



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

L'INSERTO

1

BORSE DI STUDIO 1999

**Continuiamo la pubblicazione degli elaborati
che hanno concorso alle Borse di Studio 1999,
che sono stati ritenuti dalla Commissione,
per qualità d'argomento e svolgimento,
meritevoli di pubblicazione**

Categoria A

- **INGE BISINELLA**, Praticante Ordine di Bassano del Grappa
"La cambiale finanziaria"

- **ERIKA MORO**, Praticante Ordine di Vicenza
"Il bilancio e le deroghe in casi eccezionali"

- **ALESSANDRO BAMPO**, Praticante Ordine di Belluno
"Riporto delle perdite nel reddito d'impresa"

Categoria B

- **LUCA RIGOTTI**, Praticante Ordine di Udine
"Il fondo patrimoniale. Possibile strumento di tutela per il professionista?"

- **MICHELA MARRONE**, Praticante Ordine di Belluno
"I patti parasociali nella riforma Draghi"

- **LUCA CAMPANA, MICHELA REGINATO**, Praticanti Ordine di Treviso
"Usufrutto di quota sociale nelle società in nome collettivo"

La cambiale finanziaria

Inge Bisinella / Praticante Ordine di Bassano del Grappa

1. LE CARATTERISTICHE DELLA CAMBIALE FINANZIARIA

La cambiale finanziaria è uno strumento finanziario destinato alle imprese che dovrebbe consentire loro di reperire fondi a breve scadenza, aggirando gran parte delle problematiche emergenti dalle procedure necessarie a conseguire un diretto indebitamento bancario. Si configura come un titolo di credito all'ordine emesso in serie, poiché emesso in relazione ad un unico finanziamento, con durata compresa tra i 3 e i 12 mesi. E' disciplinato dalla legge 43 del 13/01/94, ed è equiparata per ogni effetto di legge alle cambiali ordinarie. In particolar modo si può dunque raffigurare nella cambiale finanziaria la natura di un vaglia cambiario.

- * La cambiale finanziaria è normativamente definita un titolo di credito all'ordine, con tutte le caratteristiche di incorporazione, autonomia e letteralità, con essa si instaura un rapporto finanziario tra l'impresa emittente e una pluralità indistinta di soggetti.
- * E' un documento costitutivo di un diritto di credito letterale, idoneo a conferire in modo autonomo la titolarità del diritto in esso incorporato al proprietario del documento, e la legittimazione al possessore qualificato da una serie continua di girate apposte sul titolo medesimo all'esercizio del diritto in essa incorporato.
- * L'utilizzo della forma cambiaria permette al possessore una tutela diretta e rapida del proprio diritto di credito, dato che si tratta di un titolo esecutivo, con un conseguente maggior vantaggio per il finanziatore. Queste caratteristiche, proprie delle cambiali ordinarie, consentono alla cambiale finanziaria di circolare liberamente.
Si trasferisce con una semplice girata, la quale, però, ai sensi dell'articolo 1 della Legge 43/94 deve sempre contenere la clausola "senza garanzia" o un'altra clausola equivalente, per evitare l'azione di regresso tra i successivi giratari, in quanto nessuno di essi assume la veste di obbligato cambiario tale essendo solo l'emittente. Quindi il girante non può essere chiamato a rispondere per la mancata accettazione, né dell'inadempimento dell'obbligato principale, il titolo risulta in questo modo più facilmente negoziabile e trasferibile.
- * La cambiale finanziaria viene emessa in serie con un taglio minimo non inferiore a 100 milioni (valore minimo previsto dal D.M. del Tesoro 28/10/94), il titolo pur essendo all'ordine viene ambientato fin dall'origine nell'ambito di una più complessa operazione di finanziamento di cui rappresenta una frazione, con il carattere peculiare di fungibilità che dovrebbe facilitarne la circolazione.
Si tratta di uno strumento di breve periodo, la sua durata non può, a norma dell'articolo 1 della Legge 43/94, avere una scadenza inferiore ai 3 mesi o superiore ai 12 mesi dalla data della sua emissione.

2. FORMA DELLA CAMBIALE FINANZIARIA

La cambiale finanziaria deve, per legge, contenere obbligatoriamente:

- * la denominazione di cambiale finanziaria inserita nel contesto del titolo,

* gli elementi specificati nell'articolo 100 delle disposizioni approvate con R.D. 1699/33 e cioè la promessa incondizionata a pagare una somma determinata, l'indicazione della scadenza e del luogo di pagamento, il nome di colui al quale o all'ordine del quale deve farsi il pagamento, l'indicazione della data e del luogo in cui il vaglia cambiario è emesso, la sottoscrizione di colui che emette il titolo,

* i proventi in qualunque forma pattuiti, ex articolo 1 della Legge 43/94,

* l'oggetto e la sede dell'impresa emittente, con l'indicazione dell'ufficio registro delle imprese presso cui è iscritta, il capitale sociale versato ed esistente al momento dell'emissione, l'ammontare complessivo dell'emissione di cui la cambiale fa parte, in caso di garanzia l'identità del garante e l'ammontare della garanzia.

3. SOGGETTI CHE POSSONO EMETTERE CAMBIALI FINANZIARIE

L'articolo 3 della Legge 43/94 stabilisce che l'emissione di cambiali finanziarie consiste nella raccolta di risparmio ai sensi dell'articolo 11 del D.Lgs. 385/93 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia). L'articolo 11 conferma la riserva di attività bancaria, consentendo, però, un sostanziale ampliamento della possibilità per le imprese di raccogliere risparmio. Viene consentita l'emissione di cambiali finanziarie alle seguenti società:

* società ed enti con titoli negoziati in un mercato regolamentato;

* altre società, purché i bilanci degli ultimi 3 esercizi siano in utile. Inoltre i titoli devono essere assistiti da una garanzia in misura non inferiore al 50% del loro valore di sottoscrizione, rilasciata da soggetti vigilati (banche autorizzate in Italia, e le banche comunitarie indicate all'articolo 1, comma 2, lettera b), del D.Lgs. 385/93;

* società finanziarie iscritte nell'elenco speciale dell'articolo 107 del D.Lgs. 385/93;

* società ed enti di assicurazione autorizzati ai sensi delle Leggi 295/78 e 742/86.

Non possono emettere cambiali finanziarie:

* le banche, in seguito alla delibera del C.I.C.R. del 3/03/94,

* le società di intermediazione finanziaria non vigilate ex articolo 106 del D.Lgs. 385/93, ad esclusione delle società finanziarie vigilate ex articolo 107 del medesimo decreto.

Le imprese possono emettere cambiali finanziarie e certificati di investimento per un importo che, unitariamente a quello delle obbligazioni emesse non ecceda il capitale versato e le riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato.

I soggetti abilitati a prestare le garanzie sono:

* banche autorizzate in Italia e banche comunitarie di cui all'articolo 1, comma 2 lettere b) e d) del D.Lgs. 385/93;

* le società finanziarie iscritte nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 dello stesso decreto legislativo

* le società o enti di assicurazione autorizzate ai sensi delle Leggi 295/78 e 742/86.

EMITTENTI	CARATTERISTICHE DEGLI EMITTENTI	POSSIBILITÀ LIMITI EMISSIONE	ULTERIORI VINCOLI
Società ed enti quotati	non finanziari	sì, entro il patrimonio*	//
	finanziari vigilati		
	finanziari non vigilati	NO	//
Società ed enti non quotati	non finanziari	sì, entro il patrimonio*	ultimi 3 bilanci in utile e garanzie idonee
	finanziari vigilati		
	finanziari non vigilati	NO	//

* nello stesso plafond si devono computare anche le emissioni obbligazionarie

4. NORME SULLA TRASPARENZA

Le cambiali finanziarie a norma degli articoli 4 e 5 della Legge 43/94 sono considerate valori mobiliari (nell'accezione generalmente accolta per valori mobiliari si intendono i titoli di massa o di serie o negoziabili in un mercato), quindi l'emissione è soggetta alle norme sulla trasparenza contenute nel D.Lgs. 385/93, ex articolo 115, comma 2, che stabilisce che "il Ministero del Tesoro può individuare, in considerazione dell'attività svolta, altri soggetti da sottoporre alle norme del presente capo"; "i soggetti che raccolgono risparmio dovranno mettere a disposizione della clientela i fogli informativi analitici che contengono dettagliate informazioni sul tasso di rendimento, sul prezzo, sulle spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi" (art. 116). Quindi:

* se le cambiali finanziarie sono offerte al pubblico vi è l'obbligo per gli emittenti che non si avvalgono di intermediari specializzati di mettere a disposizione della clientela fogli informativi analitici; * se invece la raccolta viene effettuata presso i soci non è considerata effettuata tra il pubblico e quindi non richiede tale prospetto (purché sia rivolta a soggetti che detengono da almeno tre mesi una parte almeno pari al 2% del capitale sociale e se questo è previsto dallo statuto). Inoltre è necessario verificare se la loro emissione deve essere assoggettata a quanto disposto dall'articolo 129 della Legge 385/93, che stabilisce che "le emissioni di valori mobiliari e le offerte in Italia di valori mobiliari esteri di importo non superiore ai 100 miliardi di lire o maggiore importo determinato dalla Banca d'Italia sono liberamente effettuabili ove i valori mobiliari rientrino in tipologie previste dall'ordinamento e presentino le caratteristiche individuate dalla Banca d'Italia in conformità delle deliberazioni del C.I.C.R.. Nel computo degli importi concorrono tutte le operazioni relative al medesimo emittente effettuate nell'arco dei dodici mesi precedenti. Le emissioni di valori mobiliari e le offerte in Italia di valori mobiliari esteri non liberamente effettuabili ai sensi del comma 1 sono comunicate alla Banca d'Italia a cura degli interessati." L'emissione di valori mobiliari viene sottoposta al controllo pubblico, se supera certi ammontari, allo scopo di regolamentare l'ordinato accesso al mercato dei valori mobiliari. Sono assoggettate alle disposizioni di cui all'articolo 129:

- le obbligazioni di società;
- le obbligazioni di enti non garantite dallo Stato;
- le obbligazioni e i titoli di deposito delle banche ;
- i fondi esteri non armonizzati;
- i titoli atipici tra cui si ricomprendono le cambiali finanziarie.

La Banca d'Italia ha provveduto con il provvedimento del 23 giugno 1994, modificato dal successivo dell'11 dicembre 1995, a stabilire il limite di 100 miliardi di lire il limite di rilevanza di cui al comma 1 dell'articolo 129 della legge 385/93 per le obbligazioni, le cambiali finanziarie e i certificati di investimento. L'emissione di cambiali finanziarie per un importo che superi i 100 miliardi di lire comporta l'obbligo di osservare le disposizioni in materia di comunicazione alla Banca d'Italia.

Per la precisione la comunicazione deve indicare le quantità e le caratteristiche dei valori mobiliari nonché le modalità e i tempi di svolgimento dell'operazione. Entro 15 giorni dal ricevimento della comunicazione la Banca d'Italia può chiedere informazioni integrative. L'operazione può essere effettuata decorsi venti giorni

dal ricevimento della comunicazione ovvero, se richieste, delle informazioni integrative. Al fine di assicurare la stabilità e l'efficienza del mercato dei valori, la Banca d'Italia, entro il medesimo termine di venti giorni, può, in conformità delle deliberazioni del C.I.C.R., vietare le operazioni non liberamente effettuabili ai sensi del comma 1 ovvero differire l'esecuzione delle operazioni di importo superiore al limite determinato ai sensi del medesimo comma.

5. COMMERCIAL PAPER E CAMBIALE FINANZIARIA

La cambiale finanziaria è stata creata con l'intenzione di raggiungere il successo che all'estero ha avuto la commercial paper, che si è diffusa soprattutto negli Stati Uniti come strumento del mercato monetario mediante il quale le imprese ottengono finanziamenti a breve in forma diretta e sono emesse sotto forma di pagherò cambiario e avallate dal rating positivo di un'apposita società di valutazione o una fideiussione.

La commercial paper nel nostro ordinamento si configura come una polizza di credito commerciale, come un documento redatto sotto forma di corrispondenza commerciale cioè una lettera con la quale un soggetto riconosce l'esistenza di un proprio debito di ammontare e scadenza determinati nei confronti di un altro soggetto quest'ultimo, e chiunque si rende cessionario del credito con clausola pro-soluto, beneficia di una fideiussione bancaria relativa al debito riconosciuto. A differenza delle accettazioni bancarie non vi è emissione di tratta e la banca non assume le vesti di obbligata principale, il finanziatore di norma è un'altra impresa che corrisponde all'impresa finanziata un importo inferiore rispetto a quello riconosciuto dalla stessa mediante la polizza di credito commerciale e non una cambiale, quindi non esiste alcuna imposta di bollo. Con questo riconoscimento (o lettera di riconoscimento ex articolo 1988 c.c.) la società debitrice si riconosce tale verso la società finanziatrice e contestualmente rinuncia in modo pieno e irrevocabile ad opporre nei confronti di qualunque cessionario successivo del titolo qualsiasi eccezione non esplicitamente prevista. Inoltre tale garanzia viene rafforzata nei confronti dall'intervento della banca che concede all'emittente una fideiussione garantendo così il creditore del pagamento puntuale e integrale del debito.

Le analogie con la cambiale finanziaria sono molte, di fatto però l'utilizzo della formula cambiaria consente al credito di circolare più liberamente, mediante semplice girata, e di essere più facilmente negoziabile poiché si tratta di un titolo esecutivo, garantito inoltre dalla fideiussione concessa all'emittente da una banca autorizzata. Forse la cambiale finanziaria risulta più onerosa della commercial paper o della polizza di credito commerciale perché sconta un'imposta di bollo dello 0,1%, ma se all'atto di emissione vengono rispettate le condizioni di congruità di cui all'articolo 26 del D.P.R. 600/73 sconta una ritenuta alla fonte del 12,50%, inferiore a quella prevista per le accettazioni bancarie del 27%, sfavorite dalla riforma del D.Lgs. 461/97, inoltre consente di organizzare programmi di roll-over, ovvero rinnovare i titoli in scadenza allungando la durata del finanziamento.

6. ASPETTI FISCALI

Vi sono diversi momenti della vita di una cambiale finanziaria in cui può sorgere il presupposto per l'applicazione di un'imposta. E' opportuno considerare separatamente i momenti di emissione, di

cessione e scadenza del titolo, e distinguere tra imposizione diretta e indiretta.

6.1 Imposizione diretta

1) Emissione della cambiale finanziaria. L'emissione non costituisce presupposto di qualsivoglia reddito, perché i proventi pattuiti e indicati nella cambiale non possono ancora considerarsi maturati.

2) Girata del titolo. Quando viene ceduta la cambiale finanziaria mediante girata è possibile che si possa generare un provento o una perdita in capo al cedente. Se viene conseguito da:

- * *un imprenditore*, il provento è riconducibile alla lettera c), del comma 1, dell'articolo 53 del T.U.I.R., nel quale si afferma che costituiscono ricavi "i corrispettivi delle cessioni di azioni, di obbligazioni e di altri titoli in serie o di massa che non costituiscono immobilizzazioni finanziarie, anche se non rientrano fra i beni al cui scambio è diretta l'attività d'impresa". Le cambiali finanziarie non possono rientrare fra le immobilizzazioni finanziarie in quanto avendo una durata non superiore ai 12 mesi non hanno una destinazione durevole come richiesto dall'articolo 2424-bis del c.c.. Il ricavo si determina dalla differenza fra il corrispettivo di cessione e il costo di acquisto, inoltre rilevano ai fini della determinazione del reddito d'impresa i costi sostenuti per l'acquisizione dei titoli;
- * *persona fisica non imprenditore individuale*, il provento costituisce una plusvalenza di cui all'articolo 81, comma 1, lettera c-ter), da determinare a norma dell'articolo 82, comma 5, cioè operando la differenza fra il corrispettivo percepito, ovvero la somma o il valore normale dei beni rimborsati e il prezzo di emissione aumentato di ogni onere inerente alla sua produzione con inclusione dell'imposta di donazione o di successione esclusi gli interessi passivi, dal corrispettivo percepito nonché dal costo di acquisto si computano i redditi di capitale maturati ma non riscossi (articolo 82, comma 6, lettera a)). Tale plusvalenza, sommata algebricamente alle plusvalenze o minusvalenze di cui alla lettera c-bis), ai redditi e alle perdite di cui alla lettera c-quater) e alle plusvalenze e proventi di cui alla lettera c-quinquies) dello stesso articolo 81, concorre a formare il reddito complessivo ed è assoggettata ad un'imposta sostitutiva del 12,50% a norma dell'articolo 5, comma 2 del D.Lgs. 461/97, salvo che il contribuente non abbia optato per i regimi di cui all'articolo 6 (risparmio amministrato) o articolo 7 (risparmio gestito) dello stesso Decreto Legislativo

3) Scadenza della cambiale finanziaria. Al momento della scadenza si determina in capo al detentore del titolo un provento che costituisce reddito da capitale. L'articolo 41, comma 1, lettera b) afferma infatti che costituiscono redditi di capitale gli interessi e gli altri proventi delle obbligazioni e dei titoli similari, compresa la differenza fra la somma percepita o il valore normale dei beni ricevuti alla scadenza e il prezzo di emissione (articolo 42, comma 1).

