exit del socio di maggioranza - che si ammetta rispondente anche ad esigenze organizzative e di migliore gestione della società stessa in base alla libera ed autonoma valutazione ex ante dei soci - ...".

²³ Le incertezze che scaturiscono da una classificazione e, quindi, da una qualificazione dei rapporti giuridici in dipendenza di aspetti teleologici o funzionali che nella loro genericità o plurifunzionalità sono suscettibili di interpretazioni molto varie, è testimoniata dal fatto che alcuni commentatori, proprio sulla scorta di detti profili teleologici, giungono a conclusioni opposte a quelle rivendicate dal Tribunale di Roma e dall'orientamento in esame. P. Divizia, "*Patto di opzioni put and call*", in *Le società*, n. 3/2017, pag. 345, afferma infatti: "*Un sicuro esempio di*

La finalità antistallo attribuita alla clausola di “*russian roulette*” e, quindi, lo scopo concreto con essa perseguito, costituisce invece la motivazione dominante della decisione del Tribunale di Roma, in più di un punto.

Inizialmente, a proposito della meritevolezza della clausola alla stregua dell'[articolo 1322](#), cod. civ., la sentenza sostiene che essa consentirebbe di “*risolvere le situazioni di impossibilità deliberativa di un organo*”²⁴.

Nel punto 8, affrontando la questione della determinazione del valore della partecipazione del socio uscente, la sentenza citata rileva che in mancanza del meccanismo antistallo, si dovrebbe registrare il valore della partecipazione in sede di liquidazione e, quindi, di dissoluzione dell'ente sicché nessun'analogia è proponibile con le clausole di *drag along*.

Chiamato a pronunciarsi poi sulla validità della clausola “*russian roulette*” condizionata alla mancata proroga dei patti parasociali, ancora una volta la decisione del Tribunale di Roma (§ 10) riposa sulla finalità antistallo della previsione pattizia in parola²⁵.

E tuttavia, proprio la decisione commentata ritiene meritevole di tutela una clausola antistallo in quanto finalizzata a prevenire lo scioglimento della società dovuto all'impossibilità di funzionamento dell'assemblea²⁶, laddove la clausola in parola, nel caso esaminato dal Tribunale di Roma, non agisce nemmeno a livello di stallo consiliare²⁷ ma, addirittura, sin dal momento fortemente anticipato del mancato rinnovo dei patti parasociali, molto prima che si registri formalmente uno stallo di natura

patto parasociale “teleologicamente atipico” è quello che mira a risolvere situazioni di c.d. deadlock, ossia di stallo derivante dall'oggettiva impossibilità di un organo sociale di assumere una determinata deliberazione, con ciò determinandosi una impasse gestorio. In questa tipologia di patti, la soluzione allo stallo viene di regola trovata mediante l'attribuzione di un nuovo e diverso assetto alla società, quindi in linea di piena discontinuità rispetto al fine conservativo e stabilizzatorio sopra indicato (il caso emblematico è quello della clausola “Russian roulette”). Da questo consegue per l'Autore che una simile pattuizione colloca il patto parasociale fuori dall'ambito di operatività dell'articolo 2341-bis, cod. civ. quale patto parasociale atipico, cui non è applicabile il limite quinquennale di durata. Alla stessa conclusione l'Autore giunge quanto al riconoscimento di un'opzione *call*. Senonché questo genere di classificazioni appare molto limitato e incerto sia perché la stessa clausola che opera per la dissoluzione o il cambiamento degli assetti proprietari, opera indirettamente per la stabilità di governo (articolo 2341-bis, cod. civ. secondo cui i patti parasociali sono quelli che hanno il fine di “*stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società*”), sia perché nel medesimo patto possono esservi clausole che mirano alla stabilizzazione del governo sociale e altre che prevedano riassetti proprietari.

²⁴ Tribunale di Roma, 19 ottobre 2017, punto 6.

²⁵ “*Ad avviso del Collegio, il mancato rinnovo del patto parasociale può essere legittimamente assunto come ipotesi di stallo (trigger event): infatti, in una società pariteticamente partecipata, l'esistenza di un patto parasociale risulta se non indispensabile, certamente importante per garantire la continuità dell'attività imprenditoriale perché consente di disciplinare alcuni aspetti dell'organizzazione sociale sui quali un accordo assembleare potrebbe essere assai problematico*”.

²⁶ L'articolo 2484, cod. civ. prevede, infatti, tra le cause di scioglimento la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, salvo l'intervento dell'assemblea che adotti le opportune modifiche statutarie (articolo 2484, comma 1, n. 2, seconda parte, cod. civ.), l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea (articolo 2484, comma 1, n. 3, prima parte, cod. civ.) e la continuata inattività dell'assemblea (articolo 2484, comma 1, n. 3, seconda parte). Le ipotesi sopra indicate hanno un fattore comune consistente nel radicare la scaturigine dello scioglimento dell'ente nell'organo assembleare, il quale non procede al mutamento dell'oggetto sociale ovvero è impossibilitato a funzionare o ancora perché è inattivo, ma sono anche ipotesi accomunate da caratteristiche di oggettività, continuità e sostanziale irreversibilità (se non di definitività nel caso di impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale) della condizione patologica che tale non sarebbe se di carattere transeunte, episodico o solo temporaneo.

²⁷ Secondo B. Sciannaca, “*Russian roulette clause*”, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 4/2019, pag. 875 e ss., nota a Tribunale di Roma, 19 ottobre 2017, sezione specializzata impresa, è decisivo nel ritenere lecita una causa di scioglimento basata sullo stallo consiliare il dettato facoltizzante dell'articolo 2484, comma 1, n. 7, cod. civ. secondo cui lo statuto o l'atto costitutivo potrebbero in tal senso prevedere (si veda anche nota 4 per ulteriori riferimenti).

assembleare, l'unico realmente prossimo allo scioglimento²⁸.

Suscita perplessità che 2 meccanismi che operano mediante tecniche del tutto simili (*drag along* con clausola di prelazione e “*russian roulette*”) possano essere diversamente valutati in ragione dello scopo cui tendono o si ritiene che debbano teoricamente tendere anziché secondo gli effetti che realmente producono. Accade così che la finalità antistallo operi come una sorta di *passé-partout* che risolve ogni incertezza applicativa, riducendo qualsiasi *trigger event* della clausola, ivi incluso il mancato rinnovo del patto parasociale, a possibile antecedente di un'inevitabile dissoluzione.

L'opzione ermeneutica prescelta dal Tribunale di Roma e condivisa dall'orientamento notarile fiorentino, finisce per imprimere in tal modo alla clausola “*russian roulette*” una spinta all'accelerazione del mutamento degli assetti proprietari, anziché una funzione dissuasiva antistallo²⁹.

Valorizzazione della partecipazione sociale oggetto della clausola di “*roulette russa*”

I dubbi sollevati in merito al contrasto della clausola qui esaminata con il principio di equa valorizzazione della partecipazione trovano il proprio antecedente nelle osservazioni formulate in giurisprudenza e in dottrina sulla clausola di *drag along* accompagnata dalla prelazione in favore del socio oblato.

In proposito l'ordinanza del Tribunale di Milano più volte richiamata ha concluso che l'esistenza del diritto di prelazione, ossia della possibilità teorica per il socio di minoranza proponente irrevocabile di una vendita (opzione “*call*”) nell'ambito di una clausola di “*drag along*” (che quindi abbia concesso un diritto di opzione sulle proprie azioni in favore del socio di maggioranza e condizionato alla proposta di acquisto di un terzo), non è sufficiente a garantire la congruità del prezzo di uscita del socio di minoranza.

Non verrebbe quindi assicurato il rispetto di un principio inderogabile dell'ordinamento, senz'altro emergente dalla normativa di diritto societario, secondo cui il soggetto espulso dall'ente, “*a fronte di diritti potestativi del socio o della società (esclusione, riscatto, sell out, squeeze out) stabiliti anche in considerazione di esigenze organizzative della società stessa, di individuare parametri rilevanti a seconda dei contesti per attribuire un valore non arbitrario all'azione*”³⁰.

²⁸ Ritiene invece che, in presenza di uno stallo consiliare e di una partecipazione paritetica o comunque duale, tipica di questo genere di clausole, attendere lo stallo assembleare sarebbe un “*inutile appesantimento della procedura*” B. Sciannaca, *op. cit.*, nota 6. Si può obiettare che la finalità di una misura antistallo così radicale è proprio quella dissuasiva che sarebbe vanificata se la clausola operasse in modo così rapido e anticipato.

²⁹ La clausola “*russian roulette*” è infatti considerata come tesa alla ridefinizione degli assetti proprietari e quindi estranea agli scopi dei patti parasociali tipizzati nell'articolo 2341-bis, da P. Divizia (*op. cit.* nota 22).

³⁰ Tribunale di Milano 31 marzo 2008, in *Le società*, *cit.* pag. 1377.

Sotto diverso profilo, più squisitamente civilistico, altri³¹ ha posto in dubbio la stessa legittimità di un arbitratore di parte, ossia di una previsione negoziale in cui una parte stessa del contratto determini l'oggetto del negozio³².

A ciò il Tribunale di Roma reagisce ravvisando proprio nell'equilibrio formale e intrinseco della clausola di "russian roulette" la garanzia di un processo di valorizzazione bilanciato.

In sostanza, secondo il giudice romano - che comunque considera le 2 clausole differenziate strutturalmente e funzionalmente e, quindi, non sussumibili nell'applicazione analogica delle medesime disposizioni in materia di recesso o altra uscita forzata dalla società - il limite estrinseco di questo genere di clausole non è rappresentato da un inesistente principio di equa valorizzazione della partecipazione del socio e nemmeno da un possibile effetto iniquo dell'applicazione concreta della clausola, ma solo dalla manifesta iniquità del meccanismo stesso della pattuizione (se e quando ricorra). A riprova di ciò la sentenza del Tribunale di Roma menziona proprio l'[articolo 1349](#), comma 1, cod. civ., oggetto di rinvio nell'[articolo 2437-ter](#), cod. civ.³³, il cui combinato disposto comporta che la determinazione del terzo arbitratore circa il valore delle azioni del socio receduto, possa essere oggetto di impugnativa solo nei casi di manifesta iniquità o erroneità^{34 35}.

Circa la critica alla liceità di una clausola secondo cui la stessa parte del contratto funga da arbitratore ex articolo 1349, cod. civ., la sentenza in commento correttamente pone l'accento sul mutato atteggiamento giurisprudenziale in merito alle condizioni meramente potestative, ritenute effettivamente tali solo allorché in concreto l'evento volontario sia rimesso al mero e indifferente arbitrio della parte e non frutto di scelte serie e ponderate del soggetto interessato³⁶. E quindi anche

³¹ Di C. Bitonto, *op. cit.*, pag. 1383 che cita in proposito la posizione di D. Rubino, in "La compravendita in Trattato di diritto civile e commerciale", Milano, 1962, pag. 253.

³² Tuttavia, questo stesso autore (C. Di Bitonto, *op. cit.*, nota 38, pag. 1383 dove si rinvengono riferimenti dottrinali) avverte come la dottrina più recente risulti orientata in senso più liberale.

³³ Dettato proprio in tema di recesso del socio.

³⁴ L'argomento è impiegato da C. Giampaolino, in "Clausola di covendita (drag-along) ed "equa" valorizzazione dell'azione", in Banca, borsa e tit. cred., fasc. 4/2009, pag. 523 e ss. in sede di commento al lodo arbitrale Mazzoni del 2008 con cui si decideva appunto della validità della clausola di *drag along* con prelazione, già valutata come illecita da Tribunale di Milano 2008, più volte citata. Se il lodo citato considera illecita la clausola di *drag along* quando in concreto attribuisca al socio di minoranza "trascinato" un prezzo inferiore al valore di recesso e quindi in violazione dell'articolo 2437, comma 6, cod. civ., l'Autore qui citato nota che la determinazione del prezzo di una compravendita effettuata con un terzo, è estranea al presupposto strutturale e funzionale di un recesso o di un riscatto o consimili ipotesi (come ad esempio in ipotesi di *squeeze out*) per cui se vi fosse una differenza apprezzabile tra il valore della partecipazione desumibile dai criteri dettati in tema di recesso e il prezzo offerto dal terzo, vi sarebbe un indizio di iniquità, di collusione tra socio di maggioranza e terzo o di abuso senza poter chiamare in causa la validità della clausola.

³⁵ Il riferimento all'"erroneità" e all'"iniquità" nonché all'aggettivazione forte ("manifesta") è interpretata come ampia discrezionalità delle valutazioni di merito da parte dell'arbitratore. In questo senso è orientata la giurisprudenza di legittimità e di merito. Corte di Appello di Torino, 5 maggio 2020, n. 468/2020 ha, ad esempio, affermato che: "la - ampiamente motivata - differenza di metodo utilizzata dall'esperto rispetto a quella suggerita nella relazione [del CdA della società] non è elemento che possa indurre a ritenere sussistente la "manifestata iniquità o erroneità della determinazione" prevista dall'articolo 1349, cod. civ. al fine di poter contestare la valutazione dell'esperto e chiederne la revisione giudiziale, tanto più che tra detta valutazione (16,80 euro ad azione) e quella dell'esperto (una forchetta da 13 euro a 14 euro) non sussiste un divario così rilevante".

³⁶ La sentenza del Tribunale di Roma cita Cassazione n. 11774/2007 e n. 18239/2014. L'orientamento è confermato anche in decisione più vicine nel tempo, come Cassazione n. 17380/2021. Tra le decisioni di merito si segnala la conforme sentenza dello stesso Tribunale di Roma n. 5997/2020.

nel caso della clausola della “*roulette russa*”, la decisione del proponente che attiva il meccanismo di alienazione (o per essere il soggetto che per primo può iniziare il procedimento o per essere quello che per primo, in termini cronologici, vi proceda) e proceda alla fissazione del prezzo, lo farà a ragion veduta, soppesando con cautela in un gioco di convenienze e di calcoli, l’opportunità e il rischio di essere estromesso dalla società ovvero di acquisirla *in toto*. In conclusione, la decisione del proponente, sebbene soggettiva e unilaterale, è frutto di una valutazione seria e non indifferente degli interessi in gioco e non il risultato di un capriccio immotivato.

È quindi da esaminarsi la clausola in commento sotto il duplice profilo della compatibilità con i requisiti di determinatezza e determinabilità dell’oggetto del contratto, specie se rimesso alla valutazione di un soggetto che è parte del contratto stesso e con un preteso principio di equa valorizzazione della partecipazione sociale, fatto proprio dal Tribunale di Milano e dal Consiglio notarile della medesima città. Circa il primo profilo, ossia di una determinazione dell’oggetto successiva alla conclusione del contratto, mediante una riserva unilaterale o bilaterale, in effetti, l’opinione negativa tradizionalmente espressa in dottrina³⁷ e condivisa dalla giurisprudenza³⁸ è stata progressivamente scalzata da posizioni più liberali che ritengono invalida la medesima clausola solo quando legittimi scelte arbitrarie³⁹, ma non quando le caratteristiche del contratto o del soggetto decidente⁴⁰ sono tali da escludere una determinazione arbitraria⁴¹ oppure quando sono previsti criteri di ancoraggio oggettivo per la determinazione dell’elemento mancante. Alla stregua di questi elementi deve quindi concludersi che, di per sé, la determinazione dell’oggetto a opera di una delle parti non è vietata dall’ordinamento.

La sentenza del Tribunale di Roma giunge al medesimo risultato ricavando il limite dell’arbitrarietà da una sorta di parallelismo argomentativo con la condizione potestativa, lecita in quanto non rimessa al mero arbitrio della parte⁴².

Dalla differente prospettiva del diritto delle società, la clausola in commento è stata giudicata legittima e insuscettibile di patire il limite della valorizzazione obbligatoria di cui all’[articolo 2437-sexies](#), cod.

³⁷ D. Rubino, “*La compravendita*”, Milano, 1962, pag. 253 valorizzando il riferimento esclusivo al terzo contenuto nell’articolo 1349, cod. civ., ma presente anche negli articoli 1473, comma 1, e 2264, cod. civ. o comunque considerando nulla la riserva unilaterale di determinazione dell’oggetto salvo il consenso espresso *ex post* dall’altro contraente e quindi con una volizione bilaterale integrativa del contratto incompleto.

³⁸ Cassazione n. 6519/2007, in Foro.it., 2007, I, pag. 1699.

³⁹ R. Sacco, “*Il contratto*” in R. Sacco, G. De Nova, Trattato diritto Privato Rescigno, Torino, 2002, pag. 420; V. Roppo, “*Il contratto*”, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2001, pag. 356 e ss..

⁴⁰ A. Barenghi, “*L’oggetto del contratto*”, in Diritto Civile, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, volume III, Obbligazioni, Il Contratto in generale, Milano, pag. 365 cita i casi, decisi dalla giurisprudenza, in cui il CdA di società cooperativa edilizia aveva il potere di fissare le controprestazione a carico del socio per il godimento degli immobili della società.

⁴¹ N. Irti, “*Disposizione testamentaria rimessa all’arbitrio altrui*”, Milano, 1967, pag. 246 ritiene che debba escludersi il mero arbitrio ma non l’arbitrio puro ossia la scelta libera della parte condizionata solo da criteri selettivi comunque operanti in sede esecutiva, caso che ben si attaglia all’ipotesi in esame. Nello stesso senso A. Barenghi, *op. cit.* pag. 366 che richiama esemplificativamente le disposizioni degli articoli 1331, 1373, 1520, 1560, commi 1 e 2, 1834 e ss., 1842 e ss., 2333 e 2603, cod. civ..

⁴² B. Sciannaca, *op. cit.* pag. 4, giunge alla medesima conclusione argomentando invece dalla ricostruzione del meccanismo della clausola come espressione astratta di conflitto di interessi, *sub specie* di contratto con sé stesso, insussistente in concreto in ragione della incertezza sulla posizione che, da ultimo, il proponente ricoprirà (venditore o acquirente) e quindi del meccanismo “*al buio*” della clausola.

civ. a causa della diversità strutturale delle 2 fattispecie concrete. Nelle azioni riscattabili, l'azionista riscattato è in una posizione di mero *patis*, mentre l'oblato di una proposta di acquisto-vendita, ha la facoltà di acquistare la partecipazione altrui al medesimo prezzo fissato dal proponente.

Suscita perplessità invece l'argomento funzionalistico (e come tale fortemente opinabile) secondo cui la tutela dettata in materia di azioni riscattabili non ha lo scopo di risolvere lo stallo, che avrebbe invece la clausola di *roulette* russa.

Anche l'affermazione secondo cui la determinazione del valore della partecipazione condotto alla stregua dei criteri di cui all'articolo 2437-*sexies*, cod. civ. premierebbe il socio venditore che - in presenza dello stallo e dello scioglimento, potrebbe al massimo conseguire il valore di liquidazione della società⁴³ - appare viziato dalla prospettiva funzionalistica limitata alla soluzione dello stallo al punto che al giudice sembra sfuggire la prospettiva alternativa, ossia la funzione *lato sensu* traslativa della medesima clausola, tanto più in un caso dove la condizione di operatività non è rappresentata dalla ricorrenza vera e propria di uno stallo ma solo dal mancato rinnovo dei patti parasociali.

Abuso versus invalidità

Se dunque il meccanismo intrinseco della clausola non conduce necessariamente a un risultato iniquo e se non operano i limiti propri di un'equa valorizzazione dettati in tema di recesso o di azioni riscattabili, siccome i relativi presupposti delle diverse fattispecie risultano non comparabili, la tutela del contraente "*debole*" si misurerà solo sul terreno dell'*exceptio doli*^{44 45} ovvero sia dell'abuso del diritto, la cui sanzione è l'inefficacia dell'atto compiuto e non l'invalidità della clausola.

⁴³ La massima n. 181 del Consiglio notarile di Milano (pag. 3) tiene conto di tale argomento affermando che, sebbene la prospettiva liquidatoria della società non possa essere ignorata, i criteri di cui all'articolo 2437-*sexies*, cod. civ. possono pur sempre essere utilizzati per ricostruire il valore della società e quindi della partecipazione.

⁴⁴ L'istituto ha natura generale proprio perché cattura quei comportamenti che anche se formalmente corretti e quindi validi legalmente, piegano diritti e facoltà a scopi diversi da quelli per cui sono riconosciuti dall'ordinamento o dall'autonomia privata al fine di sacrificare in modo fraudolento o emulativo l'interesse altrui. In tal senso Cassazione n. 8152/2014 "*A fronte di comprovati comportamenti fraudolenti, scorretti o di mala fede, di alcuna delle parti in danno dell'altra, l'exceptio doli generalis ed il principio fraus omnia corrumpit, ove allegati e sorretti da attendibili elementi di prova, devono essere applicati dal giudice mediante il diniego di efficacia anche a fattispecie che sarebbero formalmente idonee a produrne, al fine di evitare che leggi ed istituti giuridici siano in realtà piegati al perseguimento di obiettivi in frode alla legge o consapevolmente indirizzati allo scopo di arrecare ingiusto danno ai diritti altrui.*" Cassazione n. 1095/2016, "*In caso di partecipazione di Srl a società di persone è inopponibile l'assenza della deliberazione assembleare ai terzi, a meno che si provi che questi abbiano agito intenzionalmente a danno della società. La riserva posta dall'articolo 2384, comma 2, cod. civ. rappresenta un rimedio diretto ad evitare che il terzo possa abusare della tutela offertagli dal principio dell'inopponibilità, attribuendo alla società una vera e propria exceptio doli, volta a garantire che la regola del contenuto inderogabile della rappresentanza non sia utilizzata per finalità contrastanti con gli interessi tipici che il Legislatore ha inteso tutelare.*"

⁴⁵ Una ricostruzione storico-dogmatica dell'istituto e della sua apparizione nella giurisprudenza recente è nel contributo di G. Meruzzi, "*Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*", in *Contratto e Impresa*, n. 6 del 1° novembre 2007, pag. 1369 secondo cui la natura generale del rimedio in parola viene statuita per la prima volta nella sentenza della Cassazione n. 5273/2007 in quanto: "*Partendo dal rilievo secondo cui l'exceptio doli costituisce rimedio di carattere generale si afferma infatti, in primo luogo, che il ricorso ad esso è finalizzato a precludere l'esercizio non solo fraudolento, ma anche sleale, dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento giuridico. Da ciò discende, come espressamente riconosciuto dalla Corte, l'inefficacia dell'atto o il rigetto, anche ex officio, della domanda giudiziale volta a far valere la pretesa giuridica di cui si è formalmente titolari, ma che nella sostanza l'ordinamento non tutela*" (pag. 1378-1379). Inoltre, lo stesso Autore segnala come l'eccezione abbiamo avuto, fuori dalle ipotesi tipizzate, una frequente applicazione proprio in ambito societario (pag. 1381).

Tuttavia, secondo la giurisprudenza di legittimità⁴⁶, anche recente⁴⁷, la dimostrazione dell'esistenza di un abuso del diritto è sottoposta a condizioni rigorose:

1. la titolarità di un diritto soggettivo in capo a, un soggetto;
2. la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
3. la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione, giuridico o *extra* giuridico;
4. la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte.