* Se tali redditi vengono *percepiti nell'esercizio di imprese commerciali* o s.n.c. o s.a.s., e per effetto del rinvio fatto dall'articolo 95, da enti commerciali o società di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 87, concorrono a formare il reddito come componenti del reddito d'impresa;

* *se vengono conseguiti da persone fisiche* e le cambiali finanziarie non sono relative all'impresa ex articolo 77, concorrono a formare il reddito complessivo come redditi di capitali.

4) Ritenuta alla fonte all'atto della corresponsione del valore di rimborso. A norma dell'articolo 26 del D.P.R. 600/73, gli interessi delle cambiali finanziarie sono assoggettati dal soggetto indicato al primo comma dell'articolo 23 emittente ad una ritenuta del 12,50% a condizione che al momento dell'emissione il tasso di rendimento effettivo non sia superiore al Tus più un terzo per le obbligazioni e i titoli similare non negoziati in mercati regolamentati o collocati mediante offerta al pubblico, se non viene rispettata questa condizione la ritenuta applicata sarà del 27%. Tale ritenuta è operata a titolo d'acconto nei confronti di:

* imprenditori individuali, se le cambiali sono relative all'impresa ex articolo 77;

* s.n.c., s.a.s. ed equiparate a norma dell'articolo 5;

* società ed enti di cui alle lettere a) e b) dell'articolo 87 e stabili organizzazioni nel territorio dello stato delle società e degli enti di cui alla lettera d) del predetto articolo.

A titolo d'imposta nei confronti di tutti gli altri soggetti. La ritenuta si applica a tutti gli interessi divenuti esigibili a partire dal 1/07/98.

5) Interessi passivi. La società emittente potrà dedursi ai fini della determinazione del reddito d'impresa a norma dell'articolo 3 della L. 549/95, gli interessi passivi, ma solo nei limiti del tasso di congruità ex articolo 26 del D.P.R. 600/73, quindi se al momento dell'emissione il rendimento delle cambiali è superiore al tasso ufficiale di sconto maggiorato di un terzo, l'eccedenza non è deducibile dal reddito della società. Inoltre tali interessi sono indeducibili ai fini Irap.

6.2 Le imposte indirette

A) Imposta di bollo. La Legge 43/94 ha integrato con l'articolo 2, comma 1, la disposizione prevista dall'articolo 6 della medesima parte della Tariffa (che prevede un'imposta di bollo del 12% sulle cambiali ordinarie) secondo la quale le cambiali finanziarie devono essere assoggettate all'imposta di bollo nella misura di lire 100 per ogni milione di lire o frazione di milione, vale a dire con un'imposta proporzionale del 0,1%.

B) Imposta di registro. L'articolo 8 della Tabella allegata al D.P.R. 131/86, concernente gli atti per i quali non vi è obbligo di chiedere registrazione, include le azioni, le obbligazioni e gli altri titoli in serie o di massa, comprese le relative girate (anche se per quest'ultime vi è soggezione all'imposta solo in caso d'uso nella misura fissa di lire 150.000).

C) Imposta sul valore aggiunto. L'articolo 2 della Legge 43/94 stabilisce che ai fini dell'IVA le operazioni relative all'emissione di cambiali finanziarie sono assoggettate al regime previsto per i prestiti obbligazionari. Risulta quindi applicabile il comma 4, lettera b), dell'articolo 3, del D.P.R. 633/72, in base al quale l'emissione di questi particolari titoli di credito è esclusi dal campo di applicazione dell'IVA. Risulta, invece, esente da IVA (ai sensi dell'articolo 10) la girata di una cambiale finanziaria, ossia la sua negoziazione e i relativi interessi. Ne consegue che non sussiste l'obbligo di fatturazione per questa operazione esente al verificarsi delle condizioni previste dall'articolo 22, cioè che l'emissione della fattura non sia richiesta dal giratario non oltre il momento di effettuazione dell'operazione e quest'ultima non rientri nell'attività propria dell'impresa. E' irrilevante ai fini IVA la girata, se il girante non è in possesso di una partita IVA.

7. IL RENDIMENTO DELLE CAMBIALI FINANZIARIE

Il rendimento per un investitore che acquista una cambiale finanziaria è rappresentato dalla differenza fra il prezzo pagato per l'acquisto della cambiale e il ricavato della vendita o il valore di rimborso della cambiale finanziaria a scadenza. Il prezzo di negoziazione è dato dalla seguente formula:

$$P_n = \frac{C}{1 + i \cdot t/365}$$

C = valore facciale della c.f.
i = tasso di interesse applicato
t = n. di giorni mancanti alla scadenza della c.f.

8. ASPETTI CONTABILI

Si passa ora ad analizzare il trattamento contabile delle operazioni relative alle cambiali finanziarie, distinguendo tra soggetto emittente e soggetto acquirente. Si ipotizzi di emettere una cambiale finanziaria con valore facciale di 100,201 durata 12 mesi, dal 30/06/99 al 30/06/2000, tasso di rendimento del 3,3% (quindi uguale al Tus del 2,5% più un terzo in modo da rispettare la condizione di congruità) e prezzo di emissione di 97.

1) Emittente. Per colui che emette una cambiale finanziaria, quest'ultima costituisce un debito nei confronti di un finanziatore, l'emittente dovrà, dunque rilevare l'entrata finanziaria e l'accensione del debito a fronte del finanziamento ricevuto.

<i>Banca c/c</i>	<i>a</i>	<i>Cambiali finanziarie</i>	<i>97</i>
------------------	----------	-----------------------------	-----------

A fine esercizio la cambiale finanziaria non è ancora scaduta, l'emittente dovrà contabilizzare la quota di interessi passivi di competenza dell'esercizio e nel passivo dello stato patrimoniale finale figurerà il rateo passivo pari a 3,201 x 6/12:

Interessi passivi	a	Ratei passivi	1,6
--------------------------	----------	----------------------	------------

Nella nota integrativa, ai numeri 7) e 12), andrà specificata l'incidenza, rispettivamente nei ratei passivi e negli interessi e altri oneri finanziari, delle operazioni di finanziamento mediante cambiali finanziarie. Si noti inoltre che questi titoli di credito, non attribuendo ai loro detentori alcuna influenza nelle decisioni del soggetto emittente, non devono essere evidenziati nel punto 18) della nota integrativa.

Al momento della scadenza del titolo, l'emittente rileverà in dare lo storno del debito a fronte del suo rimborso e gli interessi passivi corrisposti ai finanziatori, in avere l'uscita finanziaria e le ritenute dovute all'Erario per conto dei finanziatori, pari al 12,50% degli interessi corrisposti di 3,201.

<i>Diversi</i>	<i>a</i>	<i>Diversi</i>	<i>100,201</i>
Cambiali finanziarie	97		
Interessi passivi	<u>3,201</u>		
		Banca c/c	99,801
		Erario c/ritenute	<u>0,4</u>

2) Acquirente. Per il finanziatore l'acquisto di una cambiale finanziaria rappresenta un costo, le cambiali finanziarie, infatti, sono dei titoli di credito, per cui la loro gestione contabile è assimilabile a quella dei titoli a reddito fisso. Anche la disciplina fiscale prevede per le operazioni sulle cambiali finanziarie, in base a quanto disposto dagli articoli 53 e 61 del T.U.I.R. il funzionamento denominato "a costi, ricavi e rimanenze". Inoltre essendo le cambiali finanziarie titoli di credito prive di cedole, è necessario utilizzare i conti Titoli c/acquisti e Titoli c/vendite a corso secco. Per questo motivo il finanziatore, qualora sia obbligato alla tenuta nelle scritture contabili, dovrà evidenziare l'acquisto di una cambiale finanziaria utilizzando il conto Titoli c/acquisti in dare per il valore di emissione del titolo o il corso secco di acquisto, la contropartita in avere sarà data da un'uscita finanziaria

Titoli c/acquisti	a	Banca c/c	97
--------------------------	----------	------------------	-----------

Nel caso in cui la cambiale venga ceduta prima della sua scadenza, supponiamo il 30/09 ad un prezzo di 99 per mezzo di una girata, verrà rilevata in dare l'entrata finanziaria e la ritenuta d'acconto relativa agli interessi maturati in modo da realizzare la traslazione dell'imposta. Tale ritenuta se operata anteriormente alla presentazione della dichiarazione dei redditi, sui redditi che concorrono a formare il reddito complessivo potrà essere scomputata dall'imposta netta a norma dell'articolo 19, comma 1 lettera b) per gli imprenditori individuali e società di persone, e a norma dell'articolo 93, comma 2, per i soggetti IRPEG, per i quali si scompota nel periodo d'imposta nel quale i redditi cui si afferisce concorrono a formare il reddito complessivo, ancorché non siano stati percepiti o assoggettati alla ritenuta, in proporzione all'ammontare degli interessi che concorrono a formare il reddito. Inavere si storerà il costo del titolo iscritto nel conto Titoli, si rileverà la quota di interessi attivi maturata e corrisposta dall'acquirente l'utile su titoli realizzato:

<i>Diversi</i>	<i>a</i>	<i>Diversi</i>	<i>99</i>
Banca c/c	98,01		
Erario c/ritenute d'acconto	<u>0,1</u>		
		Titoli c/vendite	97
		Interessi attivi	0,8
		Utile su titoli	<u>1,2</u>

Nell'ipotesi invece che la cambiale finanziaria venga tenuta dal finanziatore fino alla scadenza si rileverà in dare l'entrata finanziaria e la ritenuta d'acconto subita sugli interessi maturati, in avere si storerà il conto titoli per il costo d'acquisto e si rileveranno gli interessi corrisposti.

<i>Diversi</i>	<i>a</i>	<i>Diversi</i>	<i>100,201</i>
Banca c/c	99,801		
Erario c/ritenute subite	<u>0,4</u>		
		Titoli c/rimborso	97
		Interessi attivi	<u>3,201</u>

Qualora alla chiusura di un esercizio un soggetto detenga in portafoglio delle cambiali finanziarie esse saranno considerate quali Rimanenze finali (Attivo Circolante), la loro valutazione non desta particolari problemi, considerata la natura di breve periodo che questi titoli di credito hanno per legge, si applicheranno i criteri di valutazione stabiliti dal punto 9 dell'articolo 2426 c.c. (valutazione al minore tra il costo di acquisto e il valore di realizzo desumibile dall'andamento del mercato, ma quest'ultimo in una cambiale finanziaria dovrebbe essere comunque superiore al primo, dato che è proprio nella differenza positiva fra valore del titolo e costo sostenuto per suo acquisto che si misura la remunerazione del finanziamento concesso all'emittente del titolo stesso, dunque per una cambiale finanziaria il valore di riferimento per la sua valutazione è comunque il costo di acquisto). Alla chiusura dell'esercizio chi detiene le cambiali finanziarie dovrà calcolare la quota parte di interessi attivi di competenza dell'esercizio successivo, rilevando il rateo attivo. Per quanto riguarda la nota integrativa, occorrerà semplicemente evidenziare al punto 7) l'incidenza nei ratei attivi delle operazioni su cambiali finanziarie.

9. CONCLUSIONI

Nel disciplinare le cambiali finanziarie il legislatore si è preoccupato soprattutto del profilo privatistico della circolabilità del nuovo titolo e del profilo pubblicistico della vigilanza sullo strumento del mercato dei capitali. L'obiettivo è quello di far raggiungere alla cambiale finanziaria un elevato livello di circolabilità ed affidabilità. Il C.I.C.R. ha ristretto di molto l'ambito di operatività della cambiale finanziaria nei confronti del commercial paper. La cambiale finanziaria consente ad un'impresa la raccolta di fondi nel breve periodo mediante l'utilizzo di uno strumento snello e di facile circolazione, di fatto però esistono ancora ostacoli alla sua diffusione poiché

- * molto spesso ottenere garanzie da un soggetto vigilato risulta difficile e troppo oneroso, soprattutto per le piccole e medie imprese. Risulterebbe più semplice, forse, vincolare l'emissione delle cambiali finanziarie al rating o giudizio di solvibilità di un soggetto vigilato, che rappresenterebbe sicuramente una valutazione più approfondita rispetto alla semplice presenza di utile in bilancio per tre esercizi. Eventualmente solo in mancanza di rating positivo obbligare il soggetto emittente ad acquisire una fideiussione;
- * è oneroso redigere il prospetto Consob che potrebbe essere sostituito da altre formule volte a garantire la trasparenza soprattutto se l'emissione fosse assistita da rating e il bilancio certificato.

Se si analizza il caso di una società finanziaria vigilata che vuole emettere cambiali finanziarie questa dovrebbe:

- * essere iscritta all'elenco speciale ex articolo 107 del D.Lgs. 385/93;
- * emettere le cambiali finanziarie ad un tasso di rendimento del 3,3% poiché altrimenti se fosse superiore al Tus maggiorato di un terzo, a norma dell'articolo 26 del D.P.R. 600/73, dovrebbe assoggettare l'interesse corrisposto ad una ritenuta del 27% e l'eccedenza sarebbe indeducibile;
- * emettere un ammontare nominale di cambiali non superiore al capitale versato e le riserve risultanti dall'ultimo bilancio approvato;
- * pagare un'imposta di bollo del 0,1% del valore delle cambiali;
- * sostenere un costo aggiuntivo stimato per ottenere la fideiussione bancaria prevista per le imprese non quotate del 50% dell'importo delle cambiali finanziarie emesse tra il 0,1875% e il 0,25% dello stesso.

Il rendimento del titolo, nell'ipotesi in esame e supponendo che il finanziatore sia una persona fisica, al netto della ritenuta a titolo d'imposta del 12,50% sarebbe del 2,89% al lordo di commissioni.

Il bilancio e le deroghe in casi eccezionali

Erika Moro / Praticante Ordine di Vicenza

1. BREVE PRESENTAZIONE

Con il D.Lgs. 9 aprile 1991, n. 127, l'ordinamento italiano ha recepito la IV e la VII Direttiva Cee del 25 luglio 1978 in tema di bilancio di esercizio. Varie sono le problematiche legate alla disciplina del bilancio sorte fin dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 127, avvenuta nel 1993.

In particolare, secondo le nuove norme (art. 2423, Codice Civile) il redattore del bilancio ha un compito fondamentale: fornire ai lettori del bilancio, con la massima chiarezza, la rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico dell'esercizio. A questo scopo, il legislatore ha predisposto per la redazione del bilancio, una serie di regole piuttosto precise e puntuali che riguardano sia la struttura del bilancio e delle voci che lo compongono sia la valutazione dei dati da riportare nel prospetto stesso. Allo stesso tempo il legislatore ha predisposto anche due deroghe alle disposizioni appena richiamate, delle quali l'una è obbligatoria e l'altra facoltativa. In particolare:

- l'art. 2423, quarto (ed ultimo) comma, codice civile, sancisce l'*obbligo* di derogare, in "casi eccezionali", alle singole disposizioni di legge sul bilancio incompatibili con il generale principio della "rappresentazione veritiera e corretta";

- l'art. 2423 bis, secondo comma, stabilisce la facoltà di derogare, in "casi eccezionali", al principio di continuità dei criteri di valutazione delle poste del bilancio, previsto dal legislatore all'art. 2423 bis, primo comma.

Il problema dunque è il seguente: in sostanza nel nostro ordinamento convivono due disposizioni derogatorie relative alla stessa materia (il principio di continuità dei valori), con lo stesso comune denominatore (i "casi eccezionali"), ma delle quali l'una è obbligatoria e l'altra facoltativa. In entrambi i casi la deroga deve essere comunque motivata nella nota integrativa la quale deve indicare anche l'influenza che essa ha prodotto sulla rappresentazione veritiera e corretta.

Quali siano poi questi casi eccezionali, e quindi l'ambito di applicazione delle deroghe, non lo dicono né disposizioni specifiche di legge né interpretazioni ministeriali. Ciò porta all'ovvia conclusione che è compito degli amministratori, cui spetta redigere il bilancio di esercizio, valutare l'eccezionalità del caso e l'*opportunità* di derogare o meno alle disposizioni di legge con il rischio latente di censure da parte degli impugnatori del bilancio.

2. LE DEROGHE PREVISTE DAL CODICE CIVILE IN CASI ECCEZIONALI

Prima dell'attuale normativa sul bilancio, era prevista una sola deroga dettata dal "vecchio" articolo 2425, ultimo comma, codice civile che così recitava:

"Se speciali ragioni richiedono una deroga..."

Questa disposizione dunque prevedeva la *possibilità* di derogare rispetto ai criteri di valutazione elencati ai precedenti commi qua-

lora vi fossero "speciali ragioni". Tuttavia queste "speciali ragioni" non erano state specificate dal legislatore e dottrina e giurisprudenza si sono sforzate nel tempo di definire le varie fattispecie di "speciali ragioni". In ogni caso, questa deroga era una facoltà e non un obbligo, cosicché al compilatore del bilancio era in un certo senso permesso di "scegliere" fra un bilancio ex lege, redatto cioè secondo i dettati del legislatore in materia di criteri di valutazione, ed un bilancio che rispettasse invece il "quadro fedele".

Diversamente oggi l'articolo 2423, ultimo comma stabilisce che:

"Se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la disposizione non deve essere applicata. La nota integrativa deve motivare la deroga e deve indicare l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale, finanziaria e del risultato economico. Gli eventuali utili derivanti dalla deroga devono essere iscritti in una riserva non distribuibile se non in misura corrispondente al valore recuperato".

Dalla lettura della norma si evince che se l'osservanza delle regole previste dal Codice Civile sulla struttura del bilancio e sui criteri di valutazione contrasta con i valori della chiarezza, correttezza e verità, requisiti essenziali delle informazioni riportate in bilancio, allora queste regole devono essere disapplicate.

L'art. 2423, ultimo comma, c.c., impone dunque la deroga, purché si verifichino contemporaneamente due circostanze:

- l'incompatibilità fra la singola disposizione e la clausola generale della rappresentazione veritiera e corretta;
- l'eccezionalità del caso.

L'obbligatorietà della deroga è stata oggetto di vivaci polemiche. Essa era specificatamente prevista nell'articolo 2, paragrafo 5 della IV Direttiva:

"Se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione della presente direttiva contrasta con l'obbligo di cui al par. 3 (quadro fedele) occorre derogare alla disposizione in questione onde fornire il quadro fedele di cui al par. 3".

Quasi tutti gli stati membri hanno recepito la deroga prevedendo che, qualora una singola disposizione impedisca la rappresentazione veritiera e corretta, da quella disposizione ci si debba allontanare per rispettare la verità sostanziale del bilancio più che la verità formale/legale, ma solo in eccezionali circostanze¹. Tuttavia, ad oggi, nessuno stato della comunità ha precisato quali siano questi casi eccezionali.

Per quanto riguarda in particolare l'Italia, nella Relazione Ministeriale al D. Lgs. N. 127/91, si legge:

"L'ultimo comma della disposizione novellata costituisce applicazione dell'art. 2, par. 5 della IV direttiva che, secondo la maggioranza dei componenti della commissione, prevede un obbligo e non una facoltà di deroga. Non si è ritenuto possibile precisare (come la direttiva consente) i casi eccezionali in cui l'osservanza degli articoli seguenti potrebbe risultare incompati-

¹ La Germania invece ha preferito seguire il criterio della verità legale stabilendo che le norme specifiche dettate per applicare la clausola generale debbano essere applicate in ogni caso.

bile con la rappresentazione veritiera e corretta; dovrà comunque trattarsi di casi veramente eccezionali, essendo evidente che le specifiche norme relative alle strutture ed alle valutazioni sono dettate proprio al fine di assicurare la rappresentazione veritiera e corretta in tutte le situazioni normalmente ricorrenti. In particolare, non costituisce caso eccezionale l'eventuale sopravvenuta scarsa significatività dei valori storici per effetto dell'inflazione, essendo la disciplina di tale fenomeno riservata al legislatore ordinario, come espressamente stabilito dalla legge di deroga (art. 1, lett.c). E' poi sembrato necessario rendere esplicito il principio che gli utili eventualmente emergenti dalla deroga ai criteri di valutazione non sono distribuibili fino a che il maggior valore iscritto non sia o realizzato (per effetto di alienazione del bene) o coperto da ammortamento".

In sostanza il legislatore ha voluto obbligare i redattori del bilancio a seguire in materia di classificazione, iscrizione e valutazione dei valori aziendali, *criteri diversi da quelli previsti dalle leggi*, ma solo in rarissime circostanze, pur non specificando né quali siano questi casi eccezionali né quali siano, eventualmente, i criteri da seguire. Questi "nuovi" criteri comunque non possono che essere quelli previsti dai corretti principi contabili, perché ritenuti i più idonei e i più tecnicamente appropriati. In ogni caso la condizione necessaria per procedere alla deroga obbligatoria delle regole sul bilancio è che l'applicazione delle stesse contrasti palesemente con la rappresentazione veritiera e corretta della situazione aziendale.

La deroga in casi eccezionali è prevista anche in un'altra disposizione relativa al bilancio di esercizio, e cioè nell'art. 2423 bis, secondo comma, sulla continuità dei criteri di valutazione, che stabilisce che: "Deroghe al principio enunciato nel numero 6) del comma precedente² sono consentite in casi eccezionali. La nota integrativa deve motivare la deroga e indicarne l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico..." Questa norma dunque prevede *facoltà* di deroga, e non obbligo. Si tratta del principio di immodificabilità da un esercizio all'altro dei criteri di valutazione, principio enunciato all'art. 2423 bis, comma primo: "... i criteri di valutazione non possono essere modificati da un esercizio all'altro ...". Esso si riferisce in particolare ad alcune poste del bilancio per le quali sono previsti più criteri di valutazione, per esempio le partecipazioni (criterio del costo o del patrimonio netto) o le rimanenze (Lifo, Fifo o media ponderata).

Tuttavia, in presenza di casi eccezionali la legge consente di utilizzare un diverso criterio di valutazione rispetto a quello originario, ma solo in circostanze eccezionali, appunto, e senza peraltro specificare in che cosa consistano queste situazioni particolari. Deve comunque trattarsi di situazioni in cui l'adozione dello stesso criterio di valutazione porterebbe alla rappresentazione in bilancio di valori meno significativi rispetto a quelli che si sarebbero ottenuti utilizzando il criterio alternativo, compromettendo così il confronto di bilanci di diversi esercizi.

Non è senz'altro agevole esaminare il rapporto fra le deroghe. E' comunque impensabile che l'intento del legislatore fosse quello di far valere la deroga obbligatoria prevista dall'art. 2423, ultimo comma, c.c., per tutte le disposizioni sul bilancio ad eccezione del principio di immodificabilità dei criteri di valutazione da un esercizio all'altro previsto dall'art. 2423 bis, comma primo, c.c., riservando per quest'ultima disposizione la *facoltà* di derogarvi anziché l'obbligo.

Resta il problema, in mancanza di disposizioni specifiche, di circoscrivere i criteri in base ai quali i redattori del bilancio dovrebbero decidere quando applicare l'una o l'altra. In via generale, si potrebbe far riferimento alla *natura* del caso eccezionale e alle *conseguenze* che deriverebbero dal rispetto delle disposizioni di legge. Qualora l'applicazione di un criterio di valutazione conducesse a *rappresentazioni meno significative* rispetto all'applicazione di un criterio alternativo, il redattore del bilancio avrebbe la facoltà, non l'obbligo, di mutare criterio. Al contrario, se il rispetto di tutti i criteri

legali dovesse condurre ad una *rappresentazione non veritiera e corretta* allora derogarvi sarebbe senz'altro obbligatorio. In definitiva, gli amministratori sono dunque suscettibili di contestazioni nella redazione del bilancio sia nel caso deroghino alle norme, per averlo fatto, sia nel caso non deroghino, per non averlo fatto!

E' pur vero che è l'impugnante a dover dimostrare la sussistenza di un caso eccezionale e, contestualmente, che la disposizione specifica costituisce un ostacolo alla rappresentazione veritiera e corretta, ma il legislatore, avendo prodotto una norma così poco chiara, costringe di fatto i responsabili della redazione del bilancio ad interpretare autonomamente l'eccezionalità delle singole fattispecie con il risultato paradossale di disapplicare, il più delle volte, la deroga stessa.

In conclusione, la norma è decisamente scritta male; e se derogare è un obbligo e lo scopo primario della deroga è appunto quello della rappresentazione veritiera e corretta, quest'obbligo dovrebbe valere sempre, e non solo in casi eccezionali, e conseguentemente rarissimi.

3. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE DEROGHE: CONSIDERAZIONI SULL'EURO E LA VALUTAZIONE DELLE PARTECIPAZIONI E DELLE IMMOBILIZZAZIONI

Dal punto di vista strettamente operativo, risulta difficile individuare quali siano i "casi eccezionali" in relazione ai quali è previsto l'obbligo di derogare alle singole disposizioni di legge che siano in contrasto con la rappresentazione veritiera e corretta. Infatti, come si è già rilevato, né l'articolo 2423, ultimo comma, c.c., né la Relazione ministeriale al D. Lgs. 127/1991, né la Direttiva europea danno specifiche indicazioni in tal senso. Si aggiunga che sull'argomento vi è una scarsa giurisprudenza.

"Dovrà comunque trattarsi di casi veramente eccezionali, essendo evidente che le specifiche norme relative alla struttura ed alle valutazioni sono dettate proprio al fine di assicurare la rappresentazione veritiera e corretta in tutte le situazioni normalmente ricorrenti"³. Il legislatore dunque non ha certo inteso la deroga obbligatoria ex art. 2423, ultimo comma, c.c., come una sorta di "scappatoia" da utilizzare per risolvere i problemi legati alla corretta redazione del bilancio di esercizio. Anzi, le circostanze in cui applicare le deroghe devono avere carattere specifico e non generale. I casi eccezionali cioè si devono riferire *alla* società e non a tutte le società, o riguardare il bene e non tutti i beni. Per questo, ad esempio, l'inflazione monetaria, che è un fenomeno comune a tutti i bilanci, non può rappresentare un caso eccezionale.

In particolare, ci si chiede se fra le fattispecie di casi eccezionali possa essere incluso anche l'evento **euro**.

Al proposito si potrebbe sostenere che l'euro rappresenterebbe per le imprese una situazione atipica, contingente, non prevista, rara e non ripetibile. Il legislatore, inoltre, al momento di emanare le norme attuative delle direttive CEE non ne poteva ad evidenza tener conto e legiferare di conseguenza. L'euro dunque sarebbe un fattore eccezionale di interferenza sulle condizioni normali della rappresentazione veritiera e corretta poiché i suoi effetti sulle imprese sarebbero temporalmente brevi e poiché non vi è in sostanza nessuna norma prevista dal legislatore che ne regoli l'influenza sulle poste di bilancio. Per risolvere i numerosi problemi causati dall'introduzione dell'euro alle imprese, i redattori del bilancio di esercizio potrebbero, anzi dovrebbero, derogare alle disposizioni di legge. L'art. 2423, comma 4, c.c. sarebbe dunque una sorta di "salvagente" per i bilanci.

Si ritiene invece di non poter sottoscrivere la tesi dell'euro come evento eccezionale tale da giustificare la deroga ex art. 2423, ultimo comma, c.c.. Innanzitutto, l'euro non solo non ha carattere particolare, ma coinvolge bensì *tutte* le imprese. Poiché è proprio il carattere di specificità che rende una circostanza eccezionale, l'euro, che fa parte di un disegno politico di enorme portata che coinvolge l'economia, e non solo, di popoli e nazioni, non può essere considerato alla stregua di caso eccezionale.

² Art. 2423 bis, primo comma: "... i criteri di valutazione non possono essere modificati da un esercizio all'altro...".

³ Relazione ministeriale al D. Lgs. 127/1991.

Inoltre, per affrontare le varie problematiche pratiche connesse all'euro, come per esempio le differenze di conversione o di cambio, nulla vieta di creare ed aggiungere in bilancio delle voci specifiche e renderne conto nella nota integrativa, senza peraltro dover dimostrare l'eccezionalità del caso. Infatti, ad un'analisi più attenta, l'art. 2423, quarto comma, non sembra riguardare né le norme sulla struttura del bilancio, poiché già l'art. 2423 *ter* permette di suddividere, aggiungere od adattare le voci del conto economico e dello stato patrimoniale, né quelle sulla nota integrativa, il cui schema non è rigidamente definito potendovi inserire tutte le informazioni ulteriori previste dall'art. 2423, comma terzo. Si ritiene pertanto che, in concreto, come il precedente art. 2425, la deroga riguardi soltanto le disposizioni sui criteri di valutazione delle poste in bilancio (art. 2426).

In tema di criteri di valutazione, sono le **partecipazioni** che più spesso fanno sorgere particolari problematiche in merito alla loro corretta esposizione in bilancio.

Le partecipazioni in imprese controllate o collegate che costituiscono immobilizzazioni possono essere valutate al criterio del costo (o valore alla chiusura dell'esercizio se durevolmente inferiore) o del patrimonio netto (iscrizione in bilancio di una cifra pari alla frazione corrispondente alla quota di partecipazione del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio della partecipata).

In particolare la prima sentenza sulle nuove disposizioni sul bilancio ex D. Lgs. N. 127/91, emessa dal Tribunale di Genova il 4 marzo 1997⁴, affronta proprio l'ambito di applicazione e le modalità della deroga ex art. 2423, ultimo comma, in tema di partecipazioni. La sentenza fa riferimento al caso di un socio che aveva chiesto l'annullamento della delibera di approvazione del bilancio della società poiché la partecipazione era stata iscritta al costo anziché al valore della frazione di patrimonio netto della società partecipata (opportunitamente rettificato) corrispondente alla percentuale di partecipazione (metodo del patrimonio netto), valore quest'ultimo superiore al costo di circa 24 volte. Secondo il socio, in questa circostanza sarebbe stato ravvisabile un caso eccezionale di deroga in base al quale disapplicare la disposizione specifica di cui all'art. 2426, primo comma, n. 4, c.c., che consente l'iscrizione della partecipazione al costo, per garantire una rappresentazione veritiera e corretta tramite la valutazione della partecipazione con il metodo del patrimonio netto. Il Tribunale ha respinto le istanze del socio. L'impostazione del tribunale, mentre è condivisibile per la parte in cui afferma che "...non è affatto evento eccezionale la sopravvenuta scarsa significatività dei valori storici per effetto del trascorrere del tempo", non è però invece del tutto convincente quando afferma che: "...in presenza di disposizioni (come l'art. 2426) che consentono la scelta fra due criteri di valutazione, la tesi per cui in certi casi sia obbligatoria l'applicazione di uno di essi non può essere fondata sulla norma del quarto comma dell'art. 2423 c.c., perché questa parla di disapplicazione, in casi eccezionali, della disposizione che prescrive l'adozione di un certo criterio, presupponendo quindi la previsione di un solo criterio, non già di soppressione in certi casi di una altrimenti normale facoltà di scelta tra criteri diversi"⁵. Infatti non sembra del tutto corretto escludere a priori che, al fine di fornire una rappresentazione veritiera e corretta, possa venire meno, in casi eccezionali, la facoltà di scelta fra due criteri di valutazione prevista dalla specifica disposizione.

Per quanto riguarda le immobilizzazioni, esse devono essere iscritte al costo. L'iscrizione delle stesse in bilancio ad un valore inferiore al costo (svalutazione), è prevista dalla legge all'art. 2426, n. 3: "l'immobilizzazione che, alla data di chiusura dell'esercizio, risulti durevolmente di valore inferiore a quello determinato secondo i

numeri 1) e 2) deve essere iscritta a tale minore valore; questo non può essere mantenuto nei successivi bilanci se sono venuti meno i motivi della rettifica effettuata". Mentre la svalutazione delle immobilizzazioni è espressamente prevista dalla legge, la **rivalutazione delle immobilizzazioni**, ossia la deroga al criterio di valutazione al costo, deve avvenire solo in casi eccezionali, ad esempio quando muta la destinazione giuridica o la natura economica del bene (i classici esempi dell'immobile sul quale vengano meno dei vincoli o quello del terreno agricolo che divenga edificabile successivamente), o quando è prevista da leggi speciali o in ipotesi di ristrutturazioni aziendali o di interruzione dell'attività d'impresa in circostanze straordinarie.