Ricorrendo un uso abusivo della clausola e, quindi, l'approfittamento della condizione di bisogno altrui e l'iniquità del prezzo, in quanto provati, assieme ad altri indizi, potrebbero portare alla inefficacia della clausola o, meglio ancora, della proposta, oltre che al risarcimento del danno per la differenza con il valore congruo della partecipazione. Purtuttavia, secondo la sentenza, il meccanismo stesso della clausola e la presenza di un *trigger event* che circoscrive la discrezionalità del proponente nell'attivare la clausola in modo speculativo, fraudolento o affittivo per la controparte rendono marginale l'ipotesi. È stato obiettato⁴⁸ che i margini per un uso abusivo della clausola sarebbero “*assai ristretti*” poiché la proposta di acquisto a un prezzo basso agevolerebbe l'acquisto di controparte; inoltre, impedire l'attuazione della clausola procrastinerebbe lo stallo complicando la sopravvivenza della società e, infine, non esistendo un diritto a un'equa valorizzazione, il danno stesso difetterebbe o sarebbe di difficile quantificazione.

In proposito, deve osservarsi che, se si ritiene possibile l'abuso, ai fini della quantificazione del danno sarebbe sufficiente che il danneggiato compri una congrua valorizzazione superiore al prezzo offerto, specie quando la partecipazione non è valorizzata a prezzo vile, ma allo stesso tempo l'oblato sia comunque impossibilitato all'acquisto in quanto in condizioni finanziarie precarie o con limitato accesso al credito o ancora quando lo *spatium deliberandi* previsto nella clausola sia insufficiente a costruire una cordata alternativa⁴⁹.

⁴⁶ Cassazione n. 15885/2018, secondo cui l'abuso del diritto postula l'esercizio di un diritto formalmente esistente secondo modalità che, non rispettose dei principi di correttezza e di buona fede, conducono a uno sproporzionato sacrificio della controparte contrattuale con lo scopo di conseguire finalità ulteriori e diverse da quelle per cui il diritto o la facoltà sono stati attribuiti.

⁴⁷ Cassazione n. 26541/2021.

⁴⁸ B. Sciannaca, *op.cit.*, pag. 6.

⁴⁹ Tribunale di Milano, ordinanza 31 marzo 2008, *cit.* in cui si legge: “*Inconferenti appaiono le considerazioni contenute in un pur autorevole parere circa il fatto che se realmente il prezzo offerto non riflettesse il valore delle azioni*” la minoranza potrebbe – e il testo della clausola non lo esclude – trovare un altro terzo disposto ad acquistare l'intero capitale a un prezzo più elevato di quello offerto alla maggioranza” o “non dovrebbe avere difficoltà a trovare qualcuno disposto ad offrire di più per la partecipazione di maggioranza (il che le consentirebbe di acquistarla per

Poiché la clausola in esame trova sua elettiva attuazione nell'ambito delle società con partecipazioni paritetiche, tipicamente nelle cosiddette JVC (*joint venture company*) paritarie e non quotate, ogni ragionamento riguardante la smobilizzazione della partecipazione appare viziato da una prospettiva puramente teorica, sia per le difficoltà concrete di una pronta liquidazione, sia per le motivazioni strategiche alla base di dette società, la cui peculiarità è di combinare i punti di forza aziendali di 2 diversi soggetti che, magari, da soli, non hanno alcun interesse, né forza, né capacità di condurre il progetto incorporato nella *joint venture*.

La prospettiva formale che attribuisce un ruolo quasi “*salvifico*”, “*autofondato*”, all'equilibrio intrinseco della clausola trascura che il potere di attivare la clausola può di fatto risolversi in un'arma a favore di uno dei 2 soggetti, quello finanziariamente più solido quando abbia di fronte, ad esempio, un *partner* non finanziario (ma in possesso di *know how* o di altro valore immateriale necessario all'impresa comune) e che quindi ha sostenuto ogni sforzo economico per l'avvio dell'iniziativa produttiva in posizione paritaria, ma senza la possibilità di acquistare e finanziare da solo l'intero progetto. È evidente che in questo contesto, anche nel rispetto formale della clausola, il soggetto finanziariamente più forte potrebbe liberarsi di quello più debole a un costo diminuito⁵⁰.

Russian roulette e patto leonino

Altra questione considerata dalla sentenza del Tribunale di Roma che funge da falsariga della disamina della clausola in discussione, è quello della compatibilità della clausola con il divieto del patto leonino. Il tema si è posto all'attenzione degli interpreti in ragione di un orientamento seguito dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Milano, secondo cui le opzioni *put* sono da considerarsi nulle per violazione di tale divieto quando il prezzo sia predeterminato in guisa da incorporare un prezzo pari a quello di acquisto, maggiorato di interessi. Difatti, l'esistenza di un prezzo predeterminato così strutturato per l'uscita del socio che eserciti l'opzione *put* potrebbe mascherare la semplice restituzione di un finanziamento maggiorato degli interessi a prescindere dalle vicende economiche della società, ponendo al riparo il socio (di fatto un finanziatore a breve-medio termine) da rendimenti negativi

poi rivenderla) o per l'intero capitale sociale”; viene infatti da chiedersi: e tutto questo quando? Nello stretto termine di 15 giorni previsto per l'esercizio della prelazione? E magari sulla base di un'offerta “complessa” come quella nella specie formulata? Si tratta di alternative del tutto ipotetiche ed astratte idonee a convincere dell'equità sostanziale della clausola di covendita all'esame del Tribunale”.

⁵⁰ La potenzialità abusiva della clausola è segnalata in modo ricorrente dalla dottrina straniera, americana e non, che si è occupata della questione, in tal senso H. Fleischer, S. Schneider in “*Shoot out clauses in Partnerships and Close Corporations. An Approach from Comparative Law and Economic Theory*”, Max Planck Institut for Comparative and International Private Law, Hamburg, paper 11/13, pag. 46 e ss.: “Where Party A is aware of Party B's limited financial resources, the temptation to “low-ball” exists” dove viene citata giurisprudenza americana che, mutuando l'espressione dal diritto *antitrust*, segnala il “*predatory potential*”, il potenziale predatorio delle clausole “*Texas shoot out*” (gli Autori citano in proposito Johnson vs. Buck, 540 S.W.2nd 393, 411 (Tex. App. 1976).

dell'iniziativa economica⁵¹.

L'orientamento delle corti di merito milanesi è avversato da una pronuncia della Cassazione del 2018⁵², secondo cui la pattuizione parasociale del trasferimento del risultato dell'esercizio non viola il divieto del patto leonino, in quanto collocata fuori dal patto statutario⁵³, e in quanto risponda a interessi meritevoli di tutela che - nel panorama frastagliato di partecipazione che sommano o combinano in vario modo profili creditori e sociali - sussistono anche dove la causa concreta del negozio risieda nel sostegno finanziario della società con protezione dell'investitore-finanziatore, non dissimilmente dalle ipotesi di garanzie tipiche del credito (ad esempio pegno di azioni)⁵⁴. La pronuncia della Cassazione appena menzionata pare aver seguito nella giurisprudenza delle Corti di merito di Roma⁵⁵, a differenza di quelle di Milano.

La sentenza in esame, su cui si fonda sostanzialmente l'orientamento notarile in commento - pur ritenendo che il divieto catturi anche i patti parasociali che raggiungano il medesimo risultato di una clausola statutaria che violi l'[articolo 2265](#), cod. civ. - ha compito più agevole nell'escludere che la clausola "russian roulette" si impinga al divieto del patto leonino, per il fatto che il prezzo

⁵¹ Corte d'Appello di Milano, 19 febbraio 2016, in *Notariato*, 2016, pag. 489 e ss. con nota critica di E. Mazzoletti, "Put option e patto leonino: un divieto ancora attuale?" Corte d'Appello di Milano, 17 settembre 2014, in *Società*, 2015, pag. 555 e ss.; Tribunale di Milano, 30 dicembre 2011, in *Società*, 2012, pag. 1158 e ss. Anche dopo il contrario avviso della Cassazione (n. 17498/2018), l'orientamento del Tribunale di Milano non pare mutato, si veda infatti Tribunale di Milano, 23 luglio 2020, n. 4628 che con un'articolata motivazione, anche in funzione critica della pronuncia della Corte di Cassazione del 2018 testé citata, ritiene il divieto di cui all'articolo 2265, cod. civ., di natura "transtipica" e quasi norma paradigmatica che sarebbe espressione di una sorta di principio generale di equilibrio tra rischio e opportunità insuscettibile di subire violazioni anche indirette (al pari di quanto avverrebbe, ad esempio, per il divieto di patto commissorio) e corroborato da altre norme del sistema di diritto societario (il riferimento della sentenza è all'articolo 2467, cod. civ. che prevede la postergazione dei finanziamenti societari fatti in determinate condizioni patrimoniali). Nello stesso senso la Corte d'Appello di Milano nella sentenza 13 febbraio 2020 che conferma la decisione del Tribunale di Milano n. 10426/2017, a proposito di un meccanismo molto dettagliato con cui anno per anno il prezzo dell'opzione veniva aggiustato in funzione del rendimento della società sostanzialmente preservando il socio finanziatore dai rischi dell'impresa e assicurandone la remunerazione, quindi violando o alterando la causa societaria: "È evidente che l'accordo di investimento e patto parasociale fosse, in realtà, una forma di finanziamento assistito da vincolo sulle partecipazioni sociali, elusivo della causa societatis, perché idoneo ad escludere il socio in modo assoluto e costante da ogni forma di perdita del capitale sociale, consentendosi al creditore - socio che ha finanziato la società il potere di riscuotere comunque il proprio credito, retrocedendo la partecipazione acquistata. Talché un siffatto negozio indiretto appare affetto da difetto di meritevolezza di causa o da illiceità della stessa per elusione del divieto di patto leonino." La censura di violazioni indirette del patto discende dalla natura sostanziale del divieto: "Insomma, dall'esame complessivo dell'accordo si evince un esonero assoluto e costante dalla sopportazione delle perdite, con elusione del divieto di patto leonino; divieto che, per giurisprudenza consolidata, deve essere riguardato in senso sostanziale e non certo formale (Cassazione n. 8927/1994, cit.)."

⁵² Già prima citata, Cassazione n. 17498/2018.

⁵³ "La ratio del divieto va, pertanto, ricondotta ad una necessaria suddivisione dei risultati dell'impresa economica, tuttavia quale tipicamente propria dell'intera compagine sociale e con rilievo reale verso l'ente collettivo; mentre nessun significato in tal senso potrà assumere il trasferimento del rischio puramente interno fra un socio e un altro socio o un terzo, allorché non alteri la struttura e la funzione del contratto sociale, né modifichi la posizione del socio in società, e dunque non abbia nessun effetto verso la società stessa: la quale continuerà ad imputare perdite ed utili alle proprie partecipazioni sociali, nel rispetto del divieto ex art. 2265 cod. civ. e senza che neppure sia ravvisabile una frode alla legge ex articolo 1344, cod. civ., la quale richiede il perseguimento del fine vietato da parte di un negozio che persegua proprio la funzione di eludere il precetto imperativo", così Cassazione n. 17498/2018.

⁵⁴ "Si rivela, altresì, un interesse, meritevole di tutela ai sensi dell'articolo 1322, cod. civ., al finanziamento dell'intrapresa societaria, ove la meritevolezza è dimostrata dall'essere il finanziamento partecipativo correlato ad un'operazione strategica di potenziamento ed incremento del valore societario. Interesse che, si noti, potrebbe addirittura reputarsi latamente generale, in quanto operazione coerente con i fini d'incentivazione economica perseguiti dal legislatore, quale strumento efficiente della finanza d'impresa", così Cassazione n. 17498/2018.

⁵⁵ Tribunale di Roma, 8 novembre 2019, secondo cui non contrasta con il divieto di patto leonino il contratto con il quale i soci di una società di capitali si impegnano, nei confronti di altro socio che aveva erogato alla società un finanziamento a condizioni più vantaggiose di quelle reperibili presso il sistema bancario e acquisito una partecipazione nella medesima società, ad acquistare detta partecipazione ad un prezzo predeterminato e, come tale, non influenzato dalle oscillazioni di valore della società.

dell'alienazione/acquisto della partecipazione, in questo caso, non è predeterminato, né è predeterminato il socio uscente (che potrà risultare lo stesso proponente). Anche in questo caso la sentenza sottolinea il ruolo della funzione della clausola che operando solo in caso di stallo, presuppone la ricorrenza di casi predeterminati, episodici, che quindi escludono la perdurante e costante esclusione della partecipazione agli utili e alle perdite della società⁵⁶. Ciò che rileva in questi casi sarebbe più che la funzione della clausola antistallo, la circostanza che la clausola potrebbe operare solo alla ricorrenza di ipotesi predeterminate e, in linea di principio, del tutto indipendenti dalle sorti economiche della società.

Russian roulette e rinnovo dei patti parasociali

Solo pochi cenni si possono dedicare in questa sede alla diversa questione della liceità di una clausola che identifichi lo stallo e, quindi, l'alienazione forzata della partecipazione sociale con la scadenza e il mancato rinnovo dei patti parasociali. Dal momento che oggetto del presente contributo è l'orientamento notarile del Consiglio notarile di Firenze in tema di clausola "russian roulette" e, quindi, la validità di una simile clausola inserita in statuto, è evidente che i profili della possibile violazione dell'[articolo 2341-bis](#), cod. civ. ne risultano estranei e per essi valga un rinvio alle considerazioni sopra espresse⁵⁷.

Al di là delle diverse opzioni interpretative espresse in dottrina circa l'applicabilità alla clausola in commento dei limiti dettati dall'articolo 2341-bis, cod. civ.⁵⁸ appare condivisibile ritenere che, se la valenza pratica di questo genere di clausole si ritiene confinato, per i limiti di carattere strutturale di funzionamento delle stesse, ai casi di società paritarie (con 2 soci al 50% oppure, in una struttura sociale pur sempre duale ma in presenza di una minoranza di blocco), è verosimile che trovi applicazione l'ultimo comma dell'articolo 2341-bis, cod. civ. che sottrae alle limitazioni di durata e disciplina codicistiche i "patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo"⁵⁹.

⁵⁶ La mancata partecipazione agli utili o alle perdite che integri la violazione del patto leonino non può essere episodica ma deve essere, in qualche forma, sempre assicurata perché si arrivi ad alterare la causa societaria di una partecipazione; "perché il limite all'autonomia statutaria dell'art. 2265 cod. civ. sussista è necessario che l'esclusione dalle perdite o dagli utili costituisca una situazione assoluta e costante. Assoluta, perché il dettato normativo parla di esclusione "da ogni" partecipazione agli utili o alle perdite, per cui una partecipazione condizionata (ed alternativa rispetto all'esclusione in relazione al verificarsi, o non della condizione) esulerebbe dalla fattispecie preclusiva. Costante perché riflette la posizione, lo status, del socio nella compagine sociale, quale delineata nel contratto di società"; e inoltre "l'esclusione dalle perdite o dagli utili, in quanto qualificante lo status del socio nei suoi obblighi e nei suoi diritti verso la società e la sua posizione nella compagine sociale, secondo la previsione dell'articolo 2265, cod. civ., viene integrata quando il singolo socio venga per patto statutario escluso in toto dall'una o dall'altra situazione o da entrambe" (Cassazione n. 8927/1994).

⁵⁷ Il riferimento è al paragrafo riguardante gli "aspetti strutturali e funzionali della clausola".

⁵⁸ Per una ricognizione delle quali si rinvia alla sintesi di B. Sciannaca, *op.cit.*, § 3, "Applicabilità dei limiti di durata previsti dall'art. 2341-bis c.c.", e alle relative note lì richiamate.

⁵⁹ In tal senso, B. Sciannaca, *op.cit.*, § 3, "Applicabilità dei limiti di durata previsti dall'art. 2341-bis c.c.". La sentenza del Tribunale di Roma parte dal presupposto che invece i limiti dell'articolo 2341-bis, cod. civ. fossero da applicare al patto oggetto di causa. Poiché nel caso esaminato,

Russian roulette quale clausola statutaria

Il problema che più direttamente coinvolge l'orientamento del Consiglio notarile fiorentino è se una simile clausola possa essere trasfusa in statuto, con quali limiti e conseguenze. La decisione del Tribunale di Roma, com'è ovvio, non affronta la questione, limitandosi a un'affermazione incidentale⁶⁰ non risolutiva.

Permane quindi una differenza, già solo a livello di massime notarili tra l'orientamento più liberale del Consiglio notarile di Firenze e quello di Milano, sopra richiamato, contrario alla validità di una clausola statutaria di "russian roulette" priva dell'argine di una congrua valutazione della partecipazione oggetto di dismissione, secondo i principi ritraibili dalla normativa in tema di recesso o di azioni di riscatto. A quest'ultimo proposito è opportuno precisare che la stessa massima milanese offre una posizione articolata e flessibile che si lascia meglio apprezzare per equilibrio dal momento che, seppure ammette che la clausola possa non indicare espressamente un valore minimo per il prezzo di uscita dalla società, con conseguente applicazione del limite legale desumibile dagli articoli [2437-ter](#) e [2473](#), comma 3, cod. civ., il redattore della clausola potrebbe tuttavia modulare il criterio legale in funzione delle caratteristiche e delle condizioni in cui la società si verrebbe a trovare⁶¹. Simili temperamenti sono ammessi anche dalla massima del Consiglio notarile fiorentino, sebbene ritenuti non necessari e, soprattutto, suscettibili di risultare macchinosi e quindi o tali da rendere potenzialmente incerto o compromettere del tutto un rapido superamento dello stallo⁶².

Anche in questo caso, il riferimento alla prassi internazionale può essere d'aiuto per l'operatore pratico, ad esempio prevedendo non solo temperamenti che riguardino il prezzo, ma anche i presupposti operativi della clausola. In caso di stallo, potrebbe essere possibile attribuire a una delle parti un diritto di primazia nella decisione (secondo le clausole antistallo che non incidono sulle partecipazioni sociali)

in effetti, si trattava dello sviluppo immobiliare di un'area, sviluppo che richiede normalmente tempi molto lunghi e della cooperazione tra un soggetto finanziario e un soggetto operante nel settore immobiliare, non è da escludere che l'esenzione potesse ricorrere.

⁶⁰ *"D'altra parte il Tribunale ritiene che – soprattutto in un contesto parasociale, ma probabilmente le medesime considerazioni varrebbero anche nel caso in cui analoga clausola fosse inserita nello statuto – è possibile rinunziare a qualsiasi temperamento negoziale, in ossequio a principi di auto-responsabilità e libera disponibilità della posizione patrimoniale di ciascun individuo"*, Tribunale di Roma, 19 ottobre 2017. La sentenza della Corte d'Appello, nell'affrontare il gravame sulla pronuncia appena citata, sembra dare maggior peso alla natura parasociale della clausola e quindi alla sfera di libera disponibilità di interessi patrimoniali in cui questi sono stati composti, ritenendo tale argomentazione "decisiva" per superare i richiami giurisprudenziali dell'appellante (Tribunale di Milano, 1° aprile 2008, *cit.*) o quelli all'orientamento n. 181 del Consiglio notarile di Milano cui pure si fa cenno in questo commento.

⁶¹ *"La clausola può altresì disciplinare espressamente il limite minimo al quale il socio uscente ha diritto di vedersi liquidate le proprie partecipazioni, adottando criteri in deroga a quelli previsti dalla legge, nei limiti in cui ciò deve ritenersi comunque consentito, eventualmente tenendo conto delle caratteristiche della società e della situazione in cui essa può versare in dipendenza degli eventi che hanno originato l'attivarsi della clausola stessa (specie se si tratti di stallo decisionale e di conseguente prospettiva liquidatoria)".* Consiglio notarile di Milano, massima n. 181, pag. 5.

⁶² Indubbiamente, l'introduzione di correttivi che tendano a fissare un prezzo minimo può rendere più difficile un esito rapido della clausola. Essi, inoltre, se consentono a uno dei *partner* una maggiore tutela come venditore, possono rendere più gravosa la possibilità dell'acquisto della partecipazione dell'altro *partner*. Gli effetti di cuscinetti protettivi sul funzionamento delle clausole del tipo *buy/sell* sono molto ben descritti e analizzati nel contributo di Stevens A. Carey, *"Buy/sell provisions in real estate joint venture agreements"*, in 39, *Real Prop. Prob. And Tr. J.*, 2005, pag. 671 e ss. in cui si esaminano diverse modalità di limitazione convenzionale della discrezionale fissazione del prezzo della partecipazione da parte di chi attivi la clausola e i loro potenziali effetti.

e solo dopo, eventualmente, far scattare l'attivazione della clausola di *russian roulette*.

Ad avviso di chi scrive, non è possibile trasporre *tel quel* le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza romana esaminata in materia di "*russian roulette*" - contenuta in un patto parasociale - nell'ambito di una clausola statutaria. Questa resistenza traspare anche negli *obiter dicta* della recente giurisprudenza analizzata, nei commenti dottrinali e nelle diverse posizioni dei Consigli notarili che si sono occupati della tematica.

La questione dell'introduzione della clausola "*russian roulette*" nello statuto involge quindi la questione dei limiti, anzitutto dei limiti ritraibili dal sistema circa il corrispettivo dell'alienazione che conseguirebbe all'applicazione della normativa riguardante le azioni oggetto di riscatto, poi quello dell'introduzione della clausola *durante societate* e, infine, quella del possibile esercizio del diritto di recesso da parte del socio dissenziente.

Innanzitutto, è stato posto in rilievo che la clausola in esame può operare sia attraverso l'attribuzione del potere di iniziativa della clausola in modo indifferenziato tra i soci, sia attraverso il conferimento di una prerogativa a uno degli azionisti⁶³.

Il primo caso non comporta problemi particolari, tanto più che è ammessa la possibilità che tutte le azioni emesse dalla società siano riscattabili.

Nell'ambito delle Spa, l'attribuzione di un diritto di riscattare le azioni altrui in capo a un singolo socio comporterebbe la necessità di costruire una categoria di azioni munita di tale prerogativa, di un simile diritto potestativo a cui farebbe da contraltare altra categoria di azioni, contraddistinta da una posizione di soggezione ovvero, in alternativa, di diritto di riscatto nei confronti dell'azionista proponente.

Tutte queste posizioni sono condizionate e reciprocamente condizionantesi: difatti, il soggetto che attiva la clausola ne avrebbe il diritto in conseguenza del verificarsi delle situazioni di stallo individuate nella clausola o più precisamente, avrebbe il diritto di avvalersi della clausola e così facendo potrebbe comunicare la proposta di acquisto. Questa, tuttavia, non sarebbe necessariamente una semplice proposta che dipenda dall'accettazione altrui⁶⁴, ma potrebbe essere esso stesso esercizio di un diritto

⁶³ Come nel caso della clausola analizzata dal Tribunale di Roma in cui una delle parti individuata espressamente aveva il potere di attivare la clausola al ricorrere del "*trigger event*".