Si deve comunque trattare di casi veramente eccezionali, di situazioni cioè assolutamente atipiche per l'impresa. Ad esempio si deve senz'altro escludere la rivalutazione sopra il costo degli immobili ai fini di evitare o coprire perdite di esercizio. Infatti è fisiologico per l'azienda essere in utile per alcuni periodi ed essere in perdita per altri. Per questo risulta estremamente difficile configurare come situazione eccezionale la perdita d'esercizio. Anche la giurisprudenza è piuttosto unanime sul punto. Per esempio, la Corte d'Appello di Trento, con sentenza del 16 febbraio 1996, ribadisce che la riduzione del capitale per perdite non costituisce "speciale ragione" (oggi "caso eccezionale" secondo il nuovo art. 2423, ultimo comma, c.c.) per operare una rivalutazione dei beni.

Addirittura il Principio Contabile n. 16, paragrafo D. VIII., intitolato "Rivalutazione delle immobilizzazioni materiali", considera corrette solo le valutazioni sopra il costo derivanti dall'applicazione di norme speciali, non prevedendo nemmeno l'ipotesi di rivalutazione in casi eccezionali⁶. Al contrario i Principi contabili internazionali, prevedono che le rivalutazioni:

- siano effettuate *periodicamente* e non eccezionalmente;
- riguardino *tutti* i cespiti di categoria omogenea, e non il singolo cespite;
- utilizzino il *valore normale* e non indici fissati per legge.

In particolare lo IAS n. 16 ("Property, Plant and Equipment") al paragrafo 30 prevede che le rivalutazioni degli immobili a valori correnti debbano essere effettuate dall'azienda con regolarità, di modo che il valore iscritto non differisca significativamente da quello che sarebbe determinato utilizzando il valore normale alla data del bilancio.

Ancora una volta, purtroppo, le disposizioni dei principi contabili italiani e quelle dei principi contabili internazionali sono divergenti.

4. CONCLUSIONI

L'art. 2423, ultimo comma, c.c., in materia di bilancio, prevede l'obbligo di derogare, in casi eccezionali, alle disposizioni di legge che contrastino con la rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico dell'esercizio.

In mancanza di norme specifiche e di interpretazioni ministeriali che chiariscano quali siano i casi eccezionali, gli amministratori che redigono il bilancio potrebbero paradossalmente trovarsi ad affrontare due singolari ed antitetiche situazioni, in cui decidere se derogare o meno:

- servirsi della deroga ex art. 2423, ultimo comma, come una sorta di "scappatoia" per i bilanci, allo scopo di dare una soluzione (la più opportunistica!), alle varie problematiche legate ai criteri di valutazione e, in generale, alla rappresentazione corretta delle poste;
- oppure al contrario, per "aggirare" l'ostacolo dell'obbligo della deroga, decidere di non evidenziare l'eccezionalità del caso, ottenendo così proprio l'effetto opposto a quello auspicato dal legislatore per una rappresentazione veritiera e corretta della realtà aziendale.

⁴ In *Le Società*, n. 8/97.

⁵ Anche certa parte della dottrina condivide questa posizione. In particolare il Bocchini, *Manuale di diritto della contabilità delle imprese*, Torino, 1995, afferma che non è possibile applicare la deroga quando i criteri di valutazione consentono una certa elasticità nella scelta del valore da iscrivere in bilancio, poiché proprio il margine di discrezione lasciato dalla legge al redattore del bilancio garantisce la rappresentazione veritiera e corretta.

⁶ P. C. n. 16, paragrafo D. VIII., "Rivalutazione delle immobilizzazioni materiali": "Le immobilizzazioni immateriali possono essere rivalutate solo nei casi in cui leggi speciali, generali o di settore lo richiedano o lo permettano. Non sono ammesse rivalutazioni discrezionali o volontarie delle immobilizzazioni materiali ovvero rivalutazioni che non derivino dall'applicazione di leggi speciali".

Riporto delle perdite nel reddito d'impresa

Aspetti problematici alla luce del nuovo decreto legislativo sulle organizzazioni aziendali

Alessandro Bampo / Praticante Ordine di Belluno

1. INTRODUZIONE

La disciplina dell'utilizzo e del riporto delle perdite ha recentemente subito importanti modifiche diventando particolarmente delicata.

Il **D.Lgs. 358/1997** ha, infatti, aggiunto, con decorrenza dal periodo d'imposta 1997, due nuove regole, agevolando, da un lato, il regime delle perdite realizzate nei primi tre periodi di imposta, e penalizzando, dall'altro lato, il regime delle perdite delle cosiddette "bare fiscali"¹.

Le due novità si innestano in un corpo normativo già esistente², per cui è necessario riprendere i concetti dell'utilizzo e del riporto delle perdite e amalgamarli con la nuova disciplina, interpretando, dove è possibile, alcuni passaggi oscuri della modifica legislativa.

Tornando alle novità apportate dal D.Lgs. 8.10.1997 n. 358, è utile forse fare rilevare, che le novità stesse sono state apportate dall'art. 8, comma 1 del Decreto stesso che ha modificato il TUIR negli articoli 8, terzo comma e 102, primo comma³ del T.U. delle Imposte sui Redditi. Le novità, come già accennato sopra, possono essere così sintetizzate:

* È stato previsto che le perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta possono essere computate in diminuzione del reddito complessivo dei periodi di imposta successivi senza alcun limite temporale;

* Sono state inserite delle restrizioni al fine di limitare il "commercio", come strumento di elusione fiscale, di società in perdita. Queste modifiche normative avranno effetto per i seguenti soggetti:

* Imprese individuali in contabilità ordinaria: Le perdite conseguite nei primi tre periodi d'imposta sono illimitatamente riportabili e non soggiacciono alla norma antielusiva prevista dal comma 1 ter dell'art. 102 del TUIR⁴.

* Le società di persone in contabilità ordinaria: i soci di tali società possono sottrarre le perdite fiscali conseguite, mediante la partecipazione societaria, soltanto dai redditi di partecipazione.

Tuttavia, possono riportare le perdite stesse per cinque periodi d'imposta⁵ e riportare, senza alcun limite temporale, le perdite conseguite nei primi tre periodi d'imposta della società. I soci stessi, soggiacciono, tuttavia, anche alla norma antielusiva prevista al comma 1-ter dell'art. 102 del T.U. delle Imposte sui Redditi⁶.

* Società di capitali: le società per azioni, società a responsabilità limitata, società in accomandita per azioni, società cooperative, società di mutua assicurazione, enti pubblici e privati commerciali, possono riportare le perdite per cinque periodi d'imposta. Quelle conseguite nei primi tre periodi d'imposta sono, invece, riportabili illimitatamente. Anche in tale fattispecie si applica la norma antielusiva prevista dall'art. 102, comma 1 ter del TUIR⁷.

* Enti non commerciali che svolgono anche attività commerciale: le perdite fiscali afferenti l'attività commerciale degli enti stessi, sono riportabili per cinque periodi d'imposta. Come per le società commerciali, le perdite conseguite nei primi tre periodi d'imposta sono riportabili illimitatamente. Anche per tale fattispecie si applica la norma anti-elusiva prevista dall'art. 102 del TUIR⁸.

* Stabili organizzazioni italiane di società estere: valgono tutte le regole previste per le società commerciali residenti. Di talché, le perdite conseguite durante i periodi d'imposta "ordinari" saranno riportabili per cinque periodi d'imposta, le perdite conseguite nei primi tre periodi d'imposta saranno riportabili illimitatamente⁹. Anche in tale caso la norma anti-elusiva dovrebbe essere applicabile.¹⁰

2. DECORRENZA TEMPORALE DELLE NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI RIPORTO DELLE PERDITE PREVISTE DAL DECRETO LEGISLATIVO 358/1997

L'articolo 9, comma 7 del decreto legislativo 358/1997 dispone che le modifiche apportate dall'art. 8 del medesimo decreto legislativo siano applicabili alle perdite formatesi a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data della entrata in vigore del medesimo

¹ Questa novità normativa è stata introdotta in ossequio alla necessità di evitare che "...il nuovo regime delle operazioni di ristrutturazione aziendale renda ancora più appetibili i puri e semplici trasferimenti di perdite fiscali mascherati da trasferimenti di comparti produttivi..." ed ad apportare "...aggiustamenti perequativi per le imprese di nuova costituzione.", cfr. Relazione Governativa al D.Lgs n. 358/1997, in banca dati "I quattro codici della riforma tributaria", Ed. Ipsos, 1999.

² Vedi articoli 8 e 102 del TUIR.

³ Aggiungendo i nuovi commi 1bis e 1ter.

⁴ Cfr. art. 8, terzo comma del TUIR e vdi successivamente per una disamina della norma antielusiva prevista dal comma 1 ter dell'art. 102 del TUIR.

⁵ Cfr. combinato disposto art. 8, terzo comma ed art. 102, primo comma del TUIR.

⁶ Cfr. in seguito per un'approfondita disamina dell'art. 102, comma 1ter.

⁷ Cfr. combinato disposto dell'art. 95, primo comma del T.U. delle Imposte sui Redditi, art. 87, primo comma lettere a) e b) e art. 102, comma 1bis e comma 1ter del T.U. delle Imposte sui Redditi.

⁸ Cfr. combinato disposto dell'art. 108, secondo comma e dell'art. 8, terzo comma del T.U. delle Imposte sui Redditi e Circolare Ministeriale n. 320/E del 19.12.1997, paragrafo 7.2., in banca dati "Il fiscovideo", laddove viene esplicitato "...in merito all'applicazione dell'articolo 8 in esame nei confronti dei soggetti destinatari della disciplina di cui agli articoli 8 e 102 del Testo Unico delle imposte sui redditi, va rilevato che possono fruire della disposizione medesima anche gli enti non commerciali, relativamente alle attività commerciali esercitate...".

⁹ Cfr. combinato disposto dell'art. 113, primo comma ed art. 102, primo comma, commi 1bis e 1ter del T.U. delle Imposte sui Redditi Circolare Ministeriale n. 320/E del 19.12.1997, paragrafo 7.2, in banca dati "Il fiscovideo", laddove si dice: "...in merito... va rilevato che possono usufruire della disposizione medesima anche... le società e gli enti, commerciali e non commerciali non residenti, per le attività svolte in Italia mediante stabili organizzazioni".

¹⁰ Si sottolinea la difficoltà, in ogni caso, ad applicare la norma antielusiva prevista dall'art. 102, comma 1ter (vedi in seguito) alle stabili organizzazioni in ragione della non esistenza, nelle stesse, di una struttura societaria.

simo decreto legislativo. Essendo tale decreto entrato in vigore l'8 novembre 1997, il nuovo regime previsto dall'art. 102 comma 1 bis del Testo Unico delle Imposte sui Redditi si applicherà alle perdite formatesi a decorrere dal periodo d'imposta 1997. Perciò, i soggetti che ne possono usufruire dovrebbero essere quelli che nel 1997 si trovavano nel primo periodo d'imposta ovvero in uno dei primi tre periodi dalla costituzione¹¹.

Tale passaggio interpretativo non è, tuttavia, del tutto accettato in dottrina¹². Infatti, non è chiaro se il riferimento legislativo alle "...perdite formatesi a decorrere dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, ..." sia riferibile non tanto alle società costituite nel periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, ma per le perdite formatesi da tale data¹³.

Sul punto, tuttavia, bisogna rilevare che la relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo fa propendere per la soluzione prospettata dal Ministero. Infatti, essa sembra deporre a favore della riportabilità illimitata delle perdite fiscali solo se generate da imprese di nuova costituzione.¹⁴

3. LE RESTRIZIONI ANTIELUSIVE PREVISTE DALL'ART. 102 COMMA 1 TER – PROFILI GENERALI.

Il nuovo comma 1 ter dell'art. 102 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi pone delle limitazioni, alquanto restrittive, al riporto delle perdite per le cosiddette "bare fiscali"; cioè società non più operative con ingenti perdite ancora computabili in diminuzione del reddito complessivo dei periodi d'imposta successivi. Nella relazione allo schema di decreto legislativo viene, infatti, esplicitato che la norma proposta intende ricondurre l'istituto del riporto delle perdite alla sua naturale funzione evitandone l'uso patologico come strumento di elusione fiscale¹⁵.

Più precisamente, il nuovo comma 1 ter stabilisce che le disposizioni del comma 1 dello stesso articolo (cioè le disposizioni che consentono il riporto delle perdite) non si applicano quando si verificano congiuntamente le seguenti due condizioni:

1. "la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie del soggetto che riporta le perdite" viene "trasferita o comunque acquisita da terzi anche a titolo temporaneo";
2. viene "modificata l'attività principale in fatto esercitata nei periodi d'imposta in cui le perdite sono state realizzate".

4. COMMA 1 TER ART. 102 TUIR – DECORRENZA

L'articolo 9, comma 7 del D. Lgs. 358/1997 dispone che: "...le disposizioni di cui all'art. 8 (articolo che ha apportato le modifi-

che all'articolo 8 ed all'articolo 102 del TUIR viste in precedenza) si applicano: ... b) a partire dal periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, anche in relazione alle perdite dichiarate in precedenti periodi d'imposta, con riferimento a quanto disposto dal comma 1 ter dell'art. 102 dello stesso Testo Unico n. 917 del 1986, introdotto dall'art. 8, comma 2, del presente decreto".

Questa disposizione non sembra essere molto chiara.

Con un passaggio interpretativo presente nelle istruzioni ministeriali al modello 760/1998 si prevede che la limitazione al riporto delle perdite si applichi anche quando la cessione dei diritti di voto e la modifica dell'attività si siano verificate *anteriormente* al periodo d'imposta 1997¹⁶. Si ritiene, invece, che la norma facendo riferimento "...alle perdite dichiarate in precedenti periodi d'imposta, ..." vuole vietare il riporto delle perdite conseguite, ad esempio, nei periodi d'imposta 1995 – 1996 se, ad esempio, la cessione del controllo e la modifica dell'attività avvengono dal periodo d'imposta 1997 e seguenti, ma non anche se tali modifiche sono avvenute durante il periodo d'imposta 1996. Infatti, durante tale periodo d'imposta la normativa antielusiva qui in commento non era ancora entrata in vigore¹⁷. Se la posizione del Ministero fosse quella prevalente, si tratterebbe di dovere rilevare l'esistenza di una palese norma retroattiva che violerebbe qualsiasi principio di civiltà e giustizia tributaria nel momento in cui viene vietato il riporto delle perdite a causa di fattispecie giuridiche ed operative (quali la modifica della compagine societaria e la modifica dell'oggetto sociale), avvenute in periodi antecedenti all'entrata in vigore della norma. Si ritiene, inoltre, che se l'impostazione ministeriale fosse quella prevalente e, a seguito di verifica fiscale, il contribuente fosse colpito da sanzioni collegate alla violazione della norma in esame, egli potrebbe, se non altro, richiamare l'art. 3, comma 1 del Decreto Legislativo 18.12.1997 n. 472 laddove è esplicitato il principio che: "nessuno può essere assoggettato a sanzioni se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione".

5. COMMA 1 TER DELL'ART. 102 TUIR – PROBLEMATICHE

Sempre con riferimento al comma 1 ter dell'art. 102 del TUIR sorgono immediatamente alcune problematiche.

In primo luogo, dal dettato letterale della norma, non è comprensibile se le disposizioni antielusive previste da tale comma si riferiscano solamente al comma 118 o altresì anche al comma 1 bis¹⁹. Infatti, dal dettato letterale del comma 1 ter le limitazioni al riporto delle perdite sembrerebbero da riferirsi solamente alle perdite di cui al comma 1. Sul punto, il Ministero non ha preso una posi-

¹¹ Così, ad esempio, nel caso di una società, il cui periodo d'imposta sia coincidente con l'anno solare, e che sia stata costituita nel corso del 1995, rientrano nel beneficio previsto dal comma 1 bis dell'art. 102 del Testo Unico Imposte sui Redditi, le perdite conseguite nel periodo d'imposta 1997 mentre si applica la disciplina del riporto in cinque periodi d'imposta di cui al comma 1 del citato articolo 102 del Testo Unico Imposte sui Redditi, relativamente alle perdite realizzate nei periodi d'imposta 1995 e 1996. Cfr. circolare ministeriale n. 320/E del 19.12.1997, paragrafo 7.2, in Banca Dati "Il Fiscovideo", circolare ministeriale 188/E del 16.07.1998 paragrafo 3, in Banca Dati "Il Fiscovideo", Istruzioni al modello 760/1998 laddove, in particolare, viene esplicitato: "... la disciplina ... si applica anche ai soggetti che alla suddetta data dell'8 novembre 1997 si trovano nel primo periodo d'imposta ovvero in uno dei primi tre periodi dalla loro costituzione.."

¹² Cfr. F. Boga, in Il Fisco, *La riportabilità delle perdite fiscali alla luce del nuovo decreto legislativo sulle riorganizzazioni aziendali*, n. 39/97 pagg. 11400 e susseguenti.