⁶⁴ È da scongiurare, nella redazione della clausola, che venga trascurata l'ipotesi del silenzio dell'oblato poiché, se l'inerzia di quest'ultimo non fosse qualificata in qualche modo, come assenso o diniego, il funzionamento della clausola ne verrebbe paralizzato. Trascorso un determinato termine, senza risposta, o la fattispecie si completerà e sarà definitivamente efficace l'acquisto delle azioni "*riscattande*" contenuto nella proposta (a seconda di come la clausola sarà redatta, potrebbe trattarsi del mancato verificarsi di una condizione risolutiva o del positivo verificarsi di una condizione sospensiva negativa) oppure, a seconda della formulazione della clausola, si intenderà che scatti l'alternativa e che il potenziale "*riscattato*" procederà al riscatto che l'originario proponente potrà pretendere. D'altro canto alla proposta, l'oblato potrebbe rispondere con una controproposta di contenuto e tenore diverso, il che non sarebbe consentito dalla clausola in esame che ammette solo l'alternativa di un rovesciamento di acquirente e venditore.

potestativo⁶⁵ condizionato al mancato esercizio dell'opposto diritto potestativo dell'oblato⁶⁶.

Nel caso in cui si tratti di s.r.l. sarà sufficiente l'attribuzione di diritti particolari a determinati soci sulla scorta dell'[articolo 2468](#), cod. civ.⁶⁷ oppure, dove consentito, come per le *start up* innovative, creando categorie di quote.

L'opinione favorevole all'introduzione di clausole di "*russian roulette*" nello statuto delle società di capitali⁶⁸ valorizza le differenze tra le alienazioni o espulsioni obbligatorie previste dall'ordinamento, legate a una situazione di sola e pura soggezione di un socio e quelle della clausola che, in virtù della sua bilateralità, creerebbe un intreccio di posizioni non riducibile a un mero *patti* unilaterale.

Ne consegue che, come per le società per azioni, dove non sarebbe possibile richiamare i limiti dell'[articolo 2437-sexies](#), cod. civ.⁶⁹, anche per le Srl, almeno per chi ammette una clausola statutaria di "*russian roulette*", il limite rappresentato dall'[articolo 2473](#), cod. civ., richiamato dall'[articolo 2473-bis](#), non potrebbe operare, poiché si tratterebbe di 2 situazioni distinte e non assimilabili non essendo il socio oblato in una condizione di mera soggezione.

È stato inoltre affermato che i criteri di valorizzazione della partecipazione di cui all'[articolo 2437-ter](#), cod. civ. (anche per effetto di rinvio dall'[articolo 2437-sexies](#), cod. civ.) sarebbero derogabili ai sensi del comma 4 di quella stessa norma⁷⁰.

Circa le maggioranze necessarie all'introduzione della clausola *durante societate* il problema potrebbe rivelarsi di scarsa rilevanza pratica tenuto conto della struttura classicamente duale della clausola, tipica delle *joint venture company*.

Anche in questo caso gioca un ruolo decisivo il rapporto tra la "*russian roulette*" e le clausole a essa prossime, come quelle sul riscatto delle azioni sicché, nella misura in cui tali clausole si ritengano strutturalmente differenziate, in ragione della minore costrittività della previsione in commento rispetto

⁶⁵ Ciò si predica delle azioni riscattabili, a cui il meccanismo negoziale in parola, si avvicina, a proposito del diritto di riscatto come diritto potestativo si veda L. Calvosa, "*L'emissione di azioni riscattabili come tecnica di finanziamento*", in Rivista Diritto Commerciale, 2006, I, pag. 195.

⁶⁶ Le ricostruzioni sul punto sono varie: secondo alcuni (M. Facci, "*Clausola di roulette russa*", in Nuove leggi civili comm., 2020, pag. 765 e ss., pag. 773) il proponente si limiterebbe come parte/arbitratore a determinare l'oggetto del contratto dando termine all'altra per l'esercizio del proprio diritto di acquisto condizionato al verificarsi della situazione di stallo ovvero di quello di vendita condizionato al mancato esercizio di quello di acquisto. Per converso, il socio che attivi la clausola sarà titolare di un diritto di opzione di vendita su tutte le proprie azioni condizionato al mancato esercizio dell'opzione di vendita da parte dell'oblato e di un diritto di opzione all'acquisto delle azioni del socio oblato condizionato al mancato esercizio dell'opzione di acquisto da parte del socio oblato. Su queste ricostruzioni molto pesa, tuttavia, l'effettiva formulazione della clausola e, soprattutto, l'individuazione del momento in cui ha efficacia il trasferimento della proprietà sulla partecipazione alienata.

⁶⁷ Consiglio notarile di Milano, massima n. 153/2016.

⁶⁸ B. Sciannaca, *op. cit.*, § 8, "*Introducibilità della clausola russian roulette in statuto*"; F. Caselli, A. F. F. Sciortino, "*Clausola di roulette russa ed equa valorizzazione delle partecipazioni obbligatoriamente dismesse*", in Contratti, n. 3, 1° maggio 2021, pag. 311 e ss.

⁶⁹ L'orientamento in commento appare coerente con l'orientamento n. 67/2018 dello stesso Consiglio notarile di Firenze, "*Azioni riscattande, prezzo di vendita e patto leonino*", secondo cui i limiti imposti dall'[articolo 2437-bis](#), cod. civ. senz'altro applicabili alle azioni riscattabili, non varrebbero per le azioni riscattande per le quali potrebbero essere previsti criteri di calcolo del corrispettivo più penalizzanti di quelli dettati dagli articoli 2437-ter e 2437-quater, cod. civ..

⁷⁰ F. Caselli, A. F. F. Sciortino, "*Clausola di roulette russa ed equa valorizzazione delle partecipazioni obbligatoriamente dismesse*", in Contratti, n. 3, 1° maggio 2021, pag. 311 e ss.

a quelle, quei limiti che impongono il consenso dei soci riscattandi all'introduzione della clausola non saranno imperativi.

Inoltre, l'introduzione in costanza di società di una modifica statutaria che dia ingresso a una clausola di *roulette* russa, sempre secondo l'opinione più liberale, non potrebbe giustificare l'invocazione del diritto di recesso *ex* [articolo 2437](#), comma 2, lettera b), cod. civ., non trattandosi propriamente di una clausola che limiti il diritto di circolazione delle azioni.

D'altra parte, le ragioni di perplessità permangono.

Certamente non può assumere un ruolo decisivo nell'escludere l'applicazione del principio di equa valorizzazione della partecipazione l'aspetto meramente teleologico della clausola, ossia la sua finalità antistallo, per almeno 3 ordini di ragioni:

a) il primo motivo è che la clausola di "*russian roulette*", indipendentemente dalle finalità delle parti, realizza obiettivamente un effetto espulsivo al punto che, come si è visto, non manca chi esclude una simile clausola dal novero delle previsioni stabilizzatrici degli assetti proprietari di cui all'[articolo 2341-bis](#), cod. civ.;

b) il secondo motivo è che, assumendo l'univocità della finalità antistallo della clausola, l'applicazione o meno di un principio (se tale principio si dà) non può essere il precipitato variabile degli scopi precisi che di volta in volta i paciscenti attribuiscono alla clausola;

c) infine, l'introduzione della clausola nello statuto obiettivizza e sottrae allo scopo concreto e transeunte delle parti, il portato normativo della disposizione che circola con la circolazione delle azioni.

Perplessità suscita l'argomento secondo cui i criteri di valorizzazione della partecipazione di cui all'[articolo 2437-ter](#), cod. civ. (anche per effetto di rinvio dall'[articolo 2437-sexies](#), cod. civ.) sarebbero derogabili ai sensi del comma 4 di quella stessa norma sancendo implicitamente la legittimità del meccanismo della *roulette* russa statutaria.

Proprio quest'obiezione, pare essere il *punctum dolens* della clausola in esame, pur non essendo al centro delle decisioni giurisprudenziali esaminate in questo contributo.

Difatti, nel contenzioso che ha dato luogo ai pronunciamenti delle Corti romane accadeva che il socio "*estromesso*" chiedesse conto dei criteri secondo i quali l'altra parte, proponente, era giunto alla valutazione della partecipazione e, quindi, alla fissazione del corrispettivo, ricevendone un rifiuto. I giudici non hanno ritenuto necessario indagare i criteri utilizzati dal proponente nella fissazione del

valore della partecipazione⁷¹, in quanto soddisfatti sia dal meccanismo intrinseco della clausola, sia dalla qualità di socio dell'oblato⁷² sia, infine, dalla natura parasociale della convenzione.

Sennonché, nell'ambito dello statuto, la questione cambia di segno.

L'[articolo 2437-ter](#), comma 4, cod. civ. nel prevedere la possibile deroga ai criteri dettati dal superiore comma 2 del medesimo articolo, implicitamente richiede allo statuto di esplicitarli e si spinge financo a suggerire, esemplificativamente, quelle limitazioni o quei correttivi che potrebbero addursi ai criteri individuati dalla legge.

La clausola in esame non contiene criteri statutari di valorizzazione diversi da quelli del comma 2 dell'articolo 2437-ter, comma 2, cod. civ. ma, semplicemente, non prevede affatto criteri verificabili salvo ritenere che la meccanica della clausola costituisca di per sé un criterio⁷³.

Altro margine di incertezza deriva dalla forte prossimità strutturale e funzionale tra clausole di *drag along* con prelazione a favore del socio "trascinato" e "russian roulette clause", poiché la meccanica delle clausole è molto simile ed entrambe assicurano l'effetto espulsivo e la stabilizzazione indiretta degli assetti proprietari per il tramite della riconfigurazione radicale della proprietà della società.

Circa l'incidenza della clausola in esame sulla libertà di circolazione delle azioni, non si può nascondere che, oltre al rilievo di mero fatto secondo cui nelle ipotesi tipiche di JVC paritarie, appare molto difficile non trovare anche una limitazione generale alla circolazione delle azioni al fine di preservare la combinazione dei fattori produttivi, è pure da dire che non mancano, quantomeno con riferimento al diverso caso delle clausole di trascinamento, pronunce e orientamenti dottrinali che assimilano quelle e la stessa clausola di "russian roulette" alle clausole di riscatto, annoverabili tra le limitazioni della circolazione delle azioni⁷⁴. E tuttavia, chi scrive è incline a ritenere che il carattere episodico e limitato dell'operatività della clausola in esame, dipendente dall'innesco di un evento condizionante, lascia

⁷¹ Secondo chi scrive un obbligo di rendere nota la perizia di parte e quindi i criteri effettivamente utilizzati dal proponente nel fissare il prezzo, salva la discrezionalità del proponente, avrebbe potuto fondarsi anche sui soli obblighi generali e autonomi di correttezza e buona fede cui nessuna clausola negoziale può sottrarsi.

⁷² Ciò infatti avrebbe consentito, infatti, al socio "riscattato" in quanto al corrente delle condizioni della società di contestare l'eventuale incongruità del valore attribuito alla partecipazione da parte del proponente. L'argomento è corretto se si condivide la posizione da cui muove la sentenza del Tribunale di Roma e di quegli autori (C. Giampaolino, "Clausole di co-vendita (*drag along*) ed "equa" valorizzazione dell'azione", in Banca, borsa e titoli credito, fasc. 4/2008, pag. 523 e ss., nota a lodo arbitrale 29 luglio 2008) che ritengono censurabili sotto il profilo dell'abuso o della violazione dell'articolo 1349, cod. civ., le clausole che conducano a un risultato iniquo ma non qualsiasi scostamento rispetto a un criterio legale di valorizzazione, criterio ritenuto non imperativo. In una prospettiva più generale e assiomatica che si misura con i valori costituzionali, un insigne autore (C. Angelici, "Fra "mercato" e "società": a proposito di *venture capital* e *drag-along*", in Diritto Bancario e Mercati Finanziari 2011, 1, pag. 60 e ss.) afferma che la proprietà azionaria, oggetto di libero mercato, non dissimilmente da altre, non gode di una tutela costituzionale particolare che consenta di ricavare un principio di equa valorizzazione, del tutto sconosciuto ad altri beni.

⁷³ G. Sbisà, "Dialogo con la giurisprudenza sulle clausole di trascinamento (*drag along*)", in Contratto e impresa, 3/2015, pag. 642 sostiene che in ogni ipotesi di liquidazione individuale del socio, viene previsto un tetto minimo che tenga conto della situazione patrimoniale e, nelle società di capitali, delle prospettive reddituali.

⁷⁴ M. Centonze, "Riflessioni sulla disciplina del riscatto azionario da parte della società", in Banca, borsa, titoli credito 2005, I, pag. 50 e ss..

libero il socio di far circolare l'azione prima e dopo l'avvio del meccanismo⁷⁵.

È altrettanto vero, però, che, come rilevato da importante dottrina⁷⁶, comunque il socio subisce una restrizione per l'innanzi inesistente e, sebbene non si trovi in una situazione di mera soggezione, vede diminuita la propria libertà di manovra.

È improbabile, per il carattere di nicchia di tali clausole, più volte ricordato, che esse non vengano negoziate già all'ingresso in società o al momento della costituzione della stessa, sicché pare del tutto marginale il caso che esse siano introdotte a maggioranza nello statuto. In ogni caso, le differenze di carattere strutturale con le clausole di riscatto (ammesso che siano davvero così profonde) non appaiono sufficienti a giustificare una soluzione diversa da quella preferibile per l'introduzione in statuto, *durante societate*, delle clausole di *drag along*⁷⁷ o per le clausole di riscatto⁷⁸ da adottarsi con il consenso di tutti i soci o, quantomeno, di coloro tra i soci i cui diritti fossero concretamente incisi da un mutamento sopravvenuto che intacchi il proprio *status*. Inoltre, data la struttura biunivoca della clausola che opera a favore e contro ciascun socio, specie nei casi in cui a rivestire il ruolo di proponente può essere ciascuno dei soci, la "*russian roulette*" inciderà necessariamente su tutti i soci i quali si potrebbero trovare nella posizione di esercitare o di subire l'esercizio di un diritto potestativo.

In ogni caso, l'introduzione di una clausola di questo tipo all'interno degli statuti, almeno delle Spa, senza una restrizione della libertà di circolazione delle medesime azioni, appare difficilmente immaginabile, poiché il suo meccanismo (come quello delle *buy/sell provisions* in generale) risulta molto problematico dove vi siano più di 2 soci.

La questione non sfugge agli operatori professionali, specie nel mondo statunitense, dove è stato opportunamente avvertito che quando vi siano più *venturers*, l'operatività della clausola in parola e di quelle consimili, postula che i diversi soci siano raggruppabili in modo omogeneo tra 2 poli distinti.

Se questo non fosse possibile, sarà necessario considerare diversi aspetti che complicano la meccanica della clausola:

- a) se debba esservi obbligazione parziaria o solidale dei soggetti oblati che agiscono all'unisono per l'acquisto della partecipazione di chi ha attivato la clausola;
- b) se - qualora all'esito dell'attivazione della clausola, rimanga una pluralità di soci e non venga

⁷⁵ Così L. Calvosa a proposito delle azioni oggetto di riscatto, in "*Le società per azioni, Codice civile e norme complementari*" diretto da P. Abbadessa, G. B. Portale, Tomo II, Milano, 2016, pag. 2571 (nota 45).

⁷⁶ G. Rescio, "*Regolamentazione statutaria dell'investimento azionario: unanimità o maggioranza nell'introduzione della clausola di drag along?*" in *Giurisprudenza Commerciale*, 2012, II, pag. 1062.

⁷⁷ Corte d'Appello di Milano, 14 luglio 1982, in *Giurisprudenza Commerciale* 1983, parte 2, pag. 403 e ss.; Consiglio notarile di Milano, massima n. 99/2007; G. M. G. Presti, "*Le clausole di riscatto nelle società per azioni*", 1983, parte 2, pag. 404 e ss. secondo cui è necessario comunque il consenso dei soci direttamente incisi dalla modificazione statutaria.

⁷⁸ Tribunale di Milano, 25 marzo 2011, in *Rivista Diritto Societario*, 3, pag. 653 e ss..

collocato il 100% delle azioni/quote in capo a un solo soggetto o a un solo gruppo – si debba prevedere uno sconto sul prezzo di acquisto di una partecipazione che non assicuri unità di indirizzo o maggioranza decisiva;

c) come saranno sostituiti i contratti di fornitura/servizi tra i diversi soci e il socio venditore⁷⁹.

Conclusioni

Le numerose incertezze che avvolgono l'inserimento in statuto delle clausole di *drag along* sembrano ripetersi pedissequamente per le clausole c.d. "*russian roulette*", sia per quanto concerne l'esistenza di limiti alla libera determinazione del corrispettivo, sia per quanto concerne restrizioni e modalità di inserimento in statuto, *durante societate*. Nonostante le pregevoli argomentazioni ricavabili dalle recenti (e uniche a quanto consta) pronunce della giurisprudenza cui si fa cenno in questo contributo, e dall'orientamento del Consiglio Notarile di Firenze, una prospettiva più conservativa e prudente, ispirata alle medesime cautele previste per le clausole di *drag along*, sembra quella meno insidiosa per l'operatore pratico.

⁷⁹ Per questi rilievi si rimanda all'approfondita trattazione svolta da Stevens A. Carey, "*Buy/sell provisions in real estate joint venture agreements*", in 39, *Real Prop. Prob. And Tr. J.*, 2005, pag. 691, particolarmente esaustiva nell'indagare gli aspetti pratici ed operativi delle clausole *buy/sell* nelle JVC.

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2022

La tutela dei titolari di partecipazioni di minoranza nelle Spa e nelle Srl nelle operazioni di fusione e scissione, nonché i possibili rimedi esperibili anche in sede giurisdizionale

di Giulia Eduardo - avvocato

Con il presente contributo verranno esaminati gli strumenti, codicistici e giurisdizionali, a tutela dei soci di minoranza di Spa e Srl rispetto a operazioni di fusione o scissione, non di rado deliberate con “abuso della maggioranza”, sub specie della generale categoria dell’“abuso del diritto”, in loro danno.

Premessa

Come noto, tra le c.d. operazioni straordinarie sono annoverate fusione e scissione, oggi pacificamente qualificate quali vicende modificative dell’atto costitutivo, cui segue, in ragione di esigenze di tipo propriamente aziendale o di risanamento di situazioni di crisi, la mera evoluzione-modifica del medesimo soggetto giuridico.

Nella prassi, però, sovente operazioni di fusione o scissione sono poste in essere per “altri” fini, in quanto deliberate dalla maggioranza sociale in danno della minoranza, posto che alle stesse segue un rafforzamento o deterioramento della posizione del singolo socio.

In tale ipotesi, pertanto, l’operazione è assunta con “abuso della maggioranza”, sub specie di “abuso del diritto”, fattispecie integrata allorché “il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, e al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti”¹.

¹ Cassazione n. 20106/2009 – caso “Renault”.

Trattandosi, evidentemente, di definizione di carattere generale è quindi all'interprete che spetta l'individuazione, in concreto, dei criteri per valutare il carattere abusivo o meno di una data condotta. Orbene, nell'ambito del diritto societario, in ragione della peculiarità dei fenomeni economico-finanziari e, soprattutto, dell'operatività della regola, di matrice statunitense, della c.d. "*business judgment rule*", da cui discende il principio di insindacabilità, nel merito, delle scelte gestorie², il criterio di sintesi alla stregua del quale valutare il carattere abusivo o meno di una determinata operazione è la "*ragionevolezza economica*" dell'operazione stessa, da sindacarsi, condividendosi autorevole dottrina³, mutuando la nozione amministrativistica di discrezionalità tecnica, che consentirebbe, pertanto, un sindacato sull'adeguata valutazione dei presupposti di una data operazione. A fronte, quindi, di una delibera di fusione o scissione lesiva dei diritti dei soci di minoranza, e quindi assunta con abuso della maggioranza, quale tutela è accordata al socio?

Il diritto di recesso

La prima forma di tutela predisposta dal Legislatore a favore del socio, di norma di minoranza, dissenziente rispetto a una operazione di fusione o scissione è rappresentata dal diritto di recesso, istituito che, consentendo al socio la fuoriuscita da una società del tutto diversa da quella originaria, è stato previsto, seppur in ipotesi circoscritte, quale temperamento al principio maggioritario.

Orbene, diversamente dal caso della trasformazione, la fusione e la scissione costituiscono cause di recesso legale solo nelle Srl e non già anche nelle Spa e ciò in ragione della connotazione marcatamente "*personalistica*" della Srl rispetto alla Spa, dove invece il socio riveste un mero ruolo di investitore.

Tuttavia anche il socio di Spa è in alcuni casi legittimato al recesso: quando l'operazione di fusione o scissione integra, anche indirettamente, una fattispecie trasformativa, atteso che, come detto, in caso di trasformazione il diritto di recesso è positivizzato anche per il socio di Spa, ovvero qualora fusione o scissione determinino, anche indirettamente, una modifica sostanziale dell'oggetto sociale, in quanto [l'articolo 2437](#), comma 1, cod. civ. prevede quale ipotesi di recesso *ex lege* il caso di "*cambiamento significativo dell'attività della società*".

Ciò posto, quanto alle modalità di esercizio del diritto di recesso, sebbene alcuni Autori⁴ riconducano alla stipula dell'atto di fusione o scissione il momento dal quale inizia a decorrere il relativo termine,

² Nell'ottica di bilanciare l'interesse dei soci a che la società sia correttamente amministrata e l'esigenza degli amministratori di poter gestire la società con una certa "*discrezionalità imprenditoriale*".

³ F. Brizzi, "*Doveri degli amministratori nel diritto societario della crisi e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*", 2015, pagg. 359 e ss..

⁴ Gruppo di studio Eutekne.

detto momento deve essere invece identificato nella delibera assembleare di fusione o scissione, in ragione dell'effetto "stabilizzante" dell'operazione che, ai sensi dell'[articolo 2504-quater](#), cod. civ., segue all'iscrizione della fusione/scissione nel Registro Imprese.

Pertanto, dall'iscrizione della delibera nel Registro Imprese, inizierà a decorrere il termine per l'esercizio del recesso, termine pari a 15 giorni nelle Spa e di previsione statutaria nelle Srl (o, in difetto, da esercitarsi entro un termine ragionevole).

Da ultimo, poiché al recesso del socio deve seguire la liquidazione della sua partecipazione sociale, si precisa che la determinazione della quota di liquidazione da parte degli amministratori deve avvenire con riguardo alla disciplina prevista per la società di cui il socio è recedente. Diversamente, infatti, si verificherebbe il paradosso di assoggettare il socio dissenziente e recedente alla disciplina della società risultante dalla fusione o scissione, ossia della società di cui il socio ha inteso non farne parte.

Il diritto di recesso costituisce però solo uno strumento di tutela "spuntato", proprio perché consente al socio null'altro che la fuoriuscita dalla compagine sociale.

Talché una tutela più effettiva non può che rinvenirsi in sede giurisdizionale.

La tutela giurisdizionale

Premesso che al socio in sede giurisdizionale è tradizionalmente riconosciuta una duplice forma di tutela, ossia reale (*rectius*: demolitoria/invalidante conseguente all'esercizio del diritto di impugnazione) e obbligatoria (*rectius*: risarcitoria/indennitaria), è doveroso innanzitutto segnalare che, a far data dalla Riforma del diritto societario del 2003, nel nostro ordinamento si è registrata una evoluzione nel senso di una preferenza accordata alla tutela obbligatoria, evoluzione che trova fondamento nell'esigenza di stabilità e certezza degli atti organizzativi e, così, di speditezza e sicurezza delle dinamiche economiche.

E detto *trend* evolutivo ha involto anche fusione e scissione, atteso che l'articolo 2504-*quater*, cod. civ. (pacificamente applicabile anche alla scissione) positivizza il diritto al risarcimento del danno ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione allorquando l'invalidità della fusione stessa non possa più essere pronunciata per effetto dell'iscrizione del relativo atto nel Registro Imprese.

Vi è quindi ancora spazio per la tutela reale del socio dissenziente rispetto a una operazione di fusione o scissione?

La risposta è positiva, nei termini che si vanno a illustrare.

La tutela reale

Innanzitutto, la tutela reale trova un primo limite di carattere generale nell'[articolo 2377](#), comma 3, cod. civ., che, in materia di Spa, al fine di evitare che chi detenga una limitata partecipazione sociale possa, abusando del diritto di impugnativa, “*bloccare*” lo svolgimento della vita e attività sociale, assoggetta il diritto di impugnazione del socio al possesso di un determinato numero di azioni: almeno l'uno per mille del capitale sociale nelle Spa che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il 5% del capitale sociale nelle altre.

Talché nelle Spa, salvo l'impugnazione venga proposta congiuntamente da una pluralità di soci anche sotto forma di *class action*, al fine, appunto, di raggiungere la complessiva soglia di legittimazione, la tutela reale non è esperibile da parte dei c.d. “*microazionisti*”.

Nelle Srl, invece, il diritto di impugnativa è riconosciuto a tutti i soci senza limitazioni di sorta, in ragione del carattere marcatamente personalistico di detto modello societario.

Ciò posto, l'oggetto dell'invocata tutela demolitoria è la delibera assembleare di approvazione del progetto di fusione/scissione, non ritenendosi condivisibile la tesi di chi individua già nella delibera del CdA del progetto l'atto da caducare. In senso contrario, infatti, deve innanzitutto osservarsi che il progetto può essere o meno approvato dall'assemblea sociale e che, oggi, il progetto può anche essere modificato in sede assembleare, con la conseguenza che lo stesso progetto di fusione viene a configurare un atto imputabile all'assemblea.

Venendo alla tipologia di azione esperibile, in ragione delle “*tempistiche*” del procedimento di fusione/scissione, la (sola) azione di impugnazione ordinaria risulterebbe del tutto inutile. Dalla iscrizione della delibera di fusione/scissione nel Registro Imprese, infatti, l'[articolo 2503](#), cod. civ. pone un termine di soli 60 giorni per l'attuazione della fusione o scissione, e quindi per la stipula del relativo atto, la cui iscrizione, da operarsi entro i successivi 30 giorni, conferisce stabilità all'operazione, con conseguente preclusione alla proposizione di rimedi invalidanti ai sensi dell'[articolo 2504-quater](#), cod. civ..

Talché, fusione o scissione si perfezionerebbero ben prima della pronuncia della sentenza di merito, che pertanto, anche qualora contenesse l'accertamento dell'invalidità della delibera gravata, sarebbe *inutiliter data*, non essendo più pronunciabile la conseguente declaratoria di invalidità dell'operazione. È quindi solo un'azione di tipo cautelare che consente un'effettiva tutela, giacché l'eventuale provvedimento di sospensione degli effetti della delibera impedirebbe il perfezionamento della fusione o scissione.

Orbene, se in passato si sosteneva che fosse il ricorso ex [articolo 700](#), c.p.c. la tipologia di azione cautelare esperibile, lo strumento idoneo è invece il ricorso ex [articolo 2378](#), comma 3, cod. civ., atteso che l'articolo 700, c.p.c. costituisce ormai pacificamente rimedio residuale, esperibile allorché difetti una misura cautelare tipica.

Misura cautelare tipica che invece sussiste ed è positivizzata all'[articolo 2378](#), comma 3, cod. civ., che dispone:

“Con ricorso depositato contestualmente al deposito, anche in copia, della citazione, l'impugnate può richiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione”.

Stando al dato normativo trattasi, pertanto, di un ricorso cautelare in corso di causa.

Alcuni Autori hanno quindi sostenuto l'esperibilità anche di un ricorso cautelare “*ante causam*”, fondando la tesi sul disposto dell'[articolo 12](#), L. 366/2001 per la riforma del diritto societario, che pone l'obiettivo di “*una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti*” (comma 1) e prevede “*la mera facoltatività della successiva instaurazione della causa di merito*” (comma 2, lettera c) nonché, in termini più generali, sul diritto di azione ex [articolo 24](#), Costituzione, inferendosene che “*ogni diversa interpretazione porterebbe a un'irragionevole disparità di trattamento delle 2 fattispecie della sospensione ante causam e in corso di causa*”⁵.

Tale orientamento pare però censurabile, innanzitutto perché, come già osservato, il ricorso ex [articolo 700](#), c.p.c. ha ormai pacificamente natura residuale e, per contro, l'articolo 2378, comma 3, cod. civ. costituisce lo strumento tipico per la proposizione della tutela cautelare in ambito societario.

In secondo luogo, a fronte della previsione contenuta nel secondo periodo dello stesso articolo 2378, comma 3, cod. civ., in caso di eccezionale e motivata urgenza, la sospensione della delibera può essere pronunciata già con decreto *inaudita altera parte* del presidente del Tribunale.

Pertanto, deve concludersi che la tutela reale del socio di minoranza rispetto a una operazione di fusione o scissione si concreta nella legittimazione, nei limiti anzidetti per il socio di Spa, a impugnare la delibera di fusione/scissione, entro il termine di 90 giorni dalla sua iscrizione nel Registro Imprese, presentando ricorso cautelare ex articolo 2378, comma 3, cod. civ., con possibilità di richiesta, in caso di eccezionale e motivata urgenza, di pronuncia della sospensione dell'efficacia della delibera con decreto *inaudita altera parte* da parte del presidente del Tribunale.

Quanto, poi, ai noti presupposti della domanda cautelare, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, si osserva che se la sussistenza del *periculum* deve essere accertata in esito a una valutazione comparativa tra il

⁵ G. Muscolo, “*Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle Spa*”, in *Le Società*, 2003, pag. 680.

pregiudizio che subirebbe l'impugnante dal ritardo nell'assunzione della decisione e il pregiudizio che subirebbe la società in caso di sospensione dell'efficacia della delibera e se, nella fattispecie in esame, detto pregiudizio è rappresentato, per l'impugnante, dall'irreversibilità della fusione o scissione che si verificherebbe in caso di mancata sospensione e per la società dall'impossibilità di veder attuata una operazione legittima in caso di sospensione, la valutazione sulla sussistenza del *periculum* presuppone, a ben vedere, la preliminare valutazione sulla sussistenza del *fumus boni iuris*, ossia la ragionevole probabilità di accertamento dei vizi lamentati.

Ciò in quanto il *periculum* è in *re ipsa* per l'impugnante, in ragione delle peculiari "tempistiche" del procedimento di fusione o scissione già evidenziate, mentre per la società sussiste solo allorquando la delibera non sia affetta da vizi invalidanti.

Vizi invalidanti, che possono essere così riepilogati:

- delibera assunta con abuso della maggioranza in danno della minoranza, nei termini anzidetti, ossia ponendosi in essere una operazione censurabile alla stregua del criterio della "ragionevolezza economica";
- previsione di un rapporto di cambio incongruo, indice sintomatico, e anzi consustanziale, di una delibera assunta con abuso della maggioranza;
- delibera assunta in violazione degli inderogabili e specifici obblighi di informativa preventiva facenti capo agli amministratori;
- vizi procedurali, quali il difetto di uno degli atti preparatori e prodromici alla delibera prescritti dal Legislatore.

Pertanto, a fronte della prova, di cui è gravato il ricorrente-impugnante, della sussistenza di uno o più dei suddetti vizi (oltre, ovviamente, a quelle che sono le generali ragioni di invalidità di una delibera assembleare) la efficacia della delibera di fusione/scissione potrà essere sospesa (e, fondatamente, dichiarata l'invalidità della delibera in esito al giudizio di merito).

La sospensione dell'efficacia della delibera ottenuta con ricorso ex [articolo 2378](#), comma 3, cod. civ. pertanto, astrattamente costituisce uno strumento di tutela assolutamente efficace per il socio di minoranza, precludendo il perfezionamento dell'operazione di fusione o scissione.

Astrattamente, però. È infatti doveroso osservare che non è certo agevole ottenere l'invocato provvedimento di sospensione, atteso che non è affatto detto che la delibera di fusione o scissione sia assunta con vizi procedurali o in violazione degli obblighi di informativa (in tal senso, basti considerare che se la delibera è assunta nell'interesse della maggioranza, la stessa "vigilerà" sul corretto svolgimento dell'*iter* dell'operazione) e che, soprattutto, la prova del lamentato abuso o incongruità del

rapporto di cambio risulta particolarmente gravosa se si considera che, come premesso, il principio della *business judgment rule* limita fortemente il sindacato giudiziale e, quindi, la possibilità di accertare l'“*irragionevolezza economica*” dell'operazione o l'incongruità del rapporto di cambio.

In buona sostanza, la tutela reale può dirsi, con una certa sicurezza, efficacemente esperibile solo allorquando la delibera di fusione/scissione sia affetta da “*macro vizi*”.

La tutela obbligatoria

Come premesso, al socio di minoranza compete, ed è anzi positivizzata (in ragione del *trend* evolutivo sopra ricordato), anche la tutela obbligatoria.

Tutela obbligatoria che, innanzitutto, è prevista in termini generali dall'[articolo 2377](#) cod. civ. a favore di quei soci che, nei termini anzidetti, non sono legittimati all'impugnazione.

E trattasi, peraltro, non già di risarcimento, bensì di indennizzo, riconosciuto al socio in ragione della privazione *ex lege* del diritto tipico di impugnativa, nonché di ipotesi di responsabilità oggettiva della società, con la conseguenza che “*il socio deve solo provare che se la deliberazione non fosse stata affetta da vizi, il danno non si sarebbe prodotto*”⁶.

Ciò posto, occorre quindi chiarire se il diritto al risarcimento (*rectius*: indennizzo) spetti anche ai soci legittimati all'impugnazione, allorquando l'impugnazione è ancora proponibile (*rectius*: prima dell'iscrizione nel Registro Imprese dell'atto di fusione/scissione).

A parere di chi scrive, la risposta deve essere negativa.

In primo luogo, si è pocanzi evidenziato che detto diritto è attribuito “*a titolo indennitario*” al socio proprio in quanto privato del suo diritto di impugnativa.

In secondo luogo, l'[articolo 2378](#), cod. civ. consente sì testualmente di cumulare domanda di impugnazione e domanda risarcitoria, ma individua forme di tutela alternative, posto che il danno da risarcire sussiste solo se il vizio lamentato con l'impugnazione non può essere eliminato e, per contro, in ragione dell'annullamento della delibera alcun danno è configurabile.

Da ultimo, è proprio l'[articolo 2504-quater](#), cod. civ. a prevedere il rimedio risarcitorio allorquando la tutela reale non può più essere esperita, in quanto siano state eseguite tutte le iscrizioni nel Registro Imprese.

Orbene, detta tutela risarcitoria è prevista in termini generali, ossia per ogni socio.

Quale è, quindi, il danno risarcibile?

⁶ R. Rordorf, “*Commento all'art. 2377*” in “*Commentario romano al nuovo diritto delle società*”, Vol. I, 2010, pag. 859.

In caso di delibera di fusione/scissione assunta con abuso della maggioranza viene determinato, quale “*fisiologica*” conseguenza dell’abuso, un rapporto di cambio pregiudizievole per il socio, al quale, per l’effetto, nella nuova società viene attribuita una partecipazione di valore inferiore a quella detenuta nella società originaria.

Pertanto, la domanda risarcitoria *de quo* presuppone l’accertamento della lamentata incongruità del rapporto di cambio, accertamento che il giudice è chiamato a operare dovendosi però considerare che il Legislatore prescrive appunto la congruità ([articolo 2501-sexies](#), cod. civ.) e non già l’esattezza del rapporto di cambio, con la conseguenza che sono ammissibili, a condizione che rientrino entro una “*ragionevole banda di oscillazione*”, una pluralità di metodi di determinazione del concambio, la cui scelta è rimessa alla discrezionalità dell’organo amministrativo secondo la già richiamata regola della *business judgment rule*.

Talché, il sindacato giudiziale avrà a oggetto non già la scelta del metodo di stima adottato, incensurabile, bensì la sussistenza di divergenze ingiustificate tra premesse (valutazioni operate) e conclusioni (il rapporto di cambio).

E trattasi, ancora una volta, di accertamento non certo agevole, proprio in ragione del carattere “*limitato*”, di mero temperamento alla discrezionalità dell’organo gestorio, del sindacato giurisdizionale. Qualora fosse accertata l’incongruità del rapporto di cambio, quanto ai criteri di calcolo del conseguente danno, la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che: “*Il corretto criterio di liquidazione richiede che il socio consegua una somma il più possibile uguale alla differenza tra il valore della partecipazione all’esito dell’operazione (di fusione) sulla base del concambio incongruo e il valore della partecipazione stessa ove tale elemento fosse stato correttamente determinato, così da porre, appunto, il socio nella condizione equivalente a quella che egli avrebbe avuto se la fusione fosse stata legittimamente eseguita*”⁷. Al socio spetta quindi il risarcimento del c.d. danno diretto, ossia il minor valore della partecipazione rispetto al valore della partecipazione stessa che sarebbe seguito a una congrua determinazione del rapporto di cambio.

Ciò detto, occorre da ultimo esaminare il tema della legittimazione passiva rispetto alla domanda in esame.

Orbene, secondo la più risalente giurisprudenza⁸, legittimata passiva rispetto all’azione ex [articolo 2504-quater](#), cod. civ. è, innanzitutto, la società scaturita dalla fusione o scissione, la cui responsabilità ha duplice natura: contrattuale, per violazione delle regole di correttezza e buona fede, ma anche

⁷ Cassazione n. 15025/2016.

⁸ Tribunale di Milano, sentenza del 27 novembre 2008.

extracontrattuale, stante la responsabilità ex [articolo 2049](#), cod. civ. della società per la condotta assunta dagli amministratori (*rectius*: determinazione rapporto di cambio incongruo nel progetto di fusione/scissione).

Alla responsabilità e, quindi, legittimazione passiva della società, si affianca poi la concorrente responsabilità, questa volta di natura *extra* contrattuale, degli stessi amministratori, ai sensi dell'[articolo 2395](#), cod. civ., che, come noto, disciplina l'azione individuale del socio (e del terzo) nei confronti degli amministratori per il risarcimento del danno conseguente a loro atti dolosi o colposi.

Detto orientamento, però, ha trovato revisione, quantomeno parziale, proprio con la già richiamata [sentenza n. 15025/2016](#).

Orbene, premesso che nel caso esaminato dalla Suprema Corte l'accertamento della incongruità del rapporto di cambio seguiva all'accertamento dell'alterazione dei valori contabili e al difetto di informazione dei soci in occasione della delibera di approvazione del progetto, la Corte lascia intendere che, quantomeno in ipotesi di violazione di un obbligo positivizzato facente capo agli amministratori (rappresentazione veritiera e dovere di informazione), legittimati passivi debbano essere i soli amministratori, atteso che, se le informazioni rese all'assemblea dei soci non fossero state veritiere, i soci stessi non avrebbero potuto esprimere un voto consapevole e che, in caso di responsabilità solidale della società, si verificherebbe il paradosso per cui gli stessi soci danneggiati subirebbero la perdita patrimoniale conseguente al pagamento del risarcimento del danno a essi stessi riconosciuto.

Detto orientamento pare però censurabile per un triplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, se alla determinazione di un rapporto di cambio incongruo di norma si perviene per attuare un'operazione di fusione/scissione in danno della minoranza, è patente che gli stessi soci di maggioranza che esprimono voto favorevole sul progetto sono "*informati*" dell'incongruità del rapporto di cambio.

In secondo luogo, alla società spetta comunque l'azione di regresso nei confronti degli amministratori, talché appare oltremodo pregiudizievole per gli interessi dei soci, già lesi, vedersi costretti ad agire nei confronti degli amministratori stessi, magari incapienti, e non già anche nei confronti della società, capiente, sulla quale quindi pare congruo far ricadere le conseguenze dell'eventuale incapacienza di amministratori eletti dalla stessa maggioranza.

Infine, l'argomento del paradosso della perdita patrimoniale subita dal socio per vedersi ristorato un danno a egli stesso liquidato appare recessivo rispetto al rilievo che detta perdita risulterebbe ben inferiore all'ammontare del danno liquidato.

Pertanto, pare auspicabile che l'orientamento della “*doppia legittimazione*” di società e amministratori trovi conferma anche per il caso di violazione di un obbligo facente capo agli amministratori.

Ancora, per espressa previsione normativa ([articolo 2501-sexies](#), comma 6, cod. civ.), legittimati passivi rispetto all'azione di risarcimento del danno potranno essere anche gli esperti chiamati a redigere la relazione sulla congruità del rapporto di cambio, mentre, in ragione del principio generale di responsabilità sancito, rispettivamente, negli articoli [2409-terdecies](#) e [2409-quaterdecies](#), cod. civ., legittimati passivi potranno essere sindaci, membri del consiglio di sorveglianza e membri del comitato per il controllo sulla gestione, la cui responsabilità trova fonte, in termini generali, rispettivamente, negli articoli [2409-terdecies](#) e [2409-quaterdecies](#), cod. civ..

Anche la responsabilità di esperti, sindaci, membri del consiglio di sorveglianza e membri del comitato per il controllo sulla gestione avrà natura *extra* contrattuale, con tutte le conseguenze, segnatamente in punto onere della prova e termine di prescrizione che ne derivano.

La tutela pauliana

Da ultimo, in punto tutela giurisdizionale, si segnala che con [sentenza n. 2153/2021](#), la Corte di Cassazione ha ritenuto ammissibile l'esperimento dell'azione revocatoria (ordinaria e fallimentare) del creditore rispetto alla scissione, in conformità a quanto statuito dalla Corte di Giustizia, che con la [sentenza causa C-394/18 del 30 gennaio 2020](#) aveva affermato: “*l'articolo 12 della VI Direttiva (82/891/CEE) deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che, dopo la realizzazione di una scissione, i creditori della società scissa....possano intentare un'azione pauliana*”.

Nello specifico, la Suprema Corte afferma la esperibilità dell'azione revocatoria, rilevando che la tutela pauliana non può negarsi in ragione delle previsioni di cui agli [articoli 2504-quater](#) e [2503](#), cod. civ. (opposizione dei creditori).

Da un lato, infatti, l'azione revocatoria, incidendo sulla efficacia dell'atto di scissione, opera su di un piano diverso rispetto all'articolo [2504-quater](#), cod. civ., che attiene invece alla validità dell'atto.

Per altro verso, azione revocatoria e opposizione dei creditori costituiscono rimedi differenti, sia in relazione ai presupposti (legali per l'[articolo 2901](#), cod. civ., ed assenti per l'articolo [2503](#), cod. civ.), sia in relazione agli effetti (a favore del solo soggetto che agisce in revocatoria - *erga omnes*), sia alla funzione (ripristinatoria - preventiva).

Se, quindi, alla luce della più recente giurisprudenza l'azione revocatoria è esperibile da parte dei creditori della società scissa, può ritenersi che analoga tutela possa spettare al socio di minoranza?

Orbene, premesso che nella nozione di credito di cui all'[articolo 2901](#), cod. civ. ormai invalsa è ricompresa anche la ragione e l'aspettativa e che, quindi, il socio può dirsi creditore in considerazione della sua aspettativa alla liquidazione della quota o alla distribuzione di utili, che scissione/fusione costituiscono un atto dispositivo, che sussisterebbe l'*eventus damni* (rapporto di cambio), come pure la *scientia fraudis* (delibera assunta con abuso del diritto) e se, per quanto affermato con la pronuncia in commento, il "limite" di cui all'[articolo 2504-quater](#), cod. civ. non è ostativo all'esperimento dell'azione pauliana e nemmeno lo è la sussistenza di un rimedio tipico (per il socio: articolo 2504-quater, comma 2, cod. civ.), stante la differenza funzionale (risarcitoria) rispetto a quella ripristinatoria propria della azione revocatoria, astrattamente il principio affermato dalla Suprema Corte in relazione ai creditori potrebbe essere suscettibile di applicazione estensiva e, quindi, anche al socio potrebbe essere riconosciuta la possibilità di agire in revocatoria.

Conclusioni

A fronte di quanto sin qui considerato è patente che la tutela accordata al socio di minoranza in caso di fusione o scissione è solo parziale (diritto di recesso) o difficilmente efficacemente esperibile (tutela giurisdizionale), in ragione delle peculiarità del diritto societario che trova nel principio maggioritario e nella regola della *business judgment rule* i suoi principi cardine.

Pertanto, quantomeno per rendere più efficacemente esperibili azioni di impugnazione e risarcitorie, *de jure condendo*, pare auspicabile un intervento del Legislatore in materia teso a introdurre criteri maggiormente definiti, evidentemente di matrice economica, per il sindacato giudiziale sul carattere abusivo o meno di un'operazione o, quantomeno, sulla congruità del rapporto di cambio.

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2022

Operazioni straordinarie d'impresa: le novità della “*Legge di Bilancio 2022*”

di Gianluca Cristofori - dottore commercialista, STC - Studio Tributario Cristofori

Domenico Santoro - dottore commercialista, STC - Studio Tributario Cristofori

Il 31 dicembre 2021 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 310 la L. 234/2021 (c.d. Legge di Bilancio 2022), con la quale sono state introdotte alcune novità in materia di incentivi a beneficio delle aggregazioni tra imprese, nulla prevedendo, invece, in merito alle aggregazioni tra professionisti (singoli o associati), nonostante l'auspicata regolamentazione della materia da più parti auspicata. Ulteriori novità sono state introdotte anche con riguardo al regime di imposizione indiretta previsto per la cessione di azienda (o rami di essa) “*con continuazione dell'attività e mantenimento degli assetti occupazionali*”, nel caso in cui siano inclusi nel compendio aziendale trasferito beni immobili strumentali che, per le loro caratteristiche, non sarebbero suscettibili di diversa utilizzazione senza radicali trasformazioni.

“*Bonus aggregazioni*”: limitazione dell'ambito temporale di applicazione

Come noto, l'[articolo 11](#), D.L. 34/2019, convertito, con modificazioni, con la L. 58/2019, ha (re)introdotto nel nostro ordinamento la disciplina già nota come “*bonus aggregazioni*”¹, applicabile alle operazioni di fusione e scissione societaria (di cui agli articoli [172](#) e [173](#), Tuir), oltre che di conferimento di azienda o di rami di essa (di cui all'[articolo 176](#), Tuir), poste in essere con finalità di aggregazione aziendale (non già, quindi, per mere finalità di ristrutturazione o di riorganizzazione infragruppo), purché risultino rispettati taluni inderogabili presupposti – di seguito sinteticamente riepilogati² – e sempre che tali operazioni risultino giuridicamente perfezionate nel periodo temporale che intercorre tra il 1° maggio 2019 e il 31 dicembre 2022 (termine anticipato al 31 dicembre 2021, a seguito delle modifiche recate dalla “*Legge di Bilancio 2022*”)³.

¹ Tale agevolazione è stata per la prima volta introdotta nel nostro ordinamento a opera dell'articolo 1, commi da 242 a 249, L. 296/2006 (c.d. Legge Finanziaria per il 2007), con riguardo alle succitate operazioni di finanza straordinaria aventi efficacia giuridica nel biennio 2007-2008, ed è stata successivamente riproposta, con alcune modifiche, dall'articolo 4, D.L. 5/2009 (c.d. Decreto Incentivi), con riguardo alle medesime succitate operazioni aventi efficacia giuridica nel periodo d'imposta 2009.