¹³ Tale problema non è di poco conto se si suppone il seguente esempio: una società viene costituita nel 1996. Durante tale primo periodo d'imposta essa ha conseguito una perdita fiscale. Tale perdita sarà riportabile ai sensi dell'art. 102, comma 1, del Testo Unico Imposte sui Redditi nei cinque periodi d'imposta successivi.

Durante il periodo d'imposta 1997 la società conseguirà una ulteriore perdita fiscale. Tale perdita sarà riportabile indefinitamente, come esplicitato dalle stesse istruzioni ministeriali, (vedi supra nota n. 11) in quanto il soggetto, nell'esercizio di entrata in vigore della nuova normativa, si trova in uno dei primi tre periodi dalla sua costituzione. Le ulteriori perdite fiscali conseguite nel 1998 e 1999 potranno essere valutate secondo le seguenti interpretazioni:

1. Secondo l'interpretazione del Ministero le perdite conseguite nel 1998 saranno illimitatamente riportabili e quelle conseguite nel 1999, essendo terminati i primi tre periodi d'imposta, riportabili nei limiti dei cinque anni successivi.

2. Secondo F. Boga, op. cit., il Fisco, 39/97, p.11400 e ss., invece, le perdite conseguite nel 1998 e nel 1999 saranno illimitatamente riportabili in quanto il dettato normativo non farebbe riferimento alle società sorte nel periodo d'imposta in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo ma alle perdite che si sono formate da tale periodo d'imposta.

¹⁴ Cfr. relazione governativa laddove essa esplicita: "...questa limitazione si applica oggi a tutte le imprese, incluse quelle di nuova costituzione... la norma proposta (aggiunta del comma 1 bis all'art. 102 citato) mira proprio a rimuovere questo tendenziale svantaggio delle nuove iniziative garantendo alle stesse la piena riportabilità, senza limiti di tempo, delle perdite fiscali realizzate nei primi tre periodi d'imposta".

¹⁵ Cfr. relazione governativa al decreto legislativo n. 358/1997 laddove sancisce: "il proposto nuovo comma 1 ter del citato articolo 102 del Testo Unico parte anch'esso da una constatazione. E' noto, infatti, che il cosiddetto "commercio di bare fiscali", pur frenato dalle restrizioni imposte nell'ambito di fusioni di società ... si è, invece, affinato ricorrendo a tecniche le più varie incentrate sul meccanismo di acquisizione del controllo di una società carica solo di perdite fiscali; in tal caso si spostano sulle società in perdita attività redditizie ... e utilizzano le perdite fiscali dell'ex "bara" per compensare gli utili realizzati dalla società con profitti."

¹⁶ In base a questa restrittiva tesi si può proporre il seguente esempio: Perdita generata nel periodo d'imposta 1995. La cessione delle quote e la modifica dell'attività avvengono durante il 1996. Secondo l'interpretazione ministeriale il riporto delle perdite è vietato per il periodo d'imposta 1997. O meglio dal periodo d'imposta 1997 in avanti.

¹⁷ Cfr. P. Meneghetti, *Le società nella rete della norma antielusiva*, in Il Sole 24 Ore, 18.05.1998, p. 8. Il quale sostiene che tale interpretazione restrittiva del Ministero non è del tutto accettabile, se non altro, nel caso in cui la cessione delle quote e la modifica dell'attività avvengono nello stesso periodo di formazione delle perdite, in quanto in questo caso la società non è il soggetto che riporta le perdite, condizione necessaria per l'applicazione del divieto. Perciò, se la perdita è generata nel 1997 e la cessione e la modifica dell'attività avvengono nel 1997, per il 1997 e i periodi d'imposta successivi non dovrebbe essere vietato il riporto.

¹⁸ E, quindi, alle perdite riportabili nei cinque periodi d'imposta successivi.

¹⁹ E, quindi, anche alle perdite illimitatamente riportabili.

zione specifica. In dottrina, invece, si è giunti alla conclusione che il comma 1 ter sia applicabile sia alle perdite riportabili nei cinque periodi d'imposta successivi sia alle perdite illimitatamente riportabili conseguite nei primi tre periodi d'imposta.²⁰

Non si ritiene, tuttavia, di potersi conformare a tale soluzione. Questo per due ordini di motivi:

1. Il testo letterale della norma è sufficientemente chiaro nel senso di far riferimento solamente alla limitazione delle perdite riportabili nei cinque periodi successivi e non alle perdite illimitatamente riportabili;

2. La *ratio* della nuova normativa è quella di considerare come fisiologicamente normale il fatto che le società nei primi tre periodi d'imposta dalla loro costituzione conseguano delle perdite.

Di talchè, non sembra assolutamente logico dover monitorare sia la struttura della compagine societaria sia la natura dell'attività svolta dalla società per tutto il periodo temporale intercorrente dalla costituzione della società stessa al suo scioglimento. Diversa considerazione può essere, invece, effettuata per le perdite riportabili nei cinque periodi successivi. Infatti, se in tale, relativamente breve, lasso di tempo sono avvenuti contemporaneamente un mutamento della compagine societaria e il mutamento dell'attività effettivamente svolta, possono esistere²¹ dei margini per considerare tale operazione come elusiva.

Se quest'ultima interpretazione fosse quella prevalente, si intuisce l'importanza di evidenziare nei diversi righi del modello 760, in modo differenziato, le perdite riportabili limitatamente nei cinque periodi d'imposta successivi e quelle illimitatamente riportabili²². Lo stesso modello 760 prevede tale differenziazione e, poichè l'art. 102 in esame non dispone nulla in tema di priorità temporale dell'utilizzo delle perdite, si deve ritenere che il contribuente sia libero di computare in diminuzione dal reddito prima le perdite utilizzabili con limite temporale, iniziando dalle più anziane, e poi le perdite utilizzabili senza limite temporale²³.

6. IL TRASFERIMENTO DELLA MAGGIORANZA DEI DIRITTI DI VOTO ESERCITABILI IN ASSEMBLEA ORDINARIA

Con riferimento alla prima delle due condizioni che si devono avverare affinché scatti la norma antielusiva, ossia il trasferimento della maggioranza dei diritti di voto, si constata, innanzitutto, che non hanno alcun rilievo i trasferimenti di azioni privilegiate o di risparmio, in quanto non aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie²⁴.

La norma, inoltre, parla di trasferimento della *"...maggioranza delle partecipazioni..."*. Sul punto, il Ministero²⁵ ritiene che tale condizione si realizzi sia nel caso di trasferimento di un pacchetto di per sé di controllo, sia nel caso in cui l'acquisizione del controllo stesso avvenga a seguito di integrazione della partecipazione già posseduta. Ciò porterebbe al risultato che un'azionista che già detenga il

49% delle azioni aventi diritto di voto ed acquisisca un ulteriore 2% delle stesse azioni, passando perciò a controllare la società in esame, venga a vedere limitato il suo diritto alla riportabilità delle perdite stesse. Anche in questo caso non sembra di potersi conformare alla posizione ministeriale per i seguenti ordini di motivi:

1. Il dettato normativo sembra chiaro nel senso di disporre che solamente laddove venga trasferita la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie si applichi la norma antielusiva presa in esame²⁶.

2. La soluzione ministeriale sembra cozzare anche contro la *ratio* di tale norma antielusiva che, come abbiamo visto in precedenza, è quella di evitare il "commercio di bare fiscali". Di talchè, se già il socio da noi preso in esame, possedeva il 49% della società ed egli acquista un ulteriore 2%, non si può ritenere che vi sia un intento elusivo da parte del socio stesso nell'integrare il controllo della maggioranza delle azioni della società in perdita.²⁷

3. Inoltre, se tale restrizione si verificasse anche nel caso di mera integrazione della partecipazione di controllo, la restrizione stessa non avrebbe senso, in quanto, permanendo soci terzi di minoranza che detengono il 49% del capitale, difficilmente l'azionista divenuto di maggioranza trasferirebbe sulla "bara fiscale" attività redditizie del cui reddito beneficerebbero poi anche i soci di minoranza.²⁸

Altro caso, non direttamente disciplinato dalla legge è quello in cui la maggioranza delle partecipazioni sia trasferita o, comunque, acquisita con più atti che si succedono nel tempo.

Può, ad esempio, essere il caso in cui un terzo acquisisca il 20% delle azioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie e, a distanza di qualche mese, un ulteriore 40% delle stesse azioni.

Se le due operazioni vengono viste come un tutt'uno, allora si può sostenere che è stata trasferita la "maggioranza delle partecipazioni" (60%). Tuttavia, poichè la norma non prevede espressamente un arco temporale all'interno del quale l'operazione di trasferimento o di acquisizione delle partecipazioni devono essere considerate come un tutt'uno (come invece previsto, ad esempio, nella normativa sul "capital gain") la conclusione a cui si potrebbe pervenire è che i separati atti di trasferimento devono essere visti come un tutt'uno solo se intervenuti tutti nell'arco dello stesso periodo d'imposta della società le cui azioni o quote sono state trasferite²⁹. In ogni caso, nell'ipotesi di acquisizione frazionata della maggioranza delle partecipazioni, si dovrà valutare l'applicabilità della nuova norma antielusiva prevista dall'art. 37 bis del D.P.R. 600/73³⁰. Chiaramente, laddove si dimostrasse che vi fosse una valida ragione economica all'acquisto frazionato nel tempo della maggioranza delle partecipazioni la norma antielusiva ex art. 37 bis D.P.R. 600/73 non scatterebbe³¹.

Infine, si fa rilevare che l'espressione normativa che prevede che

²⁰ Si veda sul punto F. Boga, op. cit., in "Il Fisco", 39/97, pag. 11403.

²¹ Possono esistere, si noti bene, non obbligatoriamente debbono esistere.

²² Infatti, mentre il riporto delle perdite conseguite nei primi tre periodi d'imposta non sarà mai vietato, il riporto delle perdite nei cinque periodi d'imposta successivi potrà subire la limitazione al riporto in esame.

²³ Vedi G. Vasapolli - A. Vasapolli, op. cit., IPSOA, 1999, pag. 689 e susseguenti.

²⁴ Cfr. G. Vasapolli - A. Vasapolli, *Novità in tema di riporto delle perdite*, in Corriere Tributario, n. 40/1997, pag. 2928.

²⁵ Si veda Circolare Ministeriale n. 320/E del 1997, paragrafo 7.3 e C.M. 188/E del 16.07.1998, paragrafo 3, Istruzioni modello 760/1998.

²⁶ Si veda in tale senso G. Vasapolli - A. Vasapolli, Op. Cit., Corriere Tributario n. 40/1997 pag. 2928.

²⁷ Si veda in tale senso anche la stessa Relazione governativa al decreto legislativo n. 358/1997 laddove viene letteralmente esplicitato: *"... il cosiddetto commercio di bare fiscali... si è ... affinato ricorrendo a tecniche le più varie incentrate sul meccanismo di acquisizione del controllo di una società carica solo di perdite fiscali ..."*. Di talchè anche la stessa relazione sembra fare riferimento solamente all'acquisizione del controllo di una società e non all'integrazione del controllo stesso.

²⁸ Vedasi nuovamente G. Vasapolli - A. Vasapolli, Op. Cit., Corriere Tributario, 40/1997, pag. 2928.

²⁹ Si veda in tale senso G. Vasapolli - A. Vasapolli, op. cit., Corriere Tributario, 40/1997, pag. 2928.

³⁰ L'articolo 37 bis del D.P.R. 600 dispone: *"Sono inopponibili all'Amministrazione Finanziaria gli atti, i fatti, i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, dirette ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario ed ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti. L'Amministrazione Finanziaria riconosce i vantaggi tributari ... le disposizioni ... si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento ... siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni: ... lettera f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni aventi ad oggetto i beni e i rapporti di cui all'art. 81, comma 1, lettere c), c bis) e c ter), del Testo Unico delle imposte sui redditi"*. Con l'avvertenza che le operazioni di cui alla lettera f), nella relazione ministeriale di accompagnamento alla riforma del cosiddetto "capital gain" è stato precisato che "l'espressione da chiunque effettuate" serve a chiarire che la disposizione si applica anche ai soggetti titolari di reddito di impresa, si veda in tale senso anche G. Vasapolli - A. Vasapolli, Op. Cit., IPSOA Edizione 1999, pag. 281.

³¹ Infatti, affinché la norma prevista dall'art. 37 bis sia applicabile è necessario che si verifichino contemporaneamente le seguenti quattro condizioni:

- deve trattarsi di comportamenti privi di valide ragioni economiche;
- deve trattarsi di comportamenti diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario;
- deve trattarsi di comportamenti diretti ad ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi, altrimenti indebiti;
- deve trattarsi di comportamenti che, nel loro ambito, comportano l'utilizzo di una o più delle operazioni indicate al comma 3 dello stesso articolo 37 bis (trasformazioni, fusioni, scissioni, cessioni di credito, ecc.).

La fattispecie citata in testo, ossia l'acquisto frazionato in più periodi di imposta della maggioranza al fine di eludere la norma sulla limitazione del riporto delle perdite, potrebbe considerarsi priva di valide ragioni economiche se effettuata proprio al fine di eludere la norma in esame ed, inoltre, diretta ad aggirare i divieti previsti dall'art. 102 comma 1 ter. Si tratterebbe, inoltre, di un comportamento diretto ad ottenere una riduzione delle imposte altrimenti indebita e si tratterebbe, infine, di un'operazione che rientrerebbe nel novero delle fattispecie considerate dal comma 3 dell'art. 37 bis.

la maggioranza dei diritti di voto debba essere quella "... comunque acquisita ...", deve probabilmente essere interpretata in modo estensivo nel senso che anche il mero trasferimento del diritto di usufrutto della partecipazione stessa o, comunque, di qualsiasi diritto parziale sulle partecipazioni stesse che garantisca il diritto di voto in assemblea ordinaria, possa essere compreso in tale estensiva locuzione³².

7. LA MODIFICA DELL'ATTIVITA' IN FATTO ESERCITATA

Con riferimento, invece, alla previsione normativa di cui alla lettera b) del comma 1 ter dell'art. 102 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, ossia la modifica dell'attività principale in fatto esercitata nei periodi d'imposta in cui le perdite sono state realizzate, si rileva che la modifica stessa deve avvenire nei due periodi d'imposta anteriori a quello in corso al momento del trasferimento della maggioranza delle partecipazioni, oppure nel periodo d'imposta in corso al momento del trasferimento o dell'acquisizione, oppure, infine, nei due periodi d'imposta successivi a quello in corso al momento del trasferimento o dell'acquisizione³³. L'accento della previsione normativa cade sulla modifica dell'attività principale svolta; il concetto di attività principale lo possiamo intuitivamente far coincidere con quella prevalentemente svolta da una società e che trova previsione nelle sue disposizioni statutarie³⁴. Tuttavia, si fa rilevare che, sebbene in un primo momento l'attività principale svolta sia quella statutariamente prevista, bisogna dare rilevanza anche all'espressione che si riferisce all'attività principale "*in fatto esercitata*". Infatti, potrebbe anche non avere alcuna importanza il fatto che sia avvenuta o meno la modifica "formale" dell'oggetto sociale, essendo esclusivamente rilevante il fatto che l'attività principale concretamente svolta sia diversa da quella in fatto esercitata nei periodi d'imposta in cui le perdite sono state realizzate³⁵. Per determinare, inoltre, la prevalenza dell'attività effettuata il Ministero³⁶ prevede che tale "test" debba essere effettuato "...sulla base di riscontri fattuali..." affinché tale attività "...risulti quantitativamente superiore, con riferimento ai ricavi, ad altre comunque svolte dalla società ceduta o trasferita". Perciò, la posizione ministeriale sembra nel senso che l'attività principale effettivamente svolta non debba essere quella statutariamente prevista e neppure quella principale nei fatti, ma, bensì, quella che, con riferimento al fatturato documentalmente riscontrabile rilevi il maggior valore.

8. LA PROVA CONTRARIA

La presunzione relativa introdotta dal legislatore al comma 1 ter dell'articolo 102, porta con sé la puntuale prova contraria; in caso di passaggio di mano della maggioranza dei diritti di voto ed il contemporaneo cambio dell'attività svolta, la preclusione al riporto delle perdite fiscali non si applica se la società è in grado di dimostrare che:

1. le partecipazioni vengano acquisite da società controllate dallo stesso soggetto che controlla la società che riporta le perdite o dal soggetto che controlla il controllante della società che ripor-

ta le perdite; oppure che;

2. le partecipazioni siano relative a società che:

- a) nei due anni precedenti a quello del trasferimento abbiano avuto un numero di dipendenti mai inferiori a 10 unità, e che
- b) nell'esercizio precedente a quello del trasferimento abbiano avuto ricavi e spese per prestazioni di lavoro subordinato, di cui all'art. 2425 bis, rispettivamente, parte prima n. 1 e parte seconda n. 3, superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi esercizi anteriori.