² Per un maggior dettaglio si rinvia al contributo di G. Cristofori, D. Santoro, “*La (reintrodotta) disciplina del c.d. “bonus aggregazioni”*”, in Rivista delle operazioni straordinarie n. 7/2019.

³ Modifiche recate dall'articolo 1, comma 71, L. 234/2021.

Si rammenta che tale agevolazione, in deroga al principio di piena neutralità ai fini fiscali e al suo corollario della continuità nei valori fiscalmente riconosciuti, operante in ipotesi di operazioni di fusione e scissione societaria, oltre che di conferimento di azienda, si sostanzia nel riconoscimento fiscale gratuito – ai fini sia delle imposte sui redditi, sia dell'Irap – dei maggiori valori iscritti per effetto dell'allocazione del disavanzo da concambio (ovvero nei limiti di quanto attestato nella perizia giurata di stima predisposta con riguardo al complesso aziendale oggetto di conferimento) e allocati a titolo di avviamento e/o sui beni strumentali materiali e immateriali, nel limite massimo di complessivi 5 milioni di euro.

Affinché risultino agevolabili tali operazioni straordinarie, occorre considerare che:

- dal punto di vista soggettivo, l'[articolo 11](#), D.L. 34/2019, stabilisce che possono avvalersi del “*bonus aggregazioni*” i soggetti aventi causa dalle succitate operazioni straordinarie⁴ che rivestono una delle forme giuridiche contemplate dall'[articolo 73](#), comma 1, lettera a), Tuir, ovverosia: (i) società per azioni, (ii) società in accomandita per azioni, (iii) società a responsabilità limitata, (iv) società cooperative, (v) società di mutua assicurazione, nonché (vi) società europee e (vii) società cooperative europee, residenti in Italia. I soggetti che partecipano all'operazione straordinaria devono essere inoltre operativi da almeno 2 anni (c.d. requisito dell'operatività), nonché non aver fatto parte dello stesso gruppo societario, non essere legati tra loro da un rapporto di partecipazione superiore al 20%, non essere controllati, anche indirettamente, dallo stesso soggetto ai sensi dell'[articolo 2359](#), comma 1, n. 1, cod. civ. (c.d. requisito dell'indipendenza);
- dal punto di vista oggettivo, deve trattarsi di operazioni di aggregazione aziendale, nel senso che “*...l'operazione di fusione, scissione o conferimento deve realizzare necessariamente una effettiva aggregazione aziendale. Non è sufficiente, quindi, la creazione di un'azienda di dimensioni maggiori ma occorre la concentrazione di almeno 2 aziende preesistenti*”⁵. È, inoltre, necessario che, in esito a tali operazioni, emerga un disavanzo da concambio imputato a maggior valore dei beni strumentali materiali e immateriali o ad avviamento, ovvero che tale maggior valore emerga dalla perizia giurata di stima predisposta con riguardo al complesso aziendale oggetto di conferimento;
- dal punto di vista temporale, l'[articolo 11](#), comma 4, D.L. 34/2019, stabilisce che la disciplina agevolativa si applica soltanto nel caso in cui le imprese interessate dalle operazioni di aggregazione aziendale “*...si trovino o si siano trovate ininterrottamente, nei 2 anni precedenti l'operazione*” nelle anzidette condizioni per fruire del beneficio (c.d. requisito dell'anzianità). Secondo la tesi interpretativa

⁴ Società incorporante, in ipotesi di fusione per incorporazione, società risultante dalla fusione, in ipotesi di fusione per unione, società beneficiaria, in ipotesi di scissione e società conferitaria, in ipotesi di conferimento di azienda.

⁵ Cfr. [circolare n. 16/E/2007](#), § 3.

a più riprese sostenuta dall'Agenzia delle entrate⁶, il beneficio può essere fruito a condizione che le imprese partecipanti alle operazioni di aggregazione aziendale possiedano i descritti requisiti soggettivi e oggettivi, non solo al momento in cui viene posta in essere l'operazione di fusione, scissione o conferimento d'azienda, ma che li abbiano posseduti ininterrottamente anche nel corso dei 2 anni precedenti l'operazione stessa;

– circa l'intervallo temporale nel corso del quale è possibile beneficiare dell'agevolazione, gli effetti della norma sono temporalmente limitati, in quanto riferibili alle sole operazioni di aggregazione aziendale “effettuate” a decorrere dal 1° maggio 2019 e fino al 31 dicembre 2022.

Le novità recate dall'articolo 1, [comma 71](#), della Legge di Bilancio 2022 riguardano proprio l'intervallo temporale nel corso del quale è possibile beneficiare dell'agevolazione, in quanto lo stesso è stato limitato alle operazioni di aggregazione aziendale effettuate solo fino al 31 dicembre 2021 (in luogo del previgente termine stabilito al 31 dicembre 2022).

Ne consegue, pertanto, che i soggetti che avessero valutato la possibilità e la concreta fattibilità di operazioni di aggregazione aziendale da porre in essere nel corso del periodo d'imposta 2022 dovranno tenere in debita considerazione l'intervento del Legislatore volto a escludere le operazioni effettuate in tale periodo d'imposta dal c.d. “*bonus aggregazioni*”, i quali – per evitare la gestione di un “*doppio binario*” civile/fiscale emergente per effetto dell'allocazione del disavanzo a maggior valore dell'avviamento e/o dei beni strumentali materiali e immateriali, ovvero per effetto dell'iscrizione di maggiori valori nei limiti di quanto attestato nella perizia giurata di stima afferente il complesso aziendale oggetto di conferimento – avranno, quale unica alternativa, quella di valutare l'opzione per uno dei 2 regimi di “*affrancamento*” previsti dall'ordinamento tributario⁷, mediante i quali è possibile ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti su taluni specifici elementi dell'attivo patrimoniale, previo pagamento delle imposte sostitutive all'uopo previste.

Trasformazione delle Dta: estensione dell'ambito di applicazione

A fronte della limitazione temporale alla possibilità di beneficiare del c.d. “*bonus aggregazioni*”, il Legislatore ha però esteso l'ambito di applicazione della disciplina agevolativa prevista dall'articolo 1, [comma 233](#), L. 178/2020 (c.d. Legge di Bilancio 2021), applicabile alle operazioni di fusione e scissione societaria, oltre che di conferimento di azienda o di rami di essa, poste in essere con finalità di

⁶ Cfr. circolari [n. 11/E/2007](#), § 10.2 e [n. 16/E/2007](#), § 3.

⁷ Il riferimento è al regime di affrancamento “*ordinario*” previsto dagli articoli 176, comma 2-ter (per il conferimento d'azienda), 172, comma 10-bis (per la fusione), e 173, comma 15-bis (per la scissione), Tuir, nonché al regime di affrancamento “*speciale*” o “*alternativo*”, previsto dall'articolo 15, commi da 10 a 12, D.L. 185/2008.

aggregazione aziendale (non già, quindi, per mere finalità di ristrutturazione o di riorganizzazione infragruppo), purché risultino rispettati taluni inderogabili presupposti – di seguito sinteticamente riepilogati – e sempre che il progetto sia stato approvato dall’organo amministrativo competente delle società partecipanti (in caso di fusione e scissione) o l’operazione sia stata deliberata dall’organo amministrativo competente della conferente (in caso di conferimento d’azienda) nel periodo di tempo che intercorre tra il 1° gennaio 2021 e il 31 dicembre 2021 (termine prorogato al 30 giugno 2022 a seguito delle modifiche recate dalla “*Legge di Bilancio 2022*”⁸).

Si rammenta che tale agevolazione si sostanzia nella possibilità, riconosciuta all’avente causa dell’operazione straordinaria⁹, di trasformare in credito d’imposta le attività per imposte anticipate (c.d. “*Dta*”) riferite ai seguenti componenti:

1. perdite fiscali maturate fino al periodo d’imposta precedente a quello in corso alla data di efficacia giuridica dell’operazione e non ancora utilizzate in abbattimento del reddito imponibile ai sensi dell’[articolo 84](#), Tuir alla medesima data;
2. eccedenza di Ace di cui all’[articolo 1](#), comma 4, D.L. 201/2011, maturata fino al periodo d’imposta precedente a quello in corso alla data di efficacia giuridica dell’operazione e non ancora dedotta, né trasformata in credito d’imposta, alla medesima data.

Affinché risultino agevolabili tali operazioni straordinarie occorre considerare che:

– dal punto di vista soggettivo, le società che partecipano alle operazioni di aggregazione aziendale devono essere operative da almeno 2 anni e, alla data di effettuazione dell’operazione e nei 2 anni precedenti, non devono aver fatto parte dello stesso gruppo societario, né essere legate tra loro da un rapporto di partecipazione superiore al 20% o essere controllate - anche indirettamente - dallo stesso soggetto ai sensi dell’[articolo 2359](#), comma 1, n. 1, cod. civ.. Possono beneficiare della disciplina agevolativa i soggetti tra i quali sussiste il rapporto di controllo ai sensi dell’articolo 2359, comma 1, n. 1, cod. civ., se il controllo è stato acquisito attraverso operazioni diverse da quelle oggetto di agevolazione tra il 1° gennaio 2021 e il 30 giugno 2022 ed entro 2 anni dalla data di acquisizione di tale controllo abbia avuto efficacia giuridica una delle operazioni agevolabili; in tal caso, le perdite fiscali e l’eccedenza non utilizzata di Ace si riferiscono a quelle maturate fino al periodo d’imposta precedente a quello in corso alla data in cui è stato acquisito il controllo e le condizioni per fruire

⁸ Modifiche recate dall’articolo 1, comma 70, L. 234/2021.

⁹ Società incorporante, in ipotesi di fusione per incorporazione, società risultante dalla fusione, in ipotesi di fusione per unione, società beneficiaria, in ipotesi di scissione e società conferitaria, in ipotesi di conferimento di azienda.

dell'agevolazione devono intendersi riferite alla data in cui è effettuata l'operazione di acquisizione del controllo¹⁰.

La disciplina agevolativa in commento non trova invece applicazione nei confronti delle società per le quali sia stato accertato lo stato di dissesto o il rischio di dissesto ai sensi dell'[articolo 17](#), D.Lgs. 180/2015, ovvero lo stato di insolvenza ai sensi dell'[articolo 5](#), L.F. o dell'[articolo 2](#), comma 1, lettera b), Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza;

– dal punto di vista oggettivo, deve trattarsi di operazioni di aggregazione aziendale realizzate attraverso fusione, scissione o conferimento d'azienda (o rami di essa). È, inoltre, necessario che i soggetti partecipanti a tali operazioni abbiano iscritto, ovvero avrebbero avuto astrattamente titolo per iscrivere¹¹, attività per imposte anticipate riferibili alle perdite fiscali pregresse e alle eccedenze non utilizzate di Ace;

– circa l'intervallo temporale nel corso del quale è possibile beneficiare dell'agevolazione, gli effetti della norma sono temporalmente limitati, in quanto riferibili alle sole operazioni di aggregazione aziendale il cui progetto (di fusione o di scissione) sia stato approvato dall'organo amministrativo competente delle società partecipanti o l'operazione sia stata deliberata dall'organo amministrativo competente della conferente nel periodo che intercorre tra il 1° gennaio 2021 e il 31 dicembre 2021.

Una delle novità recate dall'articolo 1, [comma 70](#), Legge di Bilancio 2022 riguarda proprio l'intervallo di tempo nel corso del quale è possibile beneficiare dell'agevolazione, in quanto lo stesso è stato da ultimo esteso alle operazioni di aggregazione aziendale il cui progetto (di fusione o di scissione) sia stato approvato dall'organo amministrativo competente delle società partecipanti o l'operazione sia stata deliberata dall'organo amministrativo competente della conferente entro il 30 giugno 2022 (in luogo del previgente termine stabilito al 31 dicembre 2021);

– indipendentemente dal numero di operazioni societarie straordinarie realizzate nel periodo agevolabile, la disciplina in commento può essere applicata una sola volta per ciascun soggetto;

– la trasformazione delle attività per imposte anticipate in credito d'imposta non avviene però gratuitamente, in quanto è condizionata al pagamento di una commissione pari al 25% delle attività

¹⁰ Prima delle modifiche recate dall'articolo 1, comma 70, L. 234/2021, l'articolo 1, comma 238, L. 178/2020 così disponeva: "Le disposizioni dei commi da 233 a 243 del presente articolo si applicano anche ai soggetti tra i quali sussiste il rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, numero 1), cod. civ. se il controllo è stato acquisito attraverso operazioni diverse da quelle di cui al comma 233 tra il 1° gennaio 2021 e il 31 dicembre 2021 ed entro un anno dalla data di acquisizione di tale controllo abbia avuto efficacia giuridica una delle operazioni di cui al comma 233; in tal caso le perdite fiscali e l'importo del rendimento nozionale eccedente di cui al medesimo comma 233 si riferiscono a quelli maturati fino al periodo d'imposta precedente a quello in corso alla data in cui è stato acquisito il controllo e le condizioni previste dal comma 237 devono intendersi riferite alla data in cui è effettuata l'operazione di acquisizione del controllo".

¹¹ Come dispone l'articolo 1, comma 233, ultimo periodo, L. 178/2020, "Le attività per imposte anticipate riferibili ai componenti sopra indicati possono essere trasformate in credito d'imposta anche se non iscritte in bilancio".

per imposte anticipate complessivamente trasformate¹². Il versamento di detta commissione deve essere effettuato per il 40% entro 30 giorni dalla data di efficacia giuridica dell'operazione di aggregazione aziendale e per il restante 60% entro i primi 30 giorni dell'esercizio successivo a quello in corso alla data di efficacia giuridica dell'operazione di aggregazione. Tale commissione è deducibile ai fini delle imposte sui redditi e dell'Irap nell'esercizio in cui avviene il pagamento.

Verificati i presupposti normativi per usufruire dell'agevolazione in commento, la trasformazione in credito d'imposta avviene, per 1/4, alla data di efficacia giuridica dell'operazione di aggregazione aziendale e, per i restanti 3/4, al primo giorno dell'esercizio successivo a quello in corso alla data di efficacia giuridica dell'operazione per un ammontare complessivo non superiore al minore importo tra 500 milioni di euro¹³ e il 2% della somma delle attività dei soggetti partecipanti alla fusione o alla scissione, come risultanti dalla situazione patrimoniale di cui all'[articolo 2501-quater](#), cod. civ. (senza considerare il soggetto che presenta le attività di importo maggiore), ovvero il 2% della somma delle attività oggetto di conferimento.

Se all'operazione di aggregazione aziendale partecipano società controllanti capogruppo tenute a redigere il bilancio consolidato, per l'applicazione della disciplina agevolativa si considerano le attività risultanti dall'ultimo bilancio consolidato disponibile¹⁴.

In caso di aggregazione realizzata mediante conferimento d'azienda, le perdite fiscali pregresse e le eccedenze non utilizzate di Ace del conferitario rilevano, ai fini della trasformazione, negli stessi limiti e alle stesse condizioni previsti dalla disciplina antielusiva specifica di cui all'[articolo 172](#), comma 7, Tuir per il riporto delle perdite fiscali pregresse ai successivi periodi d'imposta da parte della società incorporante o risultante dalla fusione; a tal fine, è obbligatoria la redazione della situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-*quater*, commi 1 e 2, cod. civ..

A decorrere dalla data di efficacia giuridica dell'operazione di aggregazione, perfezionatasi la trasformazione delle attività per imposte anticipate in discussione in credito d'imposta, i soggetti partecipanti all'operazione:

- a) non possono più utilizzare in diminuzione dei redditi imponibili le perdite fiscali pregresse relative alle attività per imposte anticipate complessivamente trasformate in credito d'imposta;
- b) non possono più dedurre, né trasformare in credito d'imposta, le eccedenze non utilizzate di Ace relative alle attività per imposte anticipate complessivamente trasformate in credito d'imposta.

¹² Come dispone l'articolo 1, comma 242, L. 178/2020: "Ai fini dei commi da 233 a 241 del presente articolo per attività per imposte anticipate complessivamente trasformate s'intende l'ammontare complessivo delle attività per imposte anticipate oggetto di trasformazione e non rileva che la trasformazione avvenga in parte nell'esercizio successivo a quello in corso alla data di efficacia giuridica delle operazioni di cui al comma 233".

¹³ Limite aggiunto dall'articolo 1, comma 70, L. 234/2021.

¹⁴ Inciso aggiunto all'articolo 1, comma 234, L. 178/2020, dall'articolo 1, comma 70, L. 234/2021.

Il credito d'imposta derivante dalla trasformazione delle attività per imposte anticipate non è produttivo di interessi; può essere utilizzato, senza limiti di importo, in compensazione o può essere ceduto secondo quanto previsto dagli articoli [43-bis](#) o [43-ter](#), D.P.R. 602/1973, oppure può essere chiesto a rimborso. Tale credito d'imposta deve essere indicato nella dichiarazione dei redditi, non concorre alla formazione del reddito d'impresa, né della base imponibile dell'Irap e non rileva ai fini del rapporto di cui all'[articolo 109](#), comma 5, Tuir.

Disposizioni peculiari sono state infine previste per regolamentare la disciplina agevolativa in caso di soggetti che abbiano optato per il regime del consolidato fiscale di cui all'[articolo 117](#) e ss., Tuir, ovvero per il regime della trasparenza fiscale di cui all'[articolo 115](#), Tuir:

– in caso di opzione per il regime del consolidato fiscale, ai fini della trasformazione rilevano prioritariamente, se esistenti, le eccedenze non utilizzate di Ace e le perdite fiscali pregresse del soggetto partecipante relative agli esercizi anteriori all'inizio della tassazione di gruppo; a seguire, rilevano le perdite fiscali complessivamente riportate a nuovo dal soggetto controllante ai sensi dell'[articolo 118](#), Tuir;

– in caso di opzione per la trasparenza fiscale, per la società partecipata rilevano prioritariamente, se esistenti, le eccedenze non utilizzate di Ace e le perdite fiscali pregresse relative agli esercizi anteriori all'inizio del regime di trasparenza congiuntamente a quelle non attribuite ai soci ai sensi dell'[articolo 115](#), comma 3, Tuir; a seguire, rilevano le perdite fiscali e le eccedenze non utilizzate di Ace attribuite ai soci/partecipanti e non ancora computate in diminuzione dei loro redditi o trasformate in credito d'imposta.

Occorre evidenziare, infine, che, secondo quanto sostenuto da taluni commentatori¹⁵, tale agevolazione, in mancanza di apposite disposizioni di incompatibilità, si sovrapporrebbe, per il periodo d'imposta 2021, al “*bonus aggregazioni*” di cui all'[articolo 11](#), D.L. 34/2019.

Regime di imposizione indiretta della cessione di azienda

Come noto, la cessione d'azienda è un'operazione estranea al campo di applicazione dell'Iva, ai sensi di quanto previsto dall'[articolo 2](#), comma 3, lettera b), D.P.R. 633/1972¹⁶ e, in virtù del principio di alternatività tra Iva e imposta di registro (ex [articolo 40](#), Tur), trova applicazione l'imposta di registro in misura proporzionale, tenuto anche conto di quanto previsto dall'[articolo 23](#), commi 1 e 4, Tur, a norma

¹⁵ Cfr. L. Corso, “*Doppio beneficio per le operazioni di aggregazione aziendale 2021*”, in Eutekne.info del 6 gennaio 2022.

¹⁶ A norma del quale: “*Non sono considerate cessioni di beni: ... b) le cessioni e i conferimenti in società o altri enti, compresi i consorzi e le associazioni o altre organizzazioni, che hanno per oggetto aziende o rami d'azienda*”.

del quale: “1. Se una disposizione ha per oggetto più beni o diritti, per i quali sono previste aliquote diverse, si applica l’aliquota più elevata, salvo che per i singoli beni o diritti siano stati pattuiti corrispettivi distinti....

4. Nelle cessioni di aziende o di complessi aziendali relativi a singoli rami dell’impresa, ai fini dell’applicazione delle diverse aliquote, le passività si imputano ai diversi beni sia mobili che immobili in proporzione del loro rispettivo valore”.

In termini generali, ne consegue che:

- se nell’atto di cessione di azienda è indicato un unico e indifferenziato corrispettivo che l’acquirente deve corrispondere al venditore per acquisire la proprietà del compendio aziendale, si applica l’aliquota più elevata tra quelle previste per il trasferimento dei singoli beni aziendali; a mero titolo esemplificativo, in caso di trasferimento di un’azienda che comprenda anche beni immobili¹⁷, diversi dai terreni agricoli, trova applicazione l’aliquota del 9% ai fini dell’imposta di registro;
- se, invece, nell’atto di cessione di azienda sono indicati distinti corrispettivi per ciascun bene facente parte del compendio aziendale trasferito, a ciascuno di questi si applica l’imposta di registro con l’aliquota “propria”¹⁸.

È in tale contesto che si inserisce la novità recata dall’articolo 1, [comma 237](#), Legge di Bilancio 2022, prevedendo che, “In caso di cessione dell’azienda o di un ramo di essa con continuazione dell’attività e mantenimento degli assetti occupazionali, al trasferimento di beni immobili strumentali che per le loro caratteristiche non sono suscettibili di diversa utilizzazione senza radicali trasformazioni si applicano l’imposta di registro e le imposte ipotecaria e catastale nella misura fissa di 200 euro ciascuna. In caso di cessazione dell’attività o di trasferimento per atto a titolo oneroso o gratuito degli immobili acquistati con i benefici di cui al presente comma prima del decorso del termine di 5 anni dall’acquisto, sono dovute le imposte di registro, ipotecaria e catastale nella misura ordinaria”.

Dal tenore della norma, affinché possa trovare applicazione la tassazione in misura fissa (600 euro) ai fini dell’imposizione indiretta sui trasferimenti per gli immobili strumentali trasferiti mediante un contratto di cessione di azienda (o ramo di essa), parrebbe necessario rispettare le seguenti condizioni:

¹⁷ In merito alla nozione bene immobile strumentale, si rammenta che l’Agenzia delle entrate con la [circolare n. 18/E/2013](#) ha ribadito quanto segue: “Con la circolare n. 27/E/2006, l’Agenzia delle entrate ha precisato che “la distinzione tra immobili ad uso abitativo e immobili strumentali deve essere operata con riferimento alla classificazione catastale dei fabbricati, a prescindere dal loro effettivo utilizzo”. Nella categoria degli immobili ad uso abitativo rientrano tutti i fabbricati classificati o classificabili nella categoria “A”, con esclusione dei fabbricati di tipo A10. Sono, invece, strumentali per natura i fabbricati che, per le loro caratteristiche, non sono suscettibili di diversa utilizzazione senza radicali trasformazioni. Tali fabbricati rientrano nelle categorie catastali:

- A10 (uffici);
- B;
- C (magazzini e negozi);
- D (opifici, impianti industriali, alberghi);
- E (stazione per servizi di trasporto, edifici a destinazione particolare)”.

¹⁸ In questo senso, *ex multis*, circolare n. 18/E/2013.