Tale prova contraria è volta ad evitare la limitazione al riporto delle perdite qualora il passaggio della maggioranza delle partecipazioni si verifichi all'interno del medesimo gruppo o se la partecipazione si riferisce ad una società con perdite fiscalmente riportabili ma che manifesti una certa vivacità operativa.

Con riferimento alla prima ipotesi di prova contraria, essa si riferisce al caso di cessioni di partecipazioni all'interno del gruppo. Si intendono cessioni avvenute all'interno del gruppo allorché:

- 1) la società A controlla la società B (con perdite riportabili) e la società C. La società A cede a C la propria partecipazione di controllo nella società B, oppure;
- 2) la società A controlla la società B, la quale, a sua volta, controlla la società C (con perdite). La società B cede al controllante A la propria partecipazione di controllo nella società C.

In riferimento all'ipotesi n. 1 di cui sopra, il dettato letterale della norma porta ad escludere che il soggetto A, controllante di B e C, possa essere anche una persona fisica³⁷.

In relazione, invece, all'ipotesi di cui al punto n. 2 sopra, si ritiene che il "soggetto" controllante A della società B che controlla, a sua volta, C possa essere anche una persona fisica.³⁸

Con riferimento alla seconda deroga prevista dal legislatore essa prevede che:

- a) nel biennio precedente a quello di trasferimento del controllo la società che riporta le perdite abbia un numero di dipendenti mai inferiori alle 10 unità e
- b) dal conto economico relativo all'esercizio precedente a quello del trasferimento risulti un ammontare di ricavi e un ammontare delle spese di prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi esercizi anteriori.

In primo luogo, è necessario sottolineare che la congiunzione "e" sta a significare che tali condizioni si debbano verificare contemporaneamente.

Con riferimento, poi, al requisito di cui alla precedente lettera a) si ritiene che il termine "nel biennio precedente" debba essere inteso nel senso "nei due esercizi precedenti".

La norma inoltre, si ritiene vada interpretata nel senso che nell'arco dei due esercizi precedenti il numero dei dipendenti non deve essere mai sceso al di sotto delle 10 unità³⁹.

Per quanto riguarda, invece, il secondo requisito, quello cioè relativo all'ammontare dei ricavi e delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, la norma fa riferimento all'individuazione degli ultimi due esercizi anteriori a quello del-

³² Vedi Circolare ministeriale 320/E del 1997 paragrafo 7.3.

³³ Perciò se il trasferimento della maggioranza delle partecipazioni avviene nel periodo d'imposta 1999, la modifica dell'attività principale in fatto esercitata avrà effetto ai fini della normativa antielusiva qui in esame se avviene durante il periodo d'imposta 1997 - 1998 - 1999 - 2000 e 2001.

³⁴ Vedi F. Boga, op. cit. in Il Fisco n. 39/1997, pag. 11404.

³⁵ Vedi sul punto A. Vasapolli - G. Vasapolli, op. cit., Corriere Tributario n. 40/1997 pag. n. 2929.

³⁶ Vedi Circolare ministeriale n. 320/E del 1997 al paragrafo 7.3.

³⁷ In tale senso, G. Vasapolli - A. Vasapolli, op. cit., Corr. Trib., n. 40/1997 pag. 2929.

³⁸ In tale senso vedi G. Vasapolli - A. Vasapolli, op. cit., in Corriere Tributario n. 40/1997 pag. 2929. Sul punto si sottolinea, tuttavia, il fatto che le istruzioni del modello 760 del 1998 sembrano fare riferimento solamente al caso in cui le partecipazioni siano acquistate da "società" appartenenti allo stesso gruppo e quindi non anche dalle persone fisiche. Tuttavia, non si ritiene di doversi conformare a tale posizione ministeriale in quanto la norma sembra riferirsi in termini generali al "... soggetto che controlla il controllante di questi...". Di talché l'espressione normativa sembra alquanto ampia e non riferibile solamente alle società. La relazione governativa al decreto legislativo n. 358/1997 ritiene, inoltre, che "... qualora questo passaggio (della maggioranza delle partecipazioni) si verifichi all'interno del medesimo gruppo, non vi è motivo per penalizzare il passaggio, considerata la sostanziale identità del soggetto economico in questione ...". La relazione, perciò, sembra far riferimento al fatto che non vi è elusione laddove il trasferimento delle partecipazioni avvenga all'interno del medesimo gruppo e vi sia sostanziale identità del soggetto economico in questione. Perciò, vi può essere, a mio parere, sostanziale identità del soggetto economico anche se quest'ultimo (ossia il soggetto economico) è costituito da una o più persone fisiche. Tuttavia, in senso contrario, è corretto anche sottolineare che la norma fa riferimento al concetto di "controllo" che, nell'accezione civilistica prevista dall'articolo 2359 del c.c., si riferisce alle società in genere e non anche alle persone fisiche. L'importanza di comprendere tale punto oscuro della normativa può essere rilevata con il seguente esempio pratico: il signor Rossi e la signora Rossi possiedono il 51% della società ALFA. Tale società ALFA possiede il 100% della società BETA. La società ALFA cede il 51% delle partecipazioni possedute nella società BETA al signor Rossi ed alla signora Rossi. La società BETA aveva perdite riportabili. Se si accetta la tesi che, in tale caso, vi sarebbero gli estremi per provare che la cessione non è avvenuta a fini elusivi anche se avvenuta a favore di persone fisiche non vi sarà limitazione al riporto delle perdite. Se, invece, si sostiene che il soggetto controllante sia solo una società ecco che in tale caso vi sarà la limitazione al riporto delle perdite.

³⁹ Vedi in tale senso A. Vasapolli - G. Vasapolli, op. cit. Corriere Tributario n. 40/1997 pag. 2929 e circolare ministeriale 320/E del 19.12.1997 paragrafo 7.3.

l'avvenuta cessione delle partecipazioni al fine di calcolare, per il raffronto, la media dei ricavi e delle spese. Si ritiene, in tale caso, che si tratti dei due esercizi anteriori all'esercizio precedente di trasferimento o di acquisizione⁴⁰.

9. UNA FATTISPECIE PARTICOLARE – LO SCAMBIO DI PARTECIPAZIONE E IL SUO DIFFICILE COORDINAMENTO CON LA NUOVA NORMATIVA SUL RIPORTO DELLE PERDITE

Si vuole ora solamente accennare ad una problematica direttamente attinente alla norma antielusiva prevista dall'art. 102 del TUIR.

Il problema che si rileva è quello del difficile coordinamento tra la norma qui in esame e l'operazione di scambio di partecipazioni. Tale fattispecie (lo scambio di partecipazioni) si sostanzia in un'operazione che può essere sintetizzata attraverso il seguente schema giuridico: la società A detiene, ad esempio, il 60% dei diritti di voto della società B; la società A conferisce tale pacchetto azionario ad una società terza C e, a fronte di tale conferimento, la società C effettua un aumento di capitale riservato alla stessa società A. Alla conclusione di tale operazione, la società A controllerà la società C la quale, a sua volta, deterrà il controllo della società B⁴¹. Tale operazione è stata regolamentata nel nostro ordinamento giuridico, dapprima con il D. Lgs. 30.12.1992 n. 544 in attuazione della direttiva 434/1990/CEE per le sole operazioni di scambio azionario intracomunitario, e, successivamente, per le operazioni interne, con il D. Lgs. n. 358/1997, in attuazione della legge delega 23.12.1996 n. 662.

Se, nell'esempio sopra esposto, la società B possiede perdite fiscali riportabili, ci si interroga se essa potrà riportare le perdite stesse, ai sensi dell'articolo 102, comma 1 ter del TUIR dal momento che:

* è stata ceduta la maggioranza dei diritti di voto della stessa società B;

* per ipotesi, nei due periodi d'imposta successivi, viene mu-

tata l'attività principale in fatto svolta dalla medesima società B. Va preliminarmente specificato che nell'esempio citato non ricadremo in nessuna delle due ipotesi di prova contraria⁴² citate in precedenza.

Di talchè sembrerebbe che la norma antielusiva sia pienamente applicabile all'operazione in esame.

Sul punto, tuttavia, si notino le seguenti osservazioni:

* una eventuale applicazione di tale normativa andrebbe a violare quel principio di neutralità fiscale che permea i decreti sulle operazioni di riorganizzazione societaria e che è volto ad incentivare tali operazioni al fine di rafforzare i sistemi industriali italiani ed europei;

* con riferimento alle operazioni di scambio azionario intra-comunitario, inoltre, se la società conferitaria è estera, non potrebbe quest'ultima, in ogni caso, usufruire delle perdite dell'eventuale "bara fiscale" per compensarle con propri utili e, quindi, la *ratio* stessa della norma antielusiva verrebbe a cadere;

* gli aspetti antielusiivi di tali operazioni sono già specificamente regolamentati dalle disposizioni legislative che disciplinano direttamente le operazioni stesse.

Occorrerebbe a questo punto forse un intervento ministeriale più completo diretto ad eliminare o quanto meno ad escludere il dubbio incombente di un allargamento di tale normativa a tutte le operazioni straordinarie effettuate anche con valide ragioni economiche che comportino *latu sensu* il contestuale mutamento della compagine sociale e dell'attività principale (fusioni, scissioni, conferimenti, scambi di azioni ecc.)⁴³.

Per ultimo, perciò, non si può non fare rilevare la presenza di una presunzione quasi assoluta di elusività insita in tale disciplina che prevede sì due ipotesi (invero molto stringenti) di prova contraria ma che, contemporaneamente non consente al contribuente di provare di avere effettuato una determinata operazione semplicemente rispondendo ad una valida ragione economica.

⁴⁰ Ipotizzando, pertanto che l'esercizio del trasferimento sia il 1998 si tratterebbe degli esercizi 1995 e 1996, vedi in tale senso A. Vasapolli – G. Vasapolli, op. cit., Corriere Tributario n. 40/1997 pag. 2930.

⁴¹ Tale operazione è stata definita dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera b) della Direttiva 90/434/CEE, che ha per la prima volta disciplinato tale operazione a livello comunitario, come "l'operazione mediante la quale una società acquista nel capitale sociale di un'altra società una partecipazione il cui effetto sia quello di conferirle la maggioranza dei diritti di voto in questa società mediante l'attribuzione ai soci dell'altra società in cambio dei loro titoli, titoli rappresentativi del capitale sociale della prima società ed eventualmente di un saldo in contanti".

⁴² Dal momento che non rientriamo nell'ipotesi di cessione nell'ambito del gruppo poiché la società C conferitaria è estranea al gruppo stesso e, perché, per ipotesi, la società B non possiede più di dieci dipendenti.

⁴³ Nello stesso senso, in relazione alle operazioni di fusione e scissione, vedi Lucia Starola, *Ripporto perdite regole in conflitto*, in Italia Oggi, p. 37.

Il fondo patrimoniale

Possibile strumento di tutela per il professionista?

Luca Rigotti / Praticante Ordine di Venezia

1. Premessa

Il fondo patrimoniale, sinteticamente descritto come “una sorta di assicurazione di un minimo vitale per la famiglia...”, potrebbe rappresentare un valido strumento di tutela del patrimonio di professionisti e amministratori di società, a fronte di possibili coinvolgimenti personali conseguenti al ruolo rivestito. Vista l'importanza di tale istituto, lo scopo di questo lavoro è l'analisi del fondo patrimoniale sia sotto l'aspetto civilistico che fiscale.

2. Costituzione

Il fondo patrimoniale può essere costituito, sia da uno oppure da entrambi i coniugi, sia da parte di un terzo.

Considerando la prima ipotesi, per la quale è richiesto l'atto pubblico, sono doverose alcune distinzioni che fanno riferimento al diritto di proprietà dei costituenti.

Nel caso di costituzione in fondo patrimoniale di beni appartenenti ad entrambi i coniugi si attua un vincolo di scopo sui beni, la cui proprietà resta comune. Nell'ipotesi invece in cui soltanto uno dei coniugi intenda costituire in fondo patrimoniale beni di sua proprietà, il legislatore ha previsto la caduta del bene in proprietà comune, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo. L'art. 168 c.c. prevede infatti la possibilità di inserire nell'atto costitutivo clausole di riserva della proprietà ad uno dei coniugi o addirittura ad un terzo (quest'ultima ipotesi è dibattuta in dottrina).

Il fondo patrimoniale può anche essere costituito da un terzo, con atto *inter vivos* (in questo caso necessita l'accettazione da parte dei coniugi) oppure per testamento. Resta ferma la possibilità per il terzo di riservarsi la proprietà dei beni inseriti nel fondo, attribuendo quindi ai coniugi il diritto di usufrutto².

I beni che possono essere destinati al fondo patrimoniale sono individuati all'art. 167 c.c.: in particolare la norma fa riferimento a beni immobili, beni mobili iscritti in pubblici registri e titoli di credito. L'apparente chiarezza nasconde in realtà un vivace dibattito in dottrina che si snoda tra l'ammissibilità di costituzione in fondo patrimoniale di aziende, quote di S.r.l. e diritti reali su beni immobili o mobili registrati.

Sorgono delle perplessità sulla costituzione in fondo patrimoniale di aziende, in quanto si tratta di un complesso di beni organizzati e non di un singolo bene, pertanto potranno essere costituiti in fondo patrimoniale i singoli beni aziendali se rientranti nell'art. 167 c.c.. Nonostante in giurisprudenza non esistano, allo stato attuale, sentenze relative alla possibilità di costituire in fondo patrimoniale

quote di S.r.l., ritengo sia degna di nota la tesi di quella parte della dottrina³ che, partendo dall'assunto dell'assimilabilità di quote di S.r.l. a beni mobili registrati, ne sancisce la conferibilità.

In riferimento, infine, ai diritti oggetto di conferimento è d'obbligo un accenno al caso più frequente di conferimento in fondo patrimoniale del diritto di usufrutto da parte del terzo e nei confronti dei coniugi. È preclusa la conferibilità del diritto d'uso, abitazione e servitù, in quanto non possono essere oggetto di autonoma disposizione.

Vista l'importanza dell'eventuale opponibilità al terzo dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale merita attenzione il regime di pubblicità imposto per la costituzione.

In particolare l'art. 162 comma 4, c.c. prevede come condizione necessaria e sufficiente per l'opponibilità ai terzi l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, della data di costituzione, del notaio rogante e delle generalità dei contraenti.

L'art. 2647 comma 1 c.c. prevede poi la trascrizione nei registri immobiliari dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, nel caso in cui siano stati conferiti beni immobili.

Tale ultima forma di pubblicità è imposta come pubblicità notizia⁴: l'eventuale violazione non impedisce l'opponibilità al terzo.

3. Amministrazione e cessazione

Il legislatore, per disciplinare l'amministrazione dei beni conferiti nel fondo patrimoniale, ha richiamato le norme relative all'amministrazione della comunione legale.

In particolare l'art. 180 del c.c. attribuisce l'amministrazione disgiunta a ciascun coniuge per tutti gli atti di ordinaria amministrazione; in tali atti devono ricomprendersi tutti quelli destinati alla conservazione dei beni del fondo patrimoniale.

L'amministrazione congiunta ad entrambi i coniugi è invece prevista per tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione; a titolo esemplificativo, per gli atti di disposizione sui beni del fondo e per gli atti volti alla concessione di diritti reali di godimento.

In riferimento agli atti di disposizione, alienazione, dazione in pegno, concessione di ipoteca, costituzione di vincoli, il legislatore ha lasciato spazio all'autonomia privata, prevedendo deroghe all'amministrazione congiunta con apposita clausola nell'atto costitutivo.

Resta fermo il fatto che l'eventuale alienazione disgiunta è comunque vincolata all'esistenza del diritto di proprietà sul bene oppure su una quota dello stesso: ciò significa che il coniuge proprietario al 50% del bene conferito nel fondo patrimoniale non può alienare l'intera proprietà.

¹ A. Fusaro *Il regime patrimoniale della famiglia* CEDAM - PADOVA 1990.

² La dottrina è divisa nell'individuazione di tale diritto, da alcuni assimilato all'usufrutto (Carresi) da altri all'usufrutto legale (Gabrielli) da altri ancora all'uso (Casarotto).

³ Chiarloni-Cenni.

⁴ Corte di Cassazione 27 novembre 1987 n. 8824-Corte Costituzionale n. 111 del 6 aprile 1995.