- il trasferimento dei beni immobili strumentali deve avvenire nell'ambito di una cessione di azienda "... con continuazione dell'attività e mantenimento degli assetti occupazionali". Sulla nozione di "... continuazione dell'attività" non parrebbero sussistere particolari dubbi interpretativi, essendo riscontrabile a posteriori l'attività in fatto esercitata dal cedente e l'attività in fatto esercitata dal cessionario una volta perfezionatasi la cessione dell'azienda. Dubbi sussistono, invece, in merito al significato da attribuire alla nozione di "...mantenimento degli assetti occupazionali", non essendo rinvenibile una definizione normativa alla quale fare riferimento per un riscontro in termini operativi¹⁹;
- il cessionario dell'azienda non deve cessare l'attività o trasferire per atto a titolo oneroso o gratuito gli immobili acquistati con l'agevolazione in commento prima del decorso del termine di 5 anni dall'acquisto, pena la debenza delle imposte di registro, ipotecaria e catastale nella misura ordinaria²⁰;
- non parrebbero essere richieste particolari dichiarazioni o assunzioni di impegni da rendere nell'atto di cessione dell'azienda, non richiedendo la norma che l'acquirente dichiari di voler continuare l'attività aziendale o di voler mantenere l'assetto occupazionale dell'azienda acquistata, come invece richiesto esplicitamente da altre norme agevolative. Parrebbe, invece, che l'agevolazione spetti oggettivamente per il semplice fatto che l'azienda trasferita comprenda immobili strumentali, purché continui l'attività e si mantengano i livelli occupazionali.

¹⁹ Sul punto, A. Busani, "Cessione di beni strumentali tassati 600 euro", in *Il Sole 24 Ore* del 6 gennaio 2022, così si è espresso: "Quanto alla condizione del "mantenimento degli assetti occupazionali" non pare che ne esista una definizione normativa. Quindi, c'è ampio spazio per controversie interpretative sul punto tra contribuenti, Agenzia e giudici tributari. Una lettura di buon senso porterebbe a dire che il requisito viene rispettato se non vi siano licenziamenti collettivi, mentre appaiono tollerabili piccole variazioni nel quantitativo di personale presente in azienda. Inoltre, dovrebbero essere ininfluenti le variazioni del personale conseguenti a licenziamenti di natura disciplinare (o casi analoghi)".

²⁰ Sul punto, A. Busani, "Cessione di beni strumentali tassati 600 euro", in *Il Sole 24 Ore* del 6 gennaio 2022, ha osservato che: "La nuova norma manifesta peraltro una certa frettosità redazionale quando, nel suo primo periodo, subordina la sua applicazione a due condizioni (la "continuazione dell'attività" dell'azienda oggetto di cessione e il «mantenimento degli assetti occupazionali») e poi quando, invece, nel suo secondo periodo, nel dettare le fattispecie in cui si ha decadenza dall'agevolazione (comminando il recupero dell'imposizione "ordinaria", ma nessuna sanzione):

- dimentica il "mantenimento degli assetti occupazionali" (quindi si apre il tema se il mancato mantenimento integri una fattispecie di decadenza);
- indica, come ipotesi di decadenza, la "cessazione dell'attività" aziendale entro 5 anni dall'atto agevolato e il "trasferimento per atto a titolo oneroso o gratuito degli immobili" in questione entro il quinquennio predetto".

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2022

Società agricole: la trasformazione da società di capitali in società semplice

di Fabio Giommoni - dottore commercialista e revisore legale

di Luigi Scappini - dottore commercialista e revisore legale

La recente [risposta a interpello n. 811/E/2021](#) offre lo spunto per analizzare le conseguenze della trasformazione da società di capitali in società semplice con particolare attenzione al mondo agricolo in cui tale ultima forma societaria rappresenta la più utilizzata. Il passaggio non è neutrale, ma comporta l'emersione delle plusvalenze latenti sui beni aziendali e, soprattutto, la tassazione delle riserve di utili, comprese quelle in sospensione di imposta.

Premessa: la società agricola

Nell'ormai lontano 2004, a chiusura del percorso iniziato con la Legge delega per la riforma del settore agricolo (L. 57/2001), il Legislatore, con il D.Lgs. 99/2004 ha, da un lato, introdotto l'imprenditore agricolo professionale ([articolo 1](#)), una nuova figura professionale più moderna rispetto allo Iap (imprenditore agricolo a titolo principale) e più vicina al contesto comunitario e, dall'altro, cercato di dare un maggior *input* all'utilizzo di forme societarie più strutturate, introducendo il concetto di società agricola ([articolo 2](#)).

Ancor prima di analizzare le caratteristiche che è necessario rispettare per poter considerare una società quale "società agricola", si deve precisare che tali considerazioni rilevano per tutte le forme societarie e quindi a partire dalla più elementare, la società semplice, fino ad arrivare a quelle di capitali.

Ai sensi dell'articolo 2, D.Lgs. 99/2004, si è in presenza di una società agricola quando:

- a) la ragione sociale o la denominazione sociale delle società contiene l'indicazione di "società agricola";
- b) ha quale oggetto sociale l'esercizio esclusivo delle attività di cui all'[articolo 2135](#), cod. civ..

Ne deriva che il Legislatore richiede 2 requisiti differenti, uno di natura prettamente formale, la dizione di società agricola, e l'altro di natura sostanziale, consistente nell'esercizio esclusivo delle attività di cui all'articolo 2135, cod. civ. qualificanti la figura dell'imprenditore agricolo.

Si ricorda che l'articolo 2135, cod. civ., come riscritto a mezzo dell'[articolo 1](#), D.Lgs. 228/2001, in attuazione della c.d. Legge delega (L. 57/2001), al comma 1, definisce l'imprenditore agricolo come il

soggetto che *“esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse”*.

Il successivo comma 2 si occupa di definire compiutamente cosa si intenda per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali, stabilendo che sono tali *“le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine”*.

Infine, l'ultimo comma definisce le c.d. attività connesse, ossia quelle attività commerciali che per effetto di una *fictio iuris*, si considerano, al rispetto di determinati requisiti, quali connesse agricole: *“...le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano a oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione e ospitalità come definite dalla legge”*.

L'Agenzia delle entrate, con la [circolare n. 50/E/2010](#), ha precisato che il requisito formale per *“certificare”* l'agrarità della società deve trovare un riscontro nell'attività in concreto svolta dalla società stessa.

L'[articolo 2](#), D.Lgs. 99/2004, prosegue precisando che *“Non costituiscono distrazione dall'esercizio esclusivo delle attività agricole la locazione, il comodato e l'affitto di fabbricati a uso abitativo, nonché di terreni e di fabbricati a uso strumentale alle attività agricole di cui all'articolo 2135, cod. civ., sempreché i ricavi derivanti dalla locazione o dall'affitto siano marginali rispetto a quelli derivanti dall'esercizio dell'attività agricola esercitata. Il requisito della marginalità si considera soddisfatto qualora l'ammontare dei ricavi relativi alle locazioni e affitto dei beni non superi il 10% dell'ammontare dei ricavi complessivi. Resta fermo l'assoggettamento di tali ricavi a tassazione in base alle regole del Tuir di cui al D.P.R. 917/1986”*.

La previsione apre alla possibilità di esercitare altre attività non strettamente previste e riconducibili nel contesto dell'[articolo 2135](#), cod. civ..

A tal fine tornano utili i chiarimenti forniti in merito dall'Agenzia delle entrate con la sopra richiamata circolare n. 50/E/2010.

Il documento di prassi precisa che *“Il principio di esclusività che caratterizza le società agricole non viene meno, tuttavia, quando la società pone in essere delle attività strumentali a quella principale per il conseguimento dell'oggetto sociale. In altri termini le operazioni ritenute funzionali allo svolgimento dell'attività esclusiva sono compatibili con l'oggetto sociale in quanto cosiddette attività strumentali che non*

connotano l'oggetto sociale medesimo ... In sostanza, lo svolgimento di attività strumentali non incide sul concetto dell'esclusività nella misura in cui contribuisce allo svolgimento dell'attività agricola senza snaturare la capacità di produzione di reddito della società che deve originare principalmente dalle attività agricole".

Ecco che allora non si avrà decadenza dalla qualifica di società agricola quando si pongono in essere operazioni commerciali, industriali, ipotecarie e immobiliari volte a potenziare o migliorare l'attività agricola stessa. A mero titolo esemplificativo e non esaustivo, sarà quindi possibile acquistare o prendere in affitto terreni o fondi rustici per ampliare la propria attività agricola oppure contrarre un finanziamento per acquistare un bene (trattore) necessario alla coltivazione del terreno, tutti atti strumentali al conseguimento dell'oggetto sociale che non modificano la natura dell'attività esercitata bensì la completano.

Qualche precisazione deve essere fatta per quanto attiene l'assunzione di partecipazioni in altre società. Sul punto, sempre la [circolare n. 50/E/2010](#), chiarisce che *"Il requisito dell'esclusività viene meno in caso di possesso di partecipazioni in altre società salvo che sussistano contestualmente le seguenti condizioni:*

- la partecipata sia anch'essa una società agricola che, dunque, svolge esclusivamente le attività di cui all'articolo 2135, cod. civ.;*
- i dividendi derivanti dal possesso di tali partecipazioni siano inferiori ai ricavi derivanti dallo svolgimento delle attività agricole svolte direttamente dalla partecipante".*

In tal modo, a parere dell'Agenzia delle entrate, da un lato si mantiene la c.d. *"catena agricola"* non esercitando neppure in forma indiretta un'attività commerciale che esula dallo scopo e dall'oggetto della società agricola e, dall'altro, limitandone l'ammontare dei dividendi derivanti dalla partecipazione non si trasforma neppure indirettamente l'ente in una società di mero godimento.

Ai fini di esaustività, si precisa come di recente si sia assistito a un'apertura da parte della giurisprudenza, seppur di merito, in riferimento alla possibilità di possesso di partecipazioni in società non agricole.

La CTP di Forlì, infatti, con la sentenza n. 116/l/2019, ha ammesso il possesso, da parte di una società agricola, di partecipazioni in altre società non agricole, senza il venir meno del requisito dell'esclusività (nel caso di specie si trattava di una società ortoflorovivaistica che possedeva partecipazioni in società sementiere).

I giudici affermano che *"La mera partecipazione al capitale di altre società, per altro allo scopo di tutelare il risultato delle proprie ricerche, non refluisce, quindi, sull'individuazione dell'attività svolta dalla ricorrente, laddove la partecipazione stessa assume un carattere residuale che non comporta alcun travalicamento dei limiti richiesti dalla norma di riferimento"*. I giudici proseguono richiamando, ai fini della marginalità,

quanto previsto dallo stesso [articolo 2](#), D.Lgs. 99/2004, nella parte in cui ammette *"la locazione, il comodato e l'affitto di fabbricati a uso abitativo, nonché di terreni e di fabbricati a uso strumentale alle attività agricole di cui all'articolo 2135, cod. civ. ..."*, e sostenendo che non vi sia nessun elemento tale da poter ritenere la citata elencazione come tassativa.

A supporto della marginalità, del resto, vi è a vigilare il disposto dell'[articolo 2361](#), comma 1, cod. civ., che non ammette l'assunzione di partecipazioni *"se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto"*.

La fiscalità della società agricola

Ai fini delle imposte dirette, poiché il Legislatore fiscale diversifica a seconda del veicolo giuridico con il quale è esercitata l'attività agricola, bisogna dividere:

- da un lato le ditte individuali, le società semplici e gli enti non commerciali;
- dall'altro le società di persone e quelle di capitali.

La fotografia attuale è il frutto di un lento percorso, terminato nel 1996, attraverso il quale il Legislatore ha definito la fiscalità applicabile a chi esercita attività agricole.

In origine, anteriormente al Testo Unico, la tassazione avveniva in ragione dell'attività che si svolgeva. È solo successivamente che si è effettuata una bipartizione enucleando 2 tipologie di soggetti, da una parte le società di capitali e dall'altra tutti gli altri, infine, con la L. 662/1996 (c.d. Prodi *bis*), si è proceduto ad attrarre nell'alveo del reddito di impresa anche le società di persone, addivenendo in tal modo all'attuale schema.

Il primo gruppo, composto dalle società semplici, le ditte individuali e gli enti non commerciali, per natura producono un reddito agrario.

Il secondo gruppo, al contrario, dichiara sempre reddito di impresa; tuttavia, per effetto di quanto previsto con l'articolo 1, [comma 1093](#), L. 296/2006 (c.d. Legge Finanziaria per il 2007), *"Le società di persone, le Srl e le società cooperative, che rivestono la qualifica di società agricola ai sensi dell'articolo 2, D.Lgs. 99/2004, come da ultimo modificato dal comma 1096 del presente articolo, possono optare per l'imposizione dei redditi ai sensi dell'articolo 32, Tuir, di cui al D.P.R. 917/1986, e successive modificazioni"*.

Come precisato con l'[articolo 3](#), D.M. 213/2007 *"Il reddito dei soggetti di cui all'articolo 1 determinato ai sensi dell'articolo 32, Tuir è considerato reddito d'impresa"*.

In altri termini, e questo è un elemento importante, ai fini della corretta determinazione dell'imponibile delle società agricole, il reddito è e rimane di impresa, cambiano solamente le modalità di determinazione che da analitiche (costi-ricavi) diventano forfettarie (catastali).

In realtà, attenzione, non tutto il reddito prodotto dalle società agricole è determinato catastalmente, vuoi per espressa previsione dello stesso D.M. 213/2007, vuoi perché, pur rispettando l'esercizio esclusivo di attività di cui all'[articolo 2135](#), cod. civ., come prescritto dal D.Lgs. 99/2004, i redditi prodotti non trovano copertura nel reddito agrario.

La trasformazione in società semplice

Il regime di determinazione del reddito su base catastale delineato dall'[articolo 32](#), Tuir presenta sicuramente dei vantaggi ma, al contempo, potrebbe, in presenza di determinate dinamiche aziendali, soprattutto di natura espansiva e che quindi prevedono investimenti, rappresentare un sistema svantaggioso in quanto i costi vengono sempre "sterilizzati" poiché sono già conteggiati in sede di estimo dei terreni.

A questo aggiungasi che la possibilità di opzione per la determinazione del reddito secondo le regole previste dall'articolo 32, Tuir rappresenta un'opzione che non è stata introdotta a regime, in quanto rappresenta, come detto sopra, la disciplina naturale della sola società semplice.

Ecco che allora potrebbe nascere l'idea di procedere a una trasformazione in società semplice per poter sfruttare appieno e in completa "sicurezza", salvo il rispetto dei limiti previsti dall'articolo 2135, cod. civ., il regime semplificato di determinazione del reddito.

Tuttavia, il passaggio non è indolore da un punto di vista fiscale, infatti, come chiarito dall'Agenzia delle entrate con la [circolare n. 137/E/1997](#), la trasformazione è un'operazione neutra, ai sensi dell'[articolo 170](#), Tuir, solo quando entrambi i soggetti che partecipano all'operazione svolgono attività d'impresa¹.

Ne deriva che nell'ipotesi di trasformazione di una Srl agricola in società semplice, l'operazione sarà sempre rilevante ai fini fiscali, perché viene meno il requisito della commercialità².

Ulteriore conseguenza è che si creeranno i presupposti per l'applicabilità degli articoli [85](#), comma 2 e [86](#), comma 1, Tuir, disciplinanti l'ipotesi di destinazione dei beni a finalità estranea all'esercizio dell'impresa³.

Tuttavia, in ipotesi di trasformazione di società di capitali svolgente attività agricola che abbia optato per la determinazione del reddito su base catastale, si deve aver riguardo a quanto previsto dall'[articolo 5](#), D.M. 213/2007, ai sensi del quale "Le plusvalenze di cui all'articolo 86, comma 1, Tuir e le minusvalenze di cui all'articolo 101, comma 1, Tuir relative ai beni strumentali alla produzione del reddito di cui all'articolo

¹ In particolare, l'Agenzia delle entrate, con la risposta n. 15.3. tratta il caso di trasformazione da Snc o Sas in società semplice.

² Per approfondimenti sul tema sia consentito il rinvio a F. Giommoni "[Trasformazione di società di capitali in società semplice](#)", in questa rivista n. 8-9/2019.

³ In tal senso anche l'Agenzia delle entrate, con la [circolare n. 26/E/2016](#).

3 acquisiti nel corso di periodi di imposta per i quali è efficace l'opzione di cui all'articolo 2 non concorrono alla formazione del reddito di detti periodi di imposta", che, di fatto, esclude da imposizione i beni acquistati in vigenza di tassazione catastale in quanto "inglobati" in tale reddito, a condizione che l'opzione sia ancora in essere.

Sempre esclusi da tale possibilità sono, tuttavia, i beni mobili acquisiti in periodi precedenti a quello in cui è esercitata la citata opzione, nonché i beni immobili (anche acquisiti durante un periodo di vigenza della tassazione catastale)⁴.

La tassabilità delle riserve in sospensione di imposta

Un altro aspetto particolare da attenzionare allorché si decida di procedere a trasformare una società di capitali in società semplice, è il corretto trattamento da attribuire alle riserve presenti.

Una recente risposta a interpello, la [n. 811/E/2021](#), analizzando una operazione di ristrutturazione societaria, ha chiuso il cerchio chiarendo il trattamento fiscale delle riserve in sospensione di imposta, se mai vi fossero stati dubbi in merito.

Preliminarmente viene ricordato che, sebbene civilisticamente la trasformazione sia, ai sensi dell'[articolo 2500-sexies](#), cod. civ., da considerarsi "omogenea", fiscalmente, al contrario, si è in presenza di una trasformazione "eterogenea regressiva", per cui non è applicabile il regime di neutralità fiscale di cui all'[articolo 170](#), Tuir previsto per la trasformazione "omogenea".

Ne deriva che si rende, invece, applicabile la disciplina prevista dall'[articolo 171](#), Tuir, con la conseguenza che andranno tassate le riserve che si sono andate a formare anteriormente alla trasformazione, a eccezione di quelle previste dall'[articolo 47](#), comma 5, Tuir (le c.d. riserve di capitale)⁵. In applicazione di quanto previsto dall'articolo 171, comma 1, Tuir, richiamato, non vi sono mai state sostanziali problematiche interpretative per quanto concerne le "ordinarie" riserve di utili che, saranno tassate, alternativamente:

- a) nel periodo di imposta in cui vengono distribuite o utilizzate per scopi diversi dalla copertura di perdite d'esercizio, se dopo la trasformazione sono iscritte in bilancio con indicazione della loro origine;
- b) nel periodo d'imposta successivo alla trasformazione, se non iscritte in bilancio ovvero iscritte senza la detta indicazione.

⁴ In dottrina, G. Gavelli, "[La trasformazione in società semplice delle società di capitali aventi per oggetto l'esercizio dell'attività agricola](#)", in La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2014, pag. 17, M. Leo, "[La trasformazione di Srl agricola in società semplice: trattamento fiscale e profili elusivi](#)", in Il fisco, n. 21/2014, pag. 12049 e F. Giommoni, *ult. op. cit.*, ritengono applicabile tale principio anche all'ipotesi di trasformazione.

⁵ In dottrina si ritiene applicabile anche l'articolo 170, Tuir, ma le conclusioni non cambiano poiché le 2 norme contengono previsioni analoghe (cfr. F. Giommoni, *ult. op. cit.*).

Come noto, per effetto di quanto previsto dall'[articolo 2214](#), comma 1, cod. civ., la società semplice, non svolgendo attività commerciale, non è obbligata alla tenuta di una contabilità e non deve nemmeno preoccuparsi di redigere un bilancio, ragion per cui le originarie riserve di utili della società di capitali assumeranno necessariamente rilevanza fiscale in capo ai soci nel periodo d'imposta successivo alla trasformazione.

Tali conclusioni devono ritenersi confermate anche nell'ipotesi in cui la società semplice derivante dalla trasformazione decida di tenere la contabilità e predisporre, su base volontaria, un bilancio tenendo traccia delle riserve, il tutto, ad esempio, in ossequio a quanto previsto dal Codice della crisi e, in particolare dalle novità apportate all'[articolo 2086](#), comma 2, cod. civ. secondo cui *“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*.

In tal senso depone la già richiamata [circolare n. 26/E/2016](#), la quale, con riferimento alla trasformazione agevolata in società semplice prevista dalla L. 208/2015 (la c.d. Legge di Stabilità per il 2016) ha confermato che le riserve costituite prima della trasformazione sono da imputare ai soci nel periodo d'imposta successivo alla trasformazione, con conseguente tassazione secondo le ordinarie regole.

Nelle società semplici, inoltre, non si potrà nemmeno, per non far scattare la presunzione di distribuzione in capo ai soci delle riserve, utilizzarle in compensazione di perdite in quanto tale possibilità è inibita nel caso di esercizio di attività non di natura commerciale⁶.

In ragione di quanto sin qui detto, la [risposta a interpello n. 811/E/2021](#) conclude affermando che nel caso di trasformazione in un soggetto che non svolge attività commerciale, *“le riserve in sospensione d'imposta devono essere tassate in capo alla società (commerciale) trasformanda, per effetto della destinazione a finalità estranea all'esercizio d'impresa dell'intera sua attività; mentre, in capo al soggetto risultante dalla trasformazione saranno considerate distribuite le riserve di utili e quelle in sospensione d'imposta come previsto dalla lettera b) del secondo periodo del comma 1 dell'articolo 171, Tuir, “nel periodo d'imposta successivo alla trasformazione”*.

In altre parole, le riserve di utili della società di capitale sono tassate in capo ai soci nel periodo successivo alla trasformazione in società semplice, mentre le riserve in sospensione di imposta, oltre a

⁶ Vedasi la [risoluzione n. 27/E/2017](#).

essere tassate in capo ai soci nel medesimo periodo, risultano tassate anche in capo alla società di capitale, nel periodo di imposta *ante* trasformazione, perché la trasformazione determina la perdita del beneficio della sospensione di imposta⁷.

La trasformazione omogenea

Qualche considerazione deve essere svolta anche per quanto riguarda l'ipotesi di trasformazione omogenea, sia essa regressiva o meno.

Nessun problema si pone quando la trasformazione ha per oggetto società agricole che possono optare, come visto, per la determinazione del reddito secondo le regole individuate dall'[articolo 32](#), Tuir. In tal caso all'operazione si applicheranno le ordinarie regole previste in caso di trasformazione dal Tuir.

Al contrario, nell'ipotesi in cui il ruolo di trasformanda è assunto da una Spa società agricola e lo scopo dell'operazione è quello di poter optare per la determinazione del reddito su base catastale, a parere dell'Agenzia delle entrate sarebbe riscontrabile un intento elusivo.

Il tema è stato trattato con la [risoluzione n. 177/E/2008](#).

Punto di partenza del ragionamento dell'Agenzia delle entrate, nonché tesi su cui si basano le conclusioni, è che l'articolo 1, [comma 1093](#), L. 296/2006, non contempla tra i soggetti che possono optare per la determinazione del reddito la Spa, a cui si deve aggiungere che l'[articolo 6](#), D.M. 213/2007, prevedeva solamente la possibilità per le società che sostanzialmente possedevano i requisiti richiesti ma non formalmente, di adeguarsi inserendo nella ragione sociale o nella denominazione sociale l'indicazione di società agricola e modificando lo statuto entro il primo periodo di imposta per il quale è esercitata l'opzione.

Al contrario, la circostanza che nulla si dica in merito alla Spa sta a significare che il comma 1093, articolo 1, L. 296/2006 *“non si rivolge alle Spa e in accomandita per azioni, le quali, rappresentando la forma più evoluta di società, presentano di regola una struttura più complessa rispetto alle Srl”*.