La presenza di figli minori, nel caso di compimento degli atti dispositivi suddetti, ha indotto il legislatore ad adottare una forma di tutela consistente nella preventiva autorizzazione del giudice, subordinata ai soli casi di necessità od utilità evidente. L'orientamento giurisprudenziale⁵ e di parte della dottrina⁶, propendendo per la netta prevalenza dell'autonomia privata, ammettono la possibilità di inserire nell'atto costitutivo apposite clausole derogatrici che consentano la libertà dei coniugi nel compimento di atti dispositivi su beni del fondo patrimoniale. Non possono comunque essere tacite le opinioni della dottrina⁷ che, muovendo dall'assunto che l'intervento di un organo giurisdizionale non può essere rimesso alla volontà delle parti, non ammettono tali deroghe.

Lo scioglimento del fondo patrimoniale è disciplinato all'art. 171 c.c., laddove viene attribuita un'importanza fondamentale alle vicende legate al matrimonio; in particolare si considerano cause estintive l'annullamento, lo scioglimento e la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Argomento ampiamente dibattuto in dottrina è l'ammissibilità di uno scioglimento convenzionale del fondo. La tesi volta ad ammettere tale possibilità di scioglimento parte dall'assunto che il carattere non tassativo dell'art. 171 c.c. ben si concilia con il diritto attribuito ai coniugi, in assenza di figli minori, di alienare tutti i beni costituiti in fondo patrimoniale, svuotando quindi di significato l'esistenza del medesimo. Sull'argomento è intervenuto il Tribunale di Vicenza⁸ attribuendo ampio spazio all'autonomia privata, su considerazioni opposte, invece, il Tribunale di Catania⁹, che escludendo l'applicazione al fondo patrimoniale dell'art. 191 c.c. in materia di scioglimento, anche convenzionale, della comunione, attribuisce carattere tassativo all'art. 171 c.c..

Anche in materia di scioglimento il legislatore è intervenuto ponendo una particolare tutela nei confronti dei figli minori a tal punto da subordinare la durata, nonché ogni causa di scioglimento, al compimento della loro maggiore età.

4. Aspetti fiscali

L'analisi dell'imposizione indiretta gravante sul fondo patrimoniale, (imposta di registro, imposta sulle successioni e donazioni, imposte ipotecaria e catastale, imposta di bollo) deve essere fatta considerando la natura dell'atto di costituzione del fondo oltre che gli eventuali effetti traslativi conseguenti.

Nell'ipotesi in cui i coniugi costituenti si riservino la proprietà dei beni, non si verificherà nessuna attribuzione patrimoniale pertanto l'atto scontrerà l'imposta in misura fissa (art.11 allegato A tariffa D.P.R. 131/86), la giurisprudenza¹⁰ prevalente è concorde. Non può comunque tacersi il parere discordante di alcuni Uffici del Registro (Ufficio Unico delle Entrate di Venezia) che propendendo per la natura dichiarativa dell'atto costitutivo del fondo individuano l'applicabilità dell'art. 3 allegato A tariffa D.P.R. 131/86 che prevede un'aliquota proporzionale del 1%.

Nell'ipotesi in cui i coniugi, oppure uno solo di essi, oppure un terzo provvedano alla costituzione del fondo patrimoniale senza riservarsi la proprietà si applicherà l'imposta sulle donazioni, l'imposta sulle successioni nel caso di costituzione ad opera del terzo in forza di testamento, nonché, nel caso di beni immobili, l'imposta

ipotecaria e catastale e l'INVIM.

Per quanto riguarda invece l'imposizione diretta, il reddito relativo ai beni che formano oggetto del fondo patrimoniale viene imputato in uguale misura in capo ai coniugi, indipendentemente dalle eventuali clausole di riserva della proprietà inserite nell'atto costitutivo.

Il vantaggio non è trascurabile, in quanto la suddivisione del reddito non è subordinata al trasferimento della proprietà dei beni.

5. L'esecuzione su beni del fondo

E' sicuramente il tema di maggior interesse, in quanto solo un corretto equilibrio tra due esigenze contrapposte, la tutela dei creditori da un lato, e la tutela della famiglia dall'altro, permettono un corretto utilizzo dell'istituto, evitando le facili strumentalizzazioni.

Il legislatore ha previsto all'art. 170 c.c. che *"l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia"*.

Il concetto di *"bisogni della famiglia"* rappresenta il fulcro attorno al quale ruotano la dottrina e la giurisprudenza in materia con interpretazioni che talora aumentano, talora restringono, l'ambito di applicazione.

Parte della dottrina (Cian e Casarotto), prevede un'esplicita esclusione dei bisogni nascenti dall'esercizio di attività professionali o imprenditoriali restringendo il campo alle sole *"esigenze connesse con tutto il menage domestico familiare"*, altri (Carresi) identificano tali bisogni con tutti quelli nascenti dall'indirizzo della vita familiare concordato tra i coniugi (art. 144 c.c.) nonché quelli relativi al ceto sociale di appartenenza e alle condizioni economiche di vita della famiglia.

La giurisprudenza sembra condividere un ambito di applicazione abbastanza ampio, in particolare¹¹, pur considerando l'abrogato art. 188 c.c., che in buona sostanza è riprodotto nell'art. 170 c.c., individua i bisogni della famiglia in chiave prospettica. Partendo cioè dall'assunto che rientrano in tale accezione tutti i debiti diretti alla soddisfazione delle necessità familiari, ricomprende anche quelli *"contratti per il miglioramento di detti beni al fine di ottenerne in futuro una maggiore produttività"*.

E' sicuramente degna di nota un'altra sentenza della Corte di Cassazione¹² che segna definitivamente la strada che conduce ad un'interpretazione estensiva del termine di cui si sta discutendo, laddove si afferma che *"sono ricompresi in detti bisogni anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento e all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da intenti meramente speculativi"*.

I beni del fondo non possono quindi essere eseguiti da creditori a conoscenza del sorgere dell'obbligazione per ragioni estranee al soddisfacimento dei bisogni della famiglia. L'onere della prova, relativamente alla conoscenza in capo al creditore dell'estraneità del credito ai bisogni della famiglia, spetta ai coniugi.

Si noti che la buona fede rileva soltanto per le obbligazioni negoziali, mentre per quelle legali è all'obiettiva natura del credito che occorrerà far riferimento per stabilire la legittimazione del creditore ad aggredire i beni vincolati ai bisogni familiari.

L'utilizzo dell'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.) è ormai pacifica¹³ e rappresenta uno strumento utilizzabile dai creditori per

⁵ Trib. di Roma 27 giugno 1979: "Pur in presenza di figli minori la disciplina legale sancita dall'art. 169 - e quindi la preventiva autorizzazione del giudice all'alienazione dei beni del fondo - si rende applicabile solo in mancanza di deroga prevista nell'atto di costituzione del fondo patrimoniale."

⁶ Milone, *Appunti per uno studio sul fondo patrimoniale* in Dir. Fam. 1976 pag. 1768, della stessa opinione Carresi, Gabrielli.

⁷ Casarotto.

⁸ Sentenza del 10.6.1985: "L'art. 171 c.c. non avendo carattere di tassatività, non esclude l'applicazione al fondo patrimoniale delle disposizioni a carattere generale relative alla modificabilità delle convenzioni matrimoniali"

⁹ Sentenza del 31.5.1986

¹⁰ C.T.P. di Pisa 4 dicembre 1996 n. 287, C.T.C. del 11 settembre 1989 n. 5503 e C.T.C. del 27 marzo 1996 n. 966.

¹¹ Corte di Cassazione del 19 maggio 1969 n. 1717

¹² Corte di Cassazione del 7 gennaio 1984 n. 134

¹³ Vedi App. Brescia 13 febbraio 1981: "La costituzione di beni in fondo patrimoniale è un atto a titolo gratuito che, sussistendone gli altri presupposti, è soggetto alla revocatoria ex art. 2901 c.c.", Trib. di Milano 2 giugno 1983: "L'atto di destinazione di un bene al fondo patrimoniale per i bisogni della famiglia rientra negli atti suscettibili di revocazione", Trib. di Catania 31 ottobre 1985: "La costituzione di un fondo patrimoniale compiuta dal fideiussore in presenza di una pesante situazione debitoria del soggetto garantito può essere sottoposta ad azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c."

vedere realizzati i loro diritti con buona probabilità di riconoscimento. Fermo restando il termine quinquennale di prescrizione, l'azione revocatoria sull'atto costitutivo del fondo può essere esercitata quando sussistono i due presupposti del *consilium fraudis* e dell'*eventus damni*.

Il primo si manifesta in una duplice accezione, la consapevolezza del debitore del pregiudizio arrecato al creditore a seguito della stipula dell'atto, se posteriore al sorgere del debito, oppure l'intento doloso, nella stipula dell'atto stesso, al fine di pregiudicare le ragioni dei creditori che diventeranno tali solo successivamente. Per quanto riguarda invece il secondo presupposto, questo si manifesta con la sola consapevolezza del debitore di diminuire, mediante l'atto di disposizione, la garanzia patrimoniale del creditore, costituita dai suoi beni.

6. Il fondo patrimoniale e le responsabilità del professionista

La riforma del sistema sanzionatorio non penale prevede che il professionista possa essere chiamato a rispondere in via diretta/indiretta ed esclusiva oppure in concorso doloso o in cooperazione colposa con il proprio cliente. Tralasciando l'esame delle varie fattispecie, in quanto tale disamina esula dal presente lavoro, mi limito a considerare le ipotesi, volute o non volute dal legislatore, che, esponendo il professionista ad evidenti rischi conseguenti all'esercizio della professione, non permettono l'utilizzo di eventuali forme di tutela. In particolare la nuova formulazione dell'art. 5 D. Lgs. n. 472/97 prevede la punibilità di violazioni commesse nell'esercizio di

consulenza tributaria e comportanti la soluzione di problemi di speciale difficoltà solo in caso di dolo o colpa grave.

Le limitazioni alla punibilità previste per la consulenza tributaria attualmente non esistono per l'assistenza tributaria, ossia l'intervento del professionista nel corretto svolgimento degli adempimenti periodici (tenuta della contabilità, redazione di dichiarazioni fiscali, ecc.) che costituisce l'ipotesi più frequente di lavoro, specialmente per i giovani professionisti¹⁴. Il professionista, che in questo contesto si trovi chiamato in causa per un'eventuale violazione commessa, non potrà quindi addurre alcuna argomentazione volta a sostenere la difficoltà dell'incarico affidatogli. Ci si chiede se l'assicurazione professionale possa coprire eventuali violazioni commesse dal professionista che importino sanzioni amministrative direttamente in capo allo stesso come misure afflittive. La risposta sembrerebbe essere negativa in quanto il contratto di assicurazione sarebbe nullo per illiceità della causa (artt. 1343 c.c. e 1418 c.c.). In questo contesto ritengo che il fondo patrimoniale possa assumere una certa importanza come atto di disponibilità volto alla tutela del patrimonio personale per eventuali coinvolgimenti conseguenti al ruolo rivestito ed ai quali l'ordinamento non attribuisce forma alcuna di difesa.

In questo contesto quindi, l'eventuale intento di pregiudicare le ragioni dei creditori come possibile giustificazione alla costituzione del fondo patrimoniale, pervenendo così ad uno uso distorto dell'istituto, deve essere escluso.

Rimane quindi evidente che il nobile intento del legislatore di tutelare il patrimonio della famiglia mediante un istituto *ad hoc* trova in questo contesto un pacifico ambito di applicazione.

¹⁴ Dott. Lunelli R. in *Il fisco* 6/99 (atti della relazione del 14 gennaio 1999 - Monastier -TV)

I patti parasociali nella riforma Draghi

Michela Marrone / Praticante Ordine di Belluno

PREMESSA

Il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n.58, entrato in vigore dal 1° luglio 1998, comunemente identificato come “Riforma Draghi” è un testo unico che raccoglie e riordina in un unico corpo normativo tutta la disciplina precedente in tema mercati finanziari, e portante quale obiettivo principale la stabilità e la trasparenza dei soggetti operanti in tali mercati e la tutela degli investitori. In particolare tale riforma impone, tra gli altri, diversi obblighi di informazione rivolti alle società per azioni quotate, al fine di ottenere un’informazione completa su tutti i dati e le notizie relative alle società emittenti quotate ed eventualmente ai soggetti che le controllano¹. Tali obblighi informativi vengono estesi in tale riforma anche ai cosiddetti patti parasociali, figure negoziali a struttura associativa, distinte dal contratto di società, che si pongono in funzione del regolamento sociale. E’ assurdo infatti pensare che, specie nelle grandi società quotate in borsa, tutte le complesse strategie vengano discusse e poi risolte nell’assemblea a seguito di un dibattito cui i soci partecipano senza alcuna preventiva intesa. Da qui la necessità di uno strumento organizzativo, il patto parasociale appunto, che coordini e determini le strategie imprenditoriali, esalti e nello stesso tempo concili le posizioni dei maggiori azionisti, introducendo elementi di *intuitus personae* in strutture capitalistiche astrattamente caratterizzate dalla indifferenza reciproca tra i soci.

Gli articoli 122 e 123 del D.Lgs. 58/1998 sono dedicati a questo tipo di patti parasociali, i cui caratteri distintivi verranno di seguito trattati.

I PATTI PARASOCIALI

L’ordinamento prevede che le società di persone e di capitali siano governate da un corpo di disposizioni interne che prendono il nome di patti sociali nelle società di persone e di statuto nelle società di capitali. Spesso capita però che lo statuto o i patti sociali, ordinamenti di carattere generale che regolamentano la vita della società in tutti i suoi aspetti, vengano affiancati da una serie di ulteriori pattuizioni, piuttosto diffuse nella pratica, frutto della volontà dei singoli soci, noti alla dottrina e alla giurisprudenza sotto il nome di patti parasociali².

Giuridicamente tali patti assumono la veste di veri e propri contratti proprio in quanto trattasi di accordi di due o più parti volti a costituire, regolare od estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale³. Non trovando poi questo genere di accordi una specifica regolamentazione all’interno della disciplina dei contratti, vanno senz’altro collocati tra i contratti atipici.

Pur essendo i patti parasociali estranei rispetto al contratto sociale, non essendo imposti né dalla legge e non essendo altresì parte

integrante dello statuto, costituiscono un formidabile strumento di completamento che allo statuto si accompagna e che permette ai soci di disporre in modo separato ed ulteriore dei diritti derivanti dal proprio *status*. Essi permettono quindi l’integrazione e talora il superamento del regolamento legale e statutario tramite taluni vincoli assunti dai soci fra di loro, o anche verso la società, o anche verso terzi organi sociali, che danno origine così ad accordi distintamente conclusi e quindi estranei al regolamento sociale (benchè ad esso accessori) dei rapporti interni della società. Tali patti o contratti hanno infatti la duplice natura di essere distinti dal contratto sociale, in quanto aventi carattere individuale e personale quanto a soggetti, forma e contenuti; allo stesso tempo si caratterizzano per il loro collegamento con il rapporto sociale⁴: si concludono infatti accanto allo statuto incidendo sulla regolamentazione della società, ma mantengono l’autonomia di negozi distinti.

Nella pratica i contratti parasociali si innestano nei momenti più vari della vita e dell’attività sociale, e se ne possono indicare diverse fattispecie: i sindacati di blocco, i quali non sono altro che patti di prelazione nell’acquisto delle quote o delle azioni; le convenzioni di voto, attraverso le quali si disciplina in un determinato modo l’esercizio di voto in assemblea; i patti su futuri aumenti di capitale o con i quali i soci si impegnano ad effettuare finanziamenti a favore della società; i patti che prevedano le dimissioni dell’intero consiglio di amministrazione qualora venga meno anche un solo membro di esso, i quali riproducono la clausola *simul stabunt, simul cadent*; e questi solo per citarne alcuni.

L’opinione tradizionale riconosce alle pattuizioni parasociali efficacia meramente obbligatoria, contrariamente al contratto sociale al quale è invece riconosciuta efficacia reale. Tali pattuizioni quindi vincolano solo i soggetti paciscenti. Da ciò ne consegue che, mentre di norma la invalidità del contratto parasociale non incide sulla validità del contratto di società, la invalidità del contratto di società comporta il venir meno del contratto parasociale.

In merito alla durata dei patti parasociali, va rilevato che dovrebbe essere fatta salva la volontà delle parti contraenti, precisando che in mancanza di un limite temporale di durata del patto parasociale, sussiste in capo a chi stipula il diritto di recesso *ad nutum*, diritto previsto dal nostro ordinamento per i contratti a tempo indeterminato. Infine va precisato che i diritti derivanti dai patti parasociali si prescrivono nel termine decennale ordinario e non nel termine quinquennale previsto dall’art. 2949 del Codice Civile per i rapporti sociali.