A distanza di più di 15 anni dall'emanazione della norma, a parere di chi scrive, sarebbe giunto il momento di metter mano al dato normativo di modo che tale possibilità venga espressamente prevista anche alle Spa e alle Sapa.

Del resto, non si comprendono appieno i motivi di tale esclusione che, bisogna evidenziare, riguarda esclusivamente il comparto delle imposte dirette, infatti, ai fini Iva la norma speciale, l'[articolo 34](#), D.P.R.

⁷ Sotto il profilo operativo la trasformazione di società di capitali in società semplice determina l'interruzione del periodo d'imposta ai fini Ires e l'obbligo di presentazione della dichiarazione dei redditi (modello Redditi SC) per il periodo *ante* trasformazione.

633/1972, richiede esclusivamente l'essere imprenditori agricoli, fattispecie che non viene inibita alla Spa o alla Sapa, senza nemmeno prevedere un limite dimensionale⁸.

E non si può, a difesa di tale scelta del Legislatore nazionale, affermare che ai fini Iva è necessario rispettare il dettato comunitario e che quindi l'[articolo 34](#), D.P.R. 633/1972 è diretta applicazione di quanto previsto dalla Direttiva 2006/112/CE, infatti, anche in tema di imposta di registro non si assiste alla "discriminazione" della Spa e della Sapa.

Il riferimento è all'[articolo 2](#), comma 4-bis, D.L. 194/2009, l'agevolazione meglio conosciuta come arrotondamento per la piccola proprietà contadina, che, per effetto del combinato disposto dell'articolo 2, comma 4, D.Lgs. 99/2004 e dell'[articolo 1](#), comma 3, D.Lgs. 99/2004, è estesa a tutte le società agricole, a prescindere dalla forma giuridica adottata.

E se anche non si volesse intervenire sul dato normativo, si deve prendere atto della circostanza che il concetto di abuso del diritto e di elusione fiscale contenuto nell'[articolo 10-bis](#), L. 212/2000, riduce, sempre a parere di chi scrive, la portata applicativa della [risoluzione n. 177/E/2008](#); infatti, la trasformazione di una Spa agricola in Srl, in ragione della circostanza che, a parere dell'Agenzia delle entrate stessa, la prima rappresenta una forma troppo complessa e strutturata per l'esercizio dell'agricoltura, altro non è che un'operazione giustificata "da valide ragioni extra fiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente".

⁸ In realtà l'articolo 34, D.P.R. 633/1972, prevedeva al comma 3 che "le disposizioni del presente articolo non si applicano ai soggetti che nell'anno solare precedente hanno realizzato un volume di affari superiore a 40 milioni di lire", in ossequio a quanto previsto dalla Direttiva Iva che, al considerando 49 afferma che "È necessario lasciare agli Stati membri la possibilità di continuare ad applicare i loro regimi speciali per le piccole imprese, in conformità delle disposizioni comuni e al fine di una maggiore armonizzazione". Tuttavia, l'applicazione di tale previsione è sempre stata rimandata per poi essere definitivamente abrogata.

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2022

Il regime dell'Iva di gruppo in caso di scissione

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

Con la [risposta a interpello n. 48/E/2022](#), l'Agenzia delle entrate ha fornito chiarimenti in merito alla prosecuzione della procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo, senza soluzione di continuità, in caso di scissione societaria che non presenti le caratteristiche della temporaneità e occasionalità e che non determini alcuna interruzione del requisito del controllo.

L'oggetto dell'istanza di interpello

L'istante (Alfa), in qualità di *sub holding* di un gruppo societario, ha riferito che, nell'ambito di un processo di riorganizzazione societaria e partecipativa del gruppo, è stata deliberata:

- la scissione totale della controllata Alfa, in favore della neo costituita Beta e della preesistente Gamma; e
- la scissione parziale della preesistente Zeta in favore sempre di Gamma.

Le operazioni straordinarie in oggetto, perfezionate con la stipula dell'atto di scissione il 30 novembre 2021, producono effetti a decorrere dal 1° gennaio 2022, riallocando gli *asset* commerciali e immobiliari all'interno del gruppo e, quindi, incentrando:

- in capo a Beta lo svolgimento dell'attività commerciale; e
- in capo a Gamma, lo svolgimento dell'attività immobiliare.

Con riguardo alle società coinvolte, l'istante ha rappresentato che:

- Beta, costituita in data 8 giugno 2021, partecipata al 100% dalla *sub holding*, diviene attiva solo a seguito della predetta riorganizzazione, recependo l'attività commerciale della scissa Alfa;
- *ante* operazioni straordinarie, la *sub holding* controllava direttamente Alfa per il 61,75% e indirettamente Zeta e Gamma, a loro volta controllate al 100% da Alfa;
- *post* operazioni straordinarie, la *sub holding* continua a controllare indirettamente Zeta al 100% tramite la neo costituita Beta e Gamma al 51,94% tramite le controllate X e Y.

L'istante ha riferito, altresì, che, per l'anno 2021, oltre alla *holding* e alla *sub holding*, per quanto di interesse ai fini in esame, hanno aderito alla procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo Alfa e Zeta, mentre ne sono escluse Gamma, X e Y, ancorché rilevanti ai fini della partecipazione di controllo.

Così esposta la fattispecie, l'istante ha chiesto all'Agenzia delle entrate, nell'ordine:

- se la creazione di una società di nuova costituzione Beta, appositamente costituita e preordinata a ricevere il complesso aziendale della scissa Alfa, non rappresenti un elemento di interruzione della continuità del controllo, così come richiesto dalla norma che regola la procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo;
- se Gamma, Beta e Zeta possano essere incluse nel perimetro della procedura della liquidazione dell'Iva di gruppo con efficacia dal 1° gennaio 2022, tenuto conto dell'operazione straordinaria e dei conseguenti mutamenti nel possesso delle partecipazioni, in quanto la condizione del controllo richiesta dalla norma è sussistente anche a valle dell'operazione straordinaria, non essendo intervenuta alcuna interruzione del controllo sulle società Gamma, Beta e Zeta medesime, da parte della *holding* e della *sub holding*;
- in caso di risposta positiva alle precedenti domande, se sia legittima l'esclusione dalla procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo delle società X e Y.

La procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo

I commi [24-31](#) dell'articolo 1, L. 232/2016 (Legge di Bilancio 2017) hanno istituito nel D.P.R. 633/1972 la disciplina del Gruppo Iva, mediante l'introduzione del nuovo Titolo V-bis, che comprende gli articoli da [70-bis](#) a [70-duodecies](#).

Con queste norme è stata recepita nel nostro ordinamento la facoltà, accordata agli Stati membri dell'Unione Europea dall'[articolo 11](#), Direttiva 2006/112/CE, di considerare come un unico soggetto passivo d'imposta “*le persone stabilite nel territorio dello stesso Stato membro che siano giuridicamente indipendenti, ma strettamente vincolate fra loro da rapporti finanziari, economici e organizzativi*”.

L'intervento normativo ha dato attuazione, seppure tardivamente, al principio espresso nell'[articolo 13](#), comma 1, lettera b), L. 23/2014, che ha delegato il Governo a realizzare una riforma del sistema fiscale, improntata a criteri di maggiore equità e trasparenza e orientata alla crescita.

Come messo in luce dalla Corte di Giustizia, la disciplina in esame “*presuppone ... necessariamente, qualora uno Stato membro ne faccia applicazione, che, per effetto della normativa nazionale di trasposizione, il soggetto passivo sia unico e che al gruppo sia assegnato un unico numero di partita Iva*”¹.

¹ Cfr. sentenza causa C-162/07 del 22 maggio 2008, Ampliscientifica e Amplifin.

In Italia, invece, prima delle disposizioni introdotte dalla Legge di Bilancio 2017, l'[articolo 11](#), Direttiva 2006/112/CE era stato recepito in termini diversi; in particolare, senza dare luogo a una vera e propria unificazione soggettiva delle società facenti parte del gruppo, ma attuando comunque una deroga, sia pure parziale, ai principi in materia di soggettività d'imposta, attraverso la previsione di una procedura unificata di compensazione e di versamento del tributo, disciplinata dall'[articolo 73](#), comma 3, D.P.R. 633/1972 e dal D.M. 13 dicembre 1979².

Più nel dettaglio, l'Amministrazione finanziaria ha osservato che la disciplina nazionale dell'Iva di gruppo *“prende le mosse dall'articolo 4, punto 4, comma 2, VI Direttiva comunitaria, senza tuttavia accogliere il principio fondamentale in esso contenuto, consistente nel riconoscimento giuridico e fiscale della unitarietà del soggetto passivo in presenza di soggetti giuridicamente indipendenti, ma vincolati tra loro da rapporti economici e organizzativi. Il principio contenuto nella citata norma comunitaria è stato recepito, invero, in termini molto ristretti e con contenuto di carattere procedurale, cioè mantenendo sempre l'autonomia giuridica e fiscale delle società interessate, sufficiente a perseguire il fine prefissato che era quello di offrire a dette società un mezzo semplificato di recupero delle eccedenze di credito mediante la compensazione tra debiti e crediti di imposta emergenti dalle liquidazioni e dichiarazioni di società facenti parte di un gruppo”*³.

Seppure limitata agli aspetti procedurali, i giudici comunitari – nella richiamata sentenza Ampliscientifica e Amplifin – hanno ritenuto che la disciplina dell'Iva di gruppo è compatibile con la Direttiva comunitaria; in particolare, la duplice condizione della partecipazione qualificata al capitale della controllata e della durata temporale della partecipazione, richiesta dall'articolo 2, D.M. 13 dicembre 1979 per l'accesso alla procedura dell'imposizione consolidata di gruppo, non si pone in contrasto con i principi di proporzionalità e di neutralità fiscale e con il divieto di abuso del diritto.

I requisiti soggettivi dell'Iva di gruppo

Fermo, quindi, restando che la procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo costituisce un particolare metodo di liquidazione dell'imposta che consente alle società controllanti e controllate appartenenti a un gruppo di imprese di compensare, all'interno del medesimo gruppo, le situazioni creditorie sorte in capo ad alcune società con quelle debitorie di altre, il citato D.M. 13 dicembre 1979, come modificato

² Cfr. [risoluzione n. 347/E/2002](#).

³ Così la [circolare n. 16/360711/1986](#).

dal [D.M. 13 febbraio 2017](#), individua i requisiti soggettivi per l'adesione alla procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo, nonché le modalità applicative della stessa.

Prima delle modifiche introdotte dalla Legge di Bilancio 2017 e dal D.M. 13 febbraio 2017, la liquidazione Iva di gruppo era ammessa esclusivamente per le società di capitali, sia in veste di controllante che di controllate. In particolare, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, D.M. 13 dicembre 1979 si consideravano controllate soltanto le Spa, Sapa e Srl le cui azioni o quote fossero possedute per oltre il 50% del loro capitale, fin dall'inizio dell'anno solare precedente, dall'ente o società controllante o da un'altra società controllata dall'ente o società controllante.

Dal 1° gennaio 2017, a seguito delle novità introdotte dall'[articolo 1](#), comma 1, lettera d), D.M. 13 febbraio 2017, il riformato articolo 2, comma 1, D.M. 13 dicembre 1979 stabilisce che si considerano controllate le Spa, Sapa, Srl, Snc e Sas le cui azioni o quote sono possedute per oltre il 50% del loro capitale, almeno dal 1° luglio dell'anno solare precedente, dall'ente o società controllante o da un'altra società controllata dall'ente o società controllante. La percentuale di controllo, anche dopo le modifiche, è determinata senza tenere conto delle azioni prive del diritto di voto.

Ai fini dell'individuazione della nuova definizione di società controllata è stato, pertanto, modificato:

- da un lato, il requisito della forma giuridica, in quanto si considerano società controllate non più soltanto le società di capitali, ma anche quelle di persone;
- dall'altro, il requisito del periodo temporale del controllo, essendo richiesto che le azioni o quote delle società controllate siano possedute, per oltre il 50%, almeno dal 1° luglio dell'anno solare precedente, anziché almeno dall'inizio dell'anno solare precedente.

Peraltro, superando le indicazioni della [risoluzione n. 347/E/2002](#), in cui l'Agenzia delle entrate aveva precisato che le società residenti all'estero non possono accedere alla procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo, la successiva [risoluzione n. 22/E/2005](#) ha chiarito che il regime speciale si estende a tutte le società di capitali, ivi comprese quelle residenti in Paesi comunitari che, alla stregua delle statuizioni vigenti nello Stato di residenza, assumono forme giuridiche equipollenti alle società di capitali di diritto italiano.

Resta inteso che, per poter utilizzare la procedura relativa all'Iva di gruppo, la società non residente deve fare valere non soltanto la predetta equipollenza giuridica, ma anche la ricorrenza degli altri presupposti richiesti dalla norma, compreso il requisito temporale e quello relativo al possesso delle azioni o quote. Ai fini della partecipazione alla procedura dell'Iva di gruppo, i soggetti societari non

residenti devono essere, inoltre, identificati ai fini Iva in Italia, laddove tale condizione può essere soddisfatta tramite l'esistenza di una stabile organizzazione, ovvero con la nomina di un rappresentante fiscale o mediante l'identificazione diretta ai sensi dell'[articolo 35-ter](#), D.P.R. 633/1972⁴ ⁵.

Alla luce dell'estensione della liquidazione Iva di gruppo alle società controllate che rivestono la forma giuridica di società di persone, la valutazione di equipollenza riferita alle società residenti in altri Paesi comunitari deve essere pertanto adeguata al fine di includere anche le società estere aventi forma giuridica equivalente.

Tale interpretazione si è resa necessaria al fine di evitare ogni profilo di incompatibilità della disciplina dell'Iva di gruppo con il diritto comunitario, con particolare riguardo alle norme del Trattato sulla libertà di stabilimento che vieta discriminazioni a carico di soggetti comunitari non residenti nel Paese di destinazione della prestazione. La medesima tutela non si estende, dunque, ai soggetti residenti in Paesi *extra* UE che, pertanto, non possono accedere alla liquidazione Iva di gruppo⁶.

Ritornando alla previsione dell'articolo 2, comma 1, D.M. 13 dicembre 1979 – secondo cui possono partecipare alla liquidazione Iva di gruppo le società di capitali e le società di persone le cui azioni o quote sono possedute dall'ente o società controllante o da un'altra società controllata da quest'ultima, per una percentuale superiore al 50% del loro capitale, almeno dal 1° luglio dell'anno solare precedente a quello di accesso alla procedura – l'Amministrazione finanziaria ha specificato che la finalità della norma è quella di evitare pratiche fraudolente o elusive, essendo la norma stessa preordinata ad assicurare che l'acquisizione del controllo costituisca un'operazione avente una valida ragione economica e non anche un mezzo per realizzare un vantaggio fiscale, quale l'utilizzazione del credito Iva dell'altro soggetto⁷.

I limiti di natura quantitativa e di carattere temporale contemplati dal citato articolo 2, comma 1, del D.M. 13 dicembre 1979 hanno, infatti, lo scopo di evitare che l'accesso alla procedura di compensazione dell'Iva di gruppo sia consentito a quelle società che, solo occasionalmente e

⁴ Sul punto, si veda anche la norma di comportamento n. 167 dell'Associazione italiana dottori commercialisti ed esperti contabili.

⁵ Con la [risposta a interpello n. 536/E/2019](#), l'Agenzia delle entrate ha chiarito che le società di capitali di diritto comunitario, identificate direttamente in Italia, possono rivestire il ruolo di controllante nella liquidazione dell'Iva di gruppo pur non svolgendo alcuna attività rilevante ai fini Iva nel territorio italiano. A sostegno di questa indicazione, è stato rilevato che, ai sensi dell'articolo 35-ter, D.P.R. 633/1972, l'identificazione può avvenire anche al solo fine di "esercitare i diritti in materia di Iva direttamente", quali appunto quelli connessi alla costituzione di un gruppo Iva. Inoltre, in base alle istruzioni relative alla compilazione del modello ANR/3 per l'identificazione diretta, la variazione dati o la cessazione attività ai fini Iva di un soggetto non residente, la casella 3, riferita alla cessazione attività, deve essere barrata dal soggetto non residente che non intende più assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti in materia di Iva direttamente, ovvero "che abbia cessato l'esercizio di attività di impresa, arte o professione nello Stato estero di stabilimento".

⁶ Cfr. [principio di diritto n. 24/E/2019](#).

⁷ Cfr. [risoluzione n. 232/E/2008](#).

temporaneamente, transitino all'interno del gruppo per poi fuoriuscirne all'ottenimento dei benefici fiscali connessi alla particolare procedura⁸.

I requisiti soggettivi previsti dalla disciplina Iva di gruppo devono sussistere anche in presenza di operazioni straordinarie, quale, come nel caso oggetto della [risposta a interpello n. 48/E/2022](#) in commento, la scissione totale o parziale di una o più società rientranti nel perimetro della liquidazione Iva di gruppo.

Come, infatti, specificato dalla [risoluzione n. 232/E/2008](#), il generale principio del subentro nelle posizioni giuridiche del dante causa, come conseguenza “*naturaliter*” di un'operazione di riorganizzazione aziendale (fusione, scissione, conferimento neutrale), non può essere applicato *tout court* alla disciplina dell'Iva di gruppo, dovendo essere, di volta in volta, ricordato con la particolare *ratio* della disciplina in esame, con la conseguenza che la sussistenza delle condizioni che legittimano la prosecuzione della procedura in capo alle società beneficiarie delle operazioni va valutata caso per caso.

La liquidazione Iva di gruppo in caso di scissione societaria

Nella fattispecie oggetto della risposta a interpello n. 48/E/2022, l'operazione di riorganizzazione aziendale in precedenza descritta consiste:

- nella scissione totale di Alfa, controllata dalla *sub holding*, con assegnazione degli *asset* commerciali in favore di Beta, all'uopo costituita in data antecedente al 1° luglio 2021 - sia pure operativa a decorrere dall'operazione di scissione - nonché degli *asset* immobiliari in favore di Gamma, in precedenza esclusa dal perimetro della liquidazione Iva di gruppo, benché sussistessero già anteriormente al 1° luglio 2021 i requisiti di controllo previsti dall'articolo 2, comma 1, D.M. 13 dicembre 1979;
- nella scissione parziale di Zeta, già in precedenza inclusa nel perimetro della liquidazione Iva di gruppo, con trasferimento dei suoi *asset* immobiliari in favore di Gamma.

Ad avviso dell'Agenzia delle entrate, l'operazione di cui sopra, per come rappresentata, non presenta i requisiti della temporaneità e occasionalità, ma è funzionale all'accentramento dell'attività commerciale in capo a Beta e di quella immobiliare in capo a Gamma.

⁸ Cfr. risoluzioni [n. 68/E/2003](#), [n. 123/E/2003](#) e [n. 132/E/2007](#), e; nello stesso senso anche [circolare n. 16/360711/1986](#). In giurisprudenza, si veda Cassazione n. 5503/2007, secondo cui il requisito temporale fissato dall'articolo 2, comma 1, D.M. 13 dicembre 1979, nel testo vigente all'epoca dei fatti, “*nel perseguimento dei fini indicati dalla Direttiva, intende porre una valutazione tipizzata dell'esistenza di stretti vincoli tra i due soggetti attraverso la rilevazione del rapporto di controllo protrattosi per un tempo non irrilevante, che viene fissato nell'intero anno precedente quello della dichiarazione*”.

Come in passato ha più volte sostenuto l'Amministrazione finanziaria, il complesso aziendale posseduto dal soggetto dante causa, che si trasforma da diretto a indiretto a seguito dell'apporto a una società costituita al solo scopo di ricevere il complesso aziendale in dipendenza dell'operazione straordinaria, non modifica sostanzialmente l'assetto del gruppo nella sua entità ed esclude, quindi, la sussistenza di quei caratteri di occasionalità e temporaneità che l'articolo 2, comma 1, del D.M. 13 dicembre 1979 intende neutralizzare⁹.

In pratica, il reale perimetro dell'Iva di gruppo non viene sostanzialmente modificato a seguito dell'operazione di ristrutturazione societaria - la cui realizzazione non si pone in contrasto con la *ratio* ispiratrice della disciplina della liquidazione Iva di gruppo - atteso che la neo costituita Beta, risultante dalla scissione totale di Alfa, è controllata dalla *sub holding* in misura superiore al 50% del proprio capitale, come lo era anche la società scissa, di cui prosegue l'attività commerciale.

L'Agenzia delle entrate ha considerato, pertanto, legittimo l'ingresso di Beta nella procedura di liquidazione Iva di gruppo, in luogo di Alfa, senza soluzione di continuità, indipendentemente dalla sussistenza del vincolo temporale (1° luglio dell'anno solare precedente) previsto dall'articolo 2, comma 1, D.M. 13 dicembre 1979, non ravvisandosi alcuna interruzione del controllo.

In altri termini, l'intervento della società Beta, costituita *ex novo* per ricevere il complesso aziendale dalla scissa Alfa destinato allo svolgimento dell'attività commerciale, non comporta alcuna interruzione del controllo da parte della *sub holding*, in quanto il controllo risultava esercitato dalla stessa *sub holding* anteriormente all'operazione straordinaria e, più precisamente, alla data del 1° luglio 2021.

Del pari, è stato ritenuto che possa accedere alla procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo anche Gamma - preesistente alle predette operazioni straordinarie e già controllata in misura superiore al 50%, ma fino a quel momento estranea alla procedura - che, a seguito della riorganizzazione aziendale, prosegue l'attività immobiliare di Alfa e Zeta, a nulla rilevando che sia mutato l'assetto del controllo ora esercitato dalla *sub holding* per il tramite delle società X e Y.

A differenza di Beta - non operativa, in base a quanto riferito dall'istante, sino alla data di efficacia della scissione di Alfa - Gamma è tenuta a segregare le poste debitorie e creditorie Iva afferenti alla propria attività che precede l'adesione alla procedura.

⁹ Cfr. risoluzioni n. 330689/1981 e [n. 68/E/2003](#).

Da ultimo, la procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo può proseguire in capo a Zeta, già inclusa nel perimetro dell'Iva di gruppo *ante* riorganizzazione, che a seguito della sua scissione parziale rimane controllata dalla *sub holding*, ancorché indirettamente per il tramite di Beta, per una percentuale pari al 100% del proprio capitale.

In sostanza, la procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo può essere adottata con efficacia dal 1° gennaio 2022, in quanto la *holding* e la *sub holding* risultano in possesso del requisito del controllo superiore al 50% e senza soluzione di continuità sin da prima il 1° luglio 2021 sulle società risultanti dall'operazione straordinaria, seppure attraverso veicoli societari diversi, ferma restando la sostanziale continuità di controllo sotto il profilo giuridico, anche dopo l'operazione straordinaria, delle società che sono intervenute nell'operazione di riorganizzazione, ovvero, Beta, Zeta e Gamma.

Sussistono, quindi, le condizioni previste dalla norma per accedere alla liquidazione dell'Iva di gruppo includendo, oltre alle società del gruppo in possesso dei requisiti, le società Beta, Gamma e Zeta a decorrere dal 1° gennaio 2022, risultando verificate le condizioni di legge, per le quali la capogruppo effettui la comunicazione dell'opzione con la dichiarazione Iva relativa all'anno 2021, da presentare entro il 2 maggio 2022 al fine di operare la compensazione delle partite debitorie e creditorie sin dalla prima scadenza della liquidazione Iva di gennaio 2022 da eseguirsi entro il 16 febbraio 2022.