E’ indubbio che il contratto parasociale si affianca a quello sociale proprio per la natura che gli è propria, ma non vale ovviamente il viceversa mantenendo il contratto sociale una propria identità ed

¹ La legge infatti già prevedeva che determinati fatti od operazioni siano oggetto di comunicazione al pubblico ed alla Commissione Nazionale per le società e la Borsa.

² Va da subito segnalato che per la prima volta in una disposizione legislativa (proprio nell’art.122 del D.Lgs. 58/1998 il cui contenuto è oggetto della presente trattazione) questi accordi sono stati definiti con il nome con il quale sono stati sempre appellati da dottrina e giurisprudenza, ovvero “patti parasociali”.

³ Ad indicare i patti parasociali viene spesso utilizzato equivalentemente il termine “contratti parasociali”.

⁴ Cass. 23.4.1969, n.1290, dove i patti parasociali vengono definiti come: “convenzioni con cui i soci od alcuni di essi attuano un regolamento di rapporti - non opponibile alla società —difforme o complementare rispetto a quello previsto dall’atto costitutivo o dallo statuto della società stessa”.

autonomia. Il contratto parasociale, seppur intimamente collegato al contratto sociale e soprattutto connesso alle vicende societarie da questo governate, non deve però contrastare né con le norme imperative che disciplinano la società, né con l'interesse della società, degno di una propria tutela. Infatti nonostante i patti parasociali nascano dalla volontà dei soci, nel momento in cui venga lesa un interesse della società, il patto parasociale viene fortemente compromesso nella propria validità. Il soddisfacimento in capo al singolo socio, non significa che automaticamente soddisfi quello della società, soggetto giuridico autonomo rispetto ai singoli soci.

La forma con la quale i patti parasociali vengono in essere è assolutamente libera nel senso che il patto parasociale si può perfezionare in forma espressa o tacita: se in forma espressa, questa può tradursi in un contratto scritto oppure in un semplice accordo verbale; nel caso in cui sia tacita, l'esistenza del patto si manifesterà per fatti o comportamenti concludenti da parte di coloro che vi aderiscono.

Eventuali modifiche dei patti in esame sicuramente non sono soggette alla regola assembleare e maggioritaria, alla forma pubblica ed al controllo giudiziario. Qualche dubbio potrebbe essere posto per quel che riguarda la pubblicità. Infatti l'esigenza di tutelare l'affidamento dei terzi, ingenerato dalla pubblicità cui è soggetto tutto il documento atto costitutivo, potrebbe indurre a ritenere che, ai fini dell'opponibilità ai terzi, si applichi la stessa disciplina pubblicitaria prevista per le modifiche del contratto sociale anche ai patti parasociali. Tuttavia, a questa conclusione si oppone il principio per cui alla pubblicità non possono attribuirsi effetti giuridici al di fuori dei casi previsti dalla legge; principio che per quanto concerne l'iscrizione nel registro delle imprese, trova conferma testuale negli artt. 2188 e 2193 del Codice Civile⁵.

Ricapitolando quindi i patti parasociali possono essere conclusi per più finalità, quali quella di arrecare vantaggi particolari a carico dei soci o di alcuni di essi, condizionare l'azione della società decidendo e sostituendosi ai singoli organi in via extrasociale.

I PATTI PARASOCIALI E LA RIFORMA DRAGHI

Delineate la natura e le caratteristiche dei patti parasociali, intesi come istituto giuridico riconosciuto da dottrina e giurisprudenza, si passa di seguito all'analisi dei patti parasociali delineati dalla riforma Draghi, la cui disciplina è quella degli artt. 122, 123 e 207⁶. L'esame è finalizzato alla ricerca di quali siano gli elementi che contraddistinguono i patti parasociali della riforma Draghi dall'istituto dei patti parasociali comunemente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Risulta chiaro infatti che in base alla collocazione di tali articoli nell'impianto sistematico del decreto legislativo in oggetto⁷, e in considerazione della *ratio* che governa l'intera riforma e le finalità di tutela dell'informativa cui è rivolta, è naturale attendersi una disciplina specifica e mirata ad una precisa categoria di patti parasociali, quelli che interessano appunto le società quotate e le loro controllanti. Pur tuttavia tale analisi viene condotta nella convinzione che se ne possano comunque trarre utili spunti al fine di meglio quantificare l'ampiezza e la varietà dei patti parasociali, e al tempo stesso indicare quelli introdotti dalla riforma Draghi come assolutamente tipici e circoscritti.

Gli articoli 122 e 123 del D.Lgs. 58/1998, che vanno a sostituire la previgente disciplina dell'art. 10 della L. 18.02.1992, n. 149, come modificato dall'art. 7 del D.L. 31.05.1994, n. 332, convertito nella

L. 30.07.1994, n. 474⁸, ampliandola ed approfondendola in alcuni aspetti, impongono alcuni precisi obblighi di pubblicità ad alcune fattispecie di patti parasociali che interessano le società quotate e le loro controllanti.

Quanto al contenuto del patto parasociale la disciplina nel primo comma dell'art. 122 fa riferimento genericamente a tutti quei patti⁹ che hanno ad oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società quotate e nelle loro controllanti, per poi restringere il campo di applicazione a tutti quei patti che impongono obblighi di preventiva consultazione per l'esercizio del diritto di voto nelle società quotate e nelle loro controllanti; che pongono limiti al trasferimento delle azioni o strumenti finanziari delle società quotate o controllanti di queste che attribuiscono diritti di acquisto o di sottoscrizione delle stesse; che prevedono l'acquisto delle azioni e degli strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o di sottoscrizione delle stesse; ed infine ritornare alla più generica previsione del punto d) in cui si fa riferimento a quei patti che hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società. Quindi combinando quanto viene espresso nell'art. 122, si può arguire, forse riduttivamente, che gli obblighi di pubblicità sono imposti a tutte quelle pattuizioni che hanno ad oggetto l'esercizio dei diritti inerenti le azioni e il loro trasferimento.

Riferendosi alle categorie dei patti parasociali definite da dottrina e giurisprudenza, quelli disciplinati dall'art. 122 possono essere inquadrati tra quelli che vengono definiti come sindacati di voto, cioè quei patti con i quali alcuni soci si impegnano a esercitare il diritto di voto inerente alle azioni sindacate in un accordo predeterminato tra gli stessi soci aderenti al sindacato, o a delegare a un terzo l'esercizio del diritto di voto. Il pregio di tali patti sta nel rafforzare la stabilità della società ed assicurare una migliore efficienza della gestione stessa.

La seconda categoria di patti di cui tratta l'art. 122, può essere inquadrata in quelli che vengono denominati sindacati di blocco: si tratta di patti conclusi tra i soci riguardanti limitazioni ovvero divieti imposti alla circolazione delle azioni cosiddette sindacate, cioè quelle apportate dagli aderenti al patto e vincolate quindi dalle regole nello stesso stabilite. Questo tipo di patto dovrebbe però prevedere un limite di tempo entro cui osservare la validità, e dovrà altresì rispondere ad un apprezzabile interesse di una delle parti: così infatti dispone l'art. 1379 del Codice Civile in materia di divieto di alienazione stabilito per contratto. E con tale previsione si trova correttamente in linea l'art. 123 laddove prevede che i patti indicati nell'art. 122, se stipulati a tempo determinato, non possono avere durata superiore a tre anni e tale si intende comunque la loro durata a prescindere da quanto pattuito dalle parti; mentre se stipulati a tempo indeterminato, ciascun contraente ha diritto di recedervi salvo preavviso¹⁰.

Infine la norma fa riferimento a tutti quei patti aventi per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società, espressione quanto mai vaga e di ampia portata, laddove si consideri che il concetto di influenza dominante non si riferisce semplicemente alla fattispecie del potere di controllo sui diritti di voto in assemblea che ha origine da partecipazioni significative¹¹; ma viene attribuita anche a quella fondata su vincoli contrattuali da parte di esterni che, indipendentemente da ogni controllo azionario, impongano la propria influenza dominante in virtù

⁵ Così l'art. 2188: "E' istituito il registro delle imprese per le iscrizioni previste dalla legge. ..." e l'art. 2193: "I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza. L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta. Sono salve le disposizioni particolari della legge".

⁶ Gli articoli 122 e 123 disciplinano i patti parasociali, mentre l'art. 207 dispone in merito alla disciplina transitoria.

⁷ Gli articoli 122 e 123 fanno parte del TITOLO III - EMITTENTI, CAPO II - DISCIPLINA DELLE SOCIETA' CON AZIONI QUOTATE, Sezione I - Assetti proprietari.

⁸ L'art. 214 del D.Lgs. 58/1998 le norme che vengono abrogate con l'entrata in vigore dello stesso e tra queste appunto vi è esplicito riferimento alla L. 149/1992.

⁹ Non si fa qui riferimento all'espressione "accordo" contrariamente a quanto previsto nell'art. 10 della L. 18.02.1992, n. 149 dove ci si riferisce a "qualunque patto o accordo".

¹⁰ L'art. 123 recita testualmente: "I patti indicati nell'art. 122, se a tempo determinato, non possono avere durata superiore a tre anni e si intendono stipulati per tale durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza. I patti possono essere stipulati anche a tempo indeterminato; in tal caso ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di sei mesi. ...".

¹¹ La nozione di influenza dominante è fornita dall'art. 2359 del Codice Civile ove vengono espressi i concetti di "controllo" e di "collegamento".

appunto di particolari vincoli contrattuali, condizionando in tal modo le scelte e la gestione societaria¹². Sicuramente anche un patto parasociale può materializzarsi in un vero e proprio accordo a contenuto economico, il quale, pur non compromettendo il diritto di voto o gli assetti proprietari in capo alla società, ne condiziona fortemente le scelte economiche e gestionali.

Spostando l'analisi su di un piano soggettivo vale forse la pena spendere qualche parola in merito a quali siano esattamente le società investite dalla disciplina di cui all'art.122. Innanzitutto la norma non definisce in modo esplicito i soggetti che pervengono alla stipulazione dei patti parasociali, ma lascia all'interprete la individuazione degli stessi, prevedendo semplicemente come ambito di applicazione i patti intervenuti in seno alle società quotate e alle controllanti di queste, aventi ad oggetto le materie di cui sopra si è detto. I soggetti saranno quindi con ogni evidenza i soci che vorranno pervenire alla limitazione dell'esercizio del diritto di voto e del trasferimento delle azioni e degli altri strumenti finanziari. In secondo luogo la disciplina dei patti parasociali così come prevista dagli artt.122 e 123, si applicherà solo a quei patti che riguardano l'esercizio del diritto di voto ed il trasferimento delle azioni delle società quotate e delle loro controllanti, evidentemente anche se non quotate. Quindi senz'altro le società quotate dovranno sottostare agli obblighi pubblicitari imposti da tale disposizione nel caso pervengano alla stipulazione di patti parasociali provvisti dei contenuti già esposti; secondariamente tutte le società non quotate non saranno automaticamente escluse dalla disciplina in oggetto, poiché, nel caso in cui risultassero essere controllanti di società quotate, dovranno osservare i medesimi adempimenti pubblicitari previsti per le quotate. Questo in quanto, nonostante le norme in esame siano rivolte alle società con azioni quotate, la norma non precisa la veste delle società controllanti. Secondo quindi un'interpretazione prudenziale, in considerazione altresì delle conseguenze previste in caso di inadempimento degli oneri pubblicitari cui sottoporre i patti parasociali, si ritiene di poter considerare quali società coinvolte dalla disciplina sia le società quotate, sia eventuali società non quotate controllanti di queste.

Continuando con l'analisi dell'art.122 emerge un altro dato importante. Come già detto i patti parasociali presentano in generale una libertà di forma. In linea con questo elemento risulta essere anche l'art.122, il quale, riferendo in merito ai patti, comprende tutti quei patti "in qualunque forma stipulati". Tale espressione ha in realtà una grande portata non solo perché nella norma viene sancito esplicitamente la libertà di forma dei patti parasociali sempre affermata da dottrina e giurisprudenza, ma tale carattere è stato altresì espresso in una norma di legge¹³. Strettamente correlato al problema della forma è il tema inerente gli obblighi di pubblicità imposti dall'art.122, dalla lettura della quale, nonostante sia stata sancita la libertà di forma del patto parasociale, le parti sono di fatto costrette a perfezionare il patto parasociale in forma scritta. La circostanza di dover sottostare a pena di nullità all'obbligo della pubblicità impone infatti di formalizzare per iscritto quanto stabilito dalle parti verbalmente o eventualmente per comportamenti concludenti. Le modalità e i contenuti della comunicazione alla Consob, dell'estratto da pubblicare sulla stampa quotidiana e della pubblicazione, ai sensi del secondo comma dell'art.122, sono stati stabiliti dalla Consob stessa con un apposito regolamento di attuazione¹⁴, ove, al fine di poter perfezionare l'onere pubblicitario, viene imposta di fatto la stesura del patto in forma scritta¹⁵. Allo stesso modo per il deposito presso il Registro delle Imprese ove la società ha la sede legale, dovrà effettuarsi la relativa comunicazione a mezzo compilazione

della relativa modulistica; per quel che concerne invece la pubblicazione sulla stampa specializzata sarà invece necessario un estratto del patto, ovviamente in forma scritta¹⁶. Da qui se ne deduce che dovrà essere inevitabilmente formalizzato in un documento scritto quanto potrebbe in linea teorica essere oggetto di semplici accordi verbali se non addirittura di fatti concludenti. Tali ipotesi, seppur verosimili dalla semplice lettura della norma, sembrano poco praticabili nella prassi societaria: sembra difficile e forse poco prudente la stipulazione di patti e accordi aventi gli oggetti di cui all'art.122, che vedano la propria formalizzazione verbale o per fatti concludenti. Tale rigore formale acquista valore in considerazione del fatto che nonostante viga la libertà di forma nei contratti in generale ed in alcuni contratti societari dove la forma scritta non è prevista *ad substantiam*, sembra ovvio che per le società di capitali quotate, dovendo essere rese note ai terzi moltissime informazioni in merito all'andamento della società, scaturisca più che altrove l'opportunità di imporre anche agli accordi e ai patti che vengono affiancati agli statuti gravosi oneri pubblicitari.

Ci si sofferma infine sulle conseguenze del mancato rispetto degli obblighi di pubblicità, piuttosto onerose per i soci delle società interessate da questa normativa. Innanzitutto il terzo comma dell'art.122 prevede che in caso di inosservanza degli obblighi di pubblicità previsti, i patti siano nulli. Segue il quarto comma ove si sottolinea altresì come, in caso di mancato rispetto degli oneri di pubblicità, il diritto di voto non possa essere esercitato. Qui emerge una chiara correlazione tra la disciplina dei patti parasociali e quella civilistica: la pubblicità ha in questo caso efficacia costitutiva nei confronti del patto parasociale, che, se non reso pubblico secondo le modalità stabilite dallo stesso art.122, è di fatto radicalmente nullo, come se non fosse mai esistito: la nullità è infatti la forma di inefficacia più gravosa tra quelle esistenti nella normativa. E tale norma sembra debba essere interpretata nel senso più restrittivo ovvero il patto è radicalmente nullo, nel senso che ne viene meno l'esistenza. Per sua natura infatti un patto parasociale ha efficacia obbligatoria cioè solo tra le parti che lo stipulano. Nel caso dell'art.122 viene forzata questa caratteristica dei patti parasociali in quanto la norma conferisce alla pubblicità non solo una sorta di efficacia costitutiva, ma una volta perfezionatosi con l'adempimento degli oneri pubblicitari, essi acquistano quasi efficacia reale, cioè si danno per noti ai terzi. E non poteva essere diversamente vista la *ratio* che sottende tutta la riforma Draghi e che ha sempre guidato le norme che regolano le società ad azionariato diffuso e le società con azioni quotate. Questa disposizione quindi, seppur animata da nobili intenti, ha snaturato il tratto distintivo del patto parasociale rispetto al contratto sociale, anzi ne ha assunto le fattezze, in quanto l'onere pubblicitario imposto dall'art.122 non si discosta di molto dalla macchinosa (ma indispensabile) procedura di divulgazione imposta per l'atto costitutivo e lo statuto delle società, anzi, eccetto per l'omologa, ne riflette molti aspetti.

CONCLUSIONI

I più ardenti sostenitori della categoria dei patti parasociali intesa quale istituto giuridico unitario, potrebbero interrogarsi in merito alle motivazioni per le quali il legislatore non si sia valso della riforma Draghi ed in particolare