Sempre in merito agli adempimenti dichiarativi, nella [risposta a interpello n. 48/E/2022](#) è stato specificato che la capogruppo è tenuta a comunicare la variazione della compagine sociale partecipante alla procedura di liquidazione Iva di gruppo - con effetto sin dalla prima scadenza della liquidazione Iva di gennaio 2022 - avendo cura di indicare nel quadro VG del modello Iva 2022:

- nella sezione 1, i dati relativi alle società che partecipano alla procedura di compensazione dell'Iva. Tale sezione è utilizzata anche per comunicare l'ingresso o la fuoriuscita dalla procedura, a partire dal 1° gennaio 2022, di una o più società controllate quando la procedura è già avviata e, quindi, nel caso prospettato, l'ingresso di Beta e Gamma;
- nella sezione 2, i dati delle sole società partecipanti alla catena di controllo, ma non alla compensazione Iva che non erano state indicate in sede di comunicazione dell'opzione e, quindi, nel caso prospettato, i dati delle società X e Y.

Infine, riguardo alle società X e Y, ancorché rilevanti ai fini del controllo indiretto di Gamma da parte della *sub holding*, l'Agenzia delle entrate ha puntualizzato che le stesse non devono necessariamente essere incluse nella procedura di liquidazione dell'Iva di gruppo, ancorché il

controllo sia funzionale alla determinazione della sussistenza della condizione per l'esercizio della facoltà di effettuare la liquidazione Iva di gruppo.

Come, infatti, già precisato dalla prassi amministrativa in tema di controllo indiretto, in una situazione di controllo che coinvolge più società controllate non necessariamente tutte le predette società devono partecipare alla liquidazione di gruppo potendo la stessa essere in concreto attivata limitatamente a una o più delle controllate¹⁰.

¹⁰ Cfr. [circolare n. 16/360711/1986](#), *cit.*.

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2022

Il ruolo del Durc nelle operazioni straordinarie

di Riccardo Girotto – consulente del lavoro, direttore scientifico della rivista Strumenti di Lavoro

In tema di trasferimenti aziendali massima attenzione viene dedicata alla misurazione delle poste debitorie oggetto del passaggio.

Tra queste l'ambito dei rapporti di lavoro assume un valore assoluto, stante l'eterogeneità dei fattori di rischio producibili. In proposito tra gli strumenti di controllo il Durc assume ruolo di leadership, per questo motivo risulta necessario misurare il grado di garanzia che questo documento può assicurare alle parti coinvolte dall'operazione.

Documento unico dal significato multiplo

L'acronimo Durc riassume la definizione di Documento unico di regolarità contributiva; nato con lo scopo di fornire una certificazione circa la regolarità contributivo/assicurativa dell'azienda richiedente nei confronti degli enti di previdenza e assistenza obbligatori, pur rappresentando il lasciapassare per diverse operazioni aziendali, non ha mai totalmente convinto per precisione nell'osservazione del periodo previdenziale certificato.

Se paiono evidenti la sua collocazione e il suo ruolo nell'impianto normativo, è la gestione amministrativa a impoverirne l'attendibilità, posta la ritrosia degli enti a circostanziare in tempo reale la posizione debitoria o meno dell'azienda istante¹, oltre a evidenziare un costante *bug* nella catena informativa, che ostacola la conoscibilità all'ente dei ricorsi pendenti avverso le proprie pretese².

In vigore dal 2 gennaio 2006 con successive revisioni, fino all'attuale impianto sostenuto dal [D.M. 30 gennaio 2015](#) per l'introduzione dell'interrogazione telematica, il documento ha visto raddoppiare la propria funzione con l'entra in vigore della L. 296/2006. La novella ha introdotto il c.d. Durc interno,

¹ Il Codice della crisi d'impresa all'articolo 363, comma 1, ha introdotto la certificazione dei debiti contributivi e premi assicurativi da prodursi su richiesta del debitore o del Tribunale a mezzo emissione di un certificato unico. Il comma 2 testualmente ha dettato le tempistiche: "...L'Inps e l'Inail, entro 90 giorni dall'entrata in vigore del presente articolo, definiscono i contenuti della comunicazione e i tempi per il rilascio del certificato unico di cui al comma 1 con proprio provvedimento...". L'Inps ha reso disponibile la funzionalità solamente a partire dal 24 gennaio 2022 e unicamente per le procedure connesse alla composizione negoziata, prevedendo peraltro la possibilità di non completare la procedura ([messaggio n. 4696/2021](#)).

² Alla luce dell'articolo 3, comma 2, lettera e) e d), D.M. 30 gennaio 2015 la pendenza di un ricorso contro la presunta inadempienza garantisce l'emissione del documento regolare. Capita però che la regolarità venga comunque negata, in quanto l'ente per difetto informativo interno è costretto a chiedere all'istante il testo del ricorso e lo stato dell'arte, anche quando trattasi di ricorso amministrativo inoltrato al medesimo ente.

appendice del preesistente documento, che in questo caso sostanzialmente tradisce la nomenclatura originaria, rappresentando una verifica connessa al rispetto degli accordi e CCNL nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale³; aspetti questi ultimi ben distanti a quelli cari alla genesi, che conferiscono a questa deviazione un ruolo più completo, ma assai distante dalla certificazione contributivo assicurativa delegata agli enti terzi.

Dal punto di vista meramente tecnico l'applicazione del documento ha visto modificarsi il regime applicativo, con un adattamento costante alle criticità medio tempore emerse⁴. Significativi gli interventi a definizione: del periodo di estensione dell'efficacia, del rapporto con il contenzioso anche amministrativo, dei tempi di preavviso di irregolarità con successiva possibile azione riparatrice, dello scostamento minimo neutro ai fini della regolarità. Tutti temi che hanno trovato adattamento nel tempo, lasciando irrisolta unicamente la questione del rapporto di proporzionalità tra scoperta e revoca dei benefici, ove, salvo l'acume di alcuni Tribunali⁵, le aziende restano assoggettate all'ultroneo recupero di somme consistenti, a fronte di scoperte previdenziali risibili.

La limitazione all'assetto affittivo trova invece residenza nell'azione del Durc interno, che in caso di violazione di matrice normativo-contrattuale, nega recuperi ulteriori rispetto a quello interessante il soggetto verso il quale si è perpetrata la violazione datoriale⁶.

La valutazione preventiva circa la condotta datoriale in merito ai rapporti di lavoro, richiama l'attenzione dei diversi *stakeholders* che si relazionano con l'azienda, interessati, più rapidamente e con meno approssimazione possibile, al grado di genuinità della stessa, al fine di non subire contraccolpi nell'evolversi della relazione innescata. Il Durc, nelle sue diverse forme, interessa infatti prevalentemente committenti ed enti preposti all'erogazione di benefici, che si pongono l'obiettivo di evitare di essere travolti dalle negligenze dell'interlocutore. Per questo motivo anche nelle attività prodromiche alla realizzazione di operazioni straordinarie è utile interrogare le certificazioni, in modo particolare per conferire il corretto valore al complesso aziendale protagonista del passaggio.

³ Il Ministero del lavoro con [circolare n. 8/2005](#) offre un elenco non esaustivo delle agevolazioni subordinate al possesso del documento.

⁴ Interessante la ricognizione a opera di F. Lombardo "Agevolazioni e regolarità contributiva: alcuni principi giurisprudenziali" in Bollettino Adapt n. 23/2021.

⁵ Per tutti Corte d'Appello di Bari, sentenza n. 599/2021.

⁶ Inl [circolare n. 3/2017](#): "...Va pertanto chiarito che, mentre l'eventuale assenza del Durc (che può peraltro derivare da un accertata violazione di legge e/o di contratto) incide sulla intera compagine aziendale e quindi sulla fruizione, per tutto il periodo di scoperta, dei benefici, le violazioni di legge e/o di contratto (che non abbiano riflessi sulla posizione contributiva) assumono rilevanza limitatamente al lavoratore cui gli stessi benefici si riferiscono ed esclusivamente per una durata pari al periodo in cui si sia protratta la violazione. Dette violazioni, peraltro, non impediscono il godimento di benefici qualora regolarizzate prima dell'avvio di qualsiasi accertamento ispettivo, evidentemente se trattasi di violazioni regolarizzabili. Ciò sia per le anzidette ragioni che vedono i benefici collegati al singolo rapporto di lavoro, sia per un principio rinvenibile già nella disciplina dettata dall'articolo 6, D.L. 338/1989 (convertito dalla L. 389/1989) in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali, secondo cui le riduzioni contributive ivi contemplate non spettano alle imprese soltanto in relazione a quei lavoratori per i quali non siano stati rispettati i requisiti previsti dalla norma e limitatamente a una durata pari ai periodi di inosservanza (cfr. commi 9 e 10)...".

I momenti salienti della verifica si possono sintetizzare nell'attività di *due diligence*, posizionandosi quindi in una fase assolutamente preventiva e più o meno distante dal *closing*, oltre che nell'attività di definizione contrattuale dell'operazione, quindi in dirittura d'arrivo quale ultimo sigillo di garanzia alla verifica effettuata.

Deve considerarsi necessariamente l'aspetto dinamico del documento, quanto garantito oggi infatti non è detto che rispecchi la situazione a fine operazione, dato che la vita dell'azienda prosegue e con essa il rapporto con enti e dipendenti, generando possibili oscillazioni negli effetti.

L'aspetto previdenziale e quello contrattuale devono quindi assumersi come valutazioni obbligatorie tanto per il soggetto cedente, che garantendo la virtuosità della propria condotta offrirà una sicurezza impagabile e potrà mirare a un soddisfacente realizzo, quanto per il cessionario che, acquisita questa forma di garanzia, vedrà giustificato il valore del complesso e potrà concentrarsi su fattori esterni a quelli oggetto della certificazione.

Durc e aspetti previdenziali nelle operazioni straordinarie

Il valore originario assegnato al Durc è quello di documento utile a certificare la regolarità contributiva, e non si dimentichi assicurativa, dell'azienda. Pare necessario quindi comprendere quali informazioni è possibile ricavare dall'interrogazione, posto che chi si affaccia alla valutazione di un'azienda, necessita di misurare con estremo rigore il valore che ogni documento esaminato può esprimere. Dal punto di vista contributivo i passaggi che devono necessariamente programarsi sono relativi alla quota di contributi oggetto di responsabilità solidale tra le parti, cioè quel particolare vincolo che lega per la vita i valori che vengono cristallizzati al momento del passaggio, vero punto di non ritorno che si esaurisce in un lampo, ma produce effetti per l'eternità.

Utile ricordare che il pacchetto contributivo alimentato dall'azienda è estremamente complesso, non limitandosi a raccogliere fonti connesse all'obiettivo pensionistico, ma estendendosi a ulteriori profili assistenziali, di sicurezza sociale e, fatto anomalo ma di estrema rilevanza in ambito di valutazione precircolatoria, al fondo Tfr mezzo operatività del fondo di tesoreria.

Gli aspetti previdenziali si configurano come strettamente connessi all'attività lavorativa prestata o prestabile, posto che l'obbligo contributivo, salvo casi marginali, si realizza con la mera presenza in forza e a disposizione del lavoratore, a nulla rilevando l'effettiva erogazione della retribuzione, stante il criterio di competenza temporale che muove la generazione dell'obbligo contributivo.

I profili descritti trovano la regolazione del richiamato "*momento di contatto*" tra cedente e cessionario non tanto nell'[articolo 2112](#), cod. civ., fonte regina delle operazioni coinvolgenti personale dipendente,

bensì nell'[articolo 2560](#), cod. civ., che recita testualmente: “...L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori...”.

La responsabilità resta quindi contenuta nelle risultanze contabili, anche nel caso in cui al momento del passaggio l'ente vanta crediti ingenti, certi, o meramente potenziali. La documentazione contabile risulta quindi determinante ai fini della pubblicità che genera l'ammontare del debito oggetto del trasferimento, mentre l'estensione all'ambito previdenziale della ferrea garanzia rappresentata dal ben più tutelante (per il creditore) [articolo 2112](#), cod. civ. risulterebbe una chiara forzatura⁷.

Allo stesso modo non può richiedersi al Durc la certificazione dei debiti scaturenti da accertamenti giudiziari. Vale la pena segnalare, inoltre, che in caso di operazione societaria avvenuta a cavallo di procedura di aggiudicazione di un appalto, i debiti scaturenti dall'irregolare condotta dell'azienda cedente, generano pregiudizio anche sul cessionario in forza dell'[articolo 80](#), comma 4, D.Lgs. 50/2016⁸. Tutto quanto esposto dal punto di vista contributivo, non può estendersi con riferimento all'impianto assicurativo. Infatti in questo caso la responsabilità solidale è generata da espresso precetto fissato dall'[articolo 15](#), comma 1, D.P.R. 1124/1965 che recita: “...Nel caso di trasferimento di una azienda da un datore di lavoro a un altro, quest'ultimo, nonostante la denuncia effettuata ai sensi dell'articolo [12](#), è solidalmente obbligato con il primo, salvo l'eventuale diritto di regresso del nuovo datore di lavoro verso il precedente, per tutto quanto risulta dovuto all'istituto assicuratore per premi o contributi di assicurazione e relativi interessi e per somme supplementari a titolo di penale, riferentisi all'anno in corso e ai 2 antecedenti...” di tal ché la pubblicità contabile non assume alcun rilievo nell'interesse dell'istituto assicuratore⁹.

Durc, aspetti legali e contrattuali nelle operazioni straordinarie

Contrariamente all'aspetto previdenziale, il c.d. Durc interno mira a incrementare il valore della certificazione sommando gli aspetti contrattuali della relazione, questa volta sì, sinallagmatica tra datore e lavoratore, spingendosi a valutazioni inerenti la gestione del rapporto di lavoro dipendente. Anche in questo caso il momento da fotografare con attenzione è quello del trasferimento tra cedente e cessionario, ove piomba sulle parti coinvolte l'effetto della responsabilità solidale. Con riferimento ai

⁷ In questo senso Cassazione n. 3646/2016 non può operare l'automatica estensione di responsabilità all'acquirente ex articolo 2112, cod. civ. neanche in virtù di un'interpretazione “*a contrario*” della previsione di cui all'articolo 3, § 4, lettera a), Direttiva 2001/23/CE, stante l'autonomia del rapporto contributivo, intercorrente tra datore ed ente previdenziale, dal rapporto di lavoro. Coerente Cassazione n. 8179/2001, n. 4726/2002; contra Cassazione n. 2644/1985.

⁸ In questo senso Tar del Lazio a più riprese e Consiglio di Stato n. 1497/2018 e n. 2527/2018.

⁹ Cassazione n. 3752/1995.

temi contrattuali oggetto del Durc interno, deve scomodarsi l'[articolo 2112](#), cod. civ. che nei tratti di nostro interesse, recita testualmente:

“...In caso di trasferimento d'[azienda](#), il rapporto di lavoro continua con il cessionario e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

Il cedente e il cessionario sono obbligati, [in solido](#), per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. ...

Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello...”.

Sono quindi in modo particolare i commi 1 e 2 a richiedere l'interrogazione del documento che, ricordiamo, sugli aspetti esterni si manifesta in forma di autocertificazione¹⁰, per comprendere se la condotta datoriale del cedente sia stata genuina e possa garantire un disteso passaggio aziendale utile a sigillare l'investimento del cessionario. Si badi bene, il Durc interno non potrà estendere la propria garanzia ai crediti di natura retributiva connessa ai mancati pagamenti di retribuzioni comunque calcolate e dichiarate correttamente, che rimarranno oggetto di specifica *due diligence*¹¹.

Con specifico riferimento all'applicazione delle più disparate agevolazioni, si assuma come il Durc interno non garantisca affatto da solo il diritto alle stesse, quando i vizi derivino dai requisiti di accesso. La certificazione di regolarità, infatti, non può certamente sanare un'agevolazione acquisita in assenza di requisiti.

Volendo eccedere nella ricostruzione analitica degli effetti provocati dalla successione datoriale, deve considerarsi la possibilità che l'articolo 2112, cod. civ. possa influire nel Durc interno del soggetto cessionario in caso di assenza o irregolarità del Durc interno del cedente. Questo effetto è nutrito dalla responsabilità solidale sui debiti pregressi, che vizierà il Durc interno dell'acquirente di fatto rendendolo irregolare fino alla sanatoria del vizio pregresso.

La continuità nel possesso del Durc interno tra cedente e cessionario rileva soprattutto per il trascinarsi dei benefici contributivi, in essere al momento del passaggio e non esauriti. Di fatto è il lavoratore a essere considerato portatore della singola agevolazione, tale principio viene ripetutamente ribadito da precisi interpelli del Ministero del lavoro n. 20/2010 e [n. 25/2015](#).

¹⁰ In realtà il Ministero del lavoro con [circolare n. 34/2008](#) ritiene che proprio su questi temi non sia possibile alcuna autocertificazione, eppure la stessa resta implicita nell'istanza, in quanto nessun ente certifica il rispetto dell'applicazione contrattuale collettiva. Con l'indicazione dell'impossibilità di autocertificare gli aspetti connessi al Durc interno in realtà il Ministero mira unicamente a confermare la possibilità di verificare e contestare la condotta dell'azienda.

¹¹ In merito a questi aspetti un ruolo più tutelante viene assunto dalla certificazione Asseco.

Il Durc e l'*utility* residuale nel trasferimento d'azienda

Assunti limiti e funzioni esprimibili dall'oggetto di questo contributo, siamo agevolati nel perimetrare con apprezzabile certezza la garanzia che le parti possono ottenere al fine di agevolare le operazioni utili al *closing*.

Più prossima sarà l'interrogazione, più il cedente potrà dimostrare di aver tenuto una condotta adempiente nei confronti degli enti, così da non trasferire alcun debito previdenziale. Ovviamente la garanzia risconterà solo i debiti trasferibili, oltre alla permanenza delle agevolazioni portabili.

Per converso il Durc interno non assumerà veste di scudo verso eventuali rivendicazioni attivabili dai lavoratori in procinto di essere trasferiti, senza soluzione di continuità, entro i limiti prescrizionali¹².

Ovviamente le informazioni acquisibili devono limitarsi a ciò che l'azienda realmente denuncia e regola con precisa applicazione, posto che eventuali presenze di orari di lavoro sommersi, di figure professionali inquadrati difettosamente, oppure di prestazioni totalmente in nero, non risulteranno tracciate determinando un rischio concreto per il cessionario di fatto non arginabile.

Vale la pena tenere quindi sempre a mente che il Durc certifica ciò che l'azienda dichiara, non potendo sostituirsi a controlli analitici che devono ritenersi necessari al fine di smarcare ogni ragionevole dubbio circa la limpida condotta del cedente.

Il combinato documentale eleva il livello di garanzia

Arrivati a questo punto si potrà assumere che il possesso del Durc non rappresenta la sintesi assoluta utile a garantire la posizione dell'azienda da valutare, ma il suo effetto potrà sicuramente amplificarsi, con chiaro beneficio per la parte acquirente, una volta abbinato alla documentazione obbligatoria producibile a richiesta nel corso delle operazioni di *due diligence*.

Le verifiche coordinate possono articolarsi secondo diversi schemi, a seconda del grado di penetrazione richiesto dall'esaminatore. Uno di questi si innesca proprio con il confronto tra i debiti risultanti dalle scritture contabili e quanto risultante dal Durc. Ovviamente la presenza di debiti iscritti non dovrebbe concedere la regolarità contributiva, salvo il caso in cui i debiti pendenti corrispondano esattamente a quelli oggetto di rateazione o, alternativamente, a quelli oggetti di ricorso, sia questo amministrativo o giudiziario. Il passo successivo sarà quindi quello di verificare la rateazione e/o i contenziosi pendenti, così da riscontrare la perfetta aderenza ai debiti iscritti.

¹² Per l'aggiornamento sui termini prescrizionali si veda articolo 2948, cod. civ., in dottrina M. Meucci "La prescrizione dei crediti retributivi dopo le leggi limitative della c.d. stabilità reale" in Lavoro Diritti Europa n. 2/2020.

Quasi superfluo precisare che in caso di debiti risultanti da scritture contabili combinati con mancato rilascio del Durc, non vi siano dubbi circa il passaggio degli stessi all'acquirente, sulla base del ridondante effetto ex [articolo 2560](#), cod. civ..

In ultima analisi previdenziale si assuma il caso di Durc regolare combinato con l'assenza di debiti rilevabili da scritture contabili. Tale combinazione cristallizza l'assenza di rischio per l'acquirente, in quanto i debiti non risultanti certamente non investiranno il cessionario.

Relativamente a quanto autocertificabile tramite il Durc interno, invece, deve caldeggiarsi una precisa valutazione combinata, al fine di comprendere la corretta applicazione della contrattazione collettiva, con particolare riferimento alla parte normativa e retributiva. Tale esercizio non risulta di semplice esecuzione, posto che le clausole contrattuali presentano profonde incognite e si prestano a letture ambigue, alle quali molto spesso anche le parti stipulanti non dedicano interpretazioni autentiche. Si aggiunga inoltre il caso delle aziende iscritte alle associazioni stipulanti che, risultando vincolate all'applicazione di ogni singola clausola dei contratti collettivi applicati per l'effetto civilistico provocato dal mandato, impongono una verifica ancor più approfondita dell'impianto contrattuale.

Più complesso ancora risulterà il confronto tra il Durc interno, il LUL e i contratti di lavoro, unitamente agli aggiornamenti intervenuti durante il rapporto. In questo caso, infatti, le operazioni di verifica, per avvicinarsi alla certezza assoluta del dato espresso dal Durc interno, dovranno spingersi verso valutazioni di merito circa l'assoggettamento o meno dei titoli erogati alle somme corrisposte. Tale analisi potrà veicolarsi tramite la verifica delle denunce UniEmens, contatto dichiarativo ufficiale azienda e istituto previdenziale, in assenza del quale la semplice elaborazione del LUL, non potrà garantire quanto fotografato dal Durc.

Sempre con riferimento al Durc interno, vale la pena ricordare la necessità di una verifica approfondita circa la presenza dei requisiti innescenti il vantaggio contributivo, così da poterne apprezzare il trascinarsi in capo al cessionario.

Conclusioni

In chiusura preme rilevare che per ragioni di *focus*, e ovviamente anche di spazio, non si è corredato il tema con le particolarità coinvolgenti le aziende in crisi, ove le regole descritte risultano derogate in modo netto.

Alla luce di questa corposa disamina, la morale non può che ricondurre a un monito verso la necessità di non sopravvalutare il Durc nelle attività di M&A, posto che i limiti dello stesso devono stimolare ulteriori passaggi di verifica della posizione aziendale.

Non guardare il Durc come una certificazione sterile, quindi, bensì come un tassello da combinarsi con molti altri, per ottenere concreta contezza di ciò che si sta valutando.

L'informazione quotidiana, attenta e completa, disponibile gratuitamente

**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 e Domenico Santoro

COMITATO DI REDAZIONE

Giulio Andreani Guido Bevilacqua
Riccardo Borsari Massimo Buongiorno
Sergio Pellegrino

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 2022

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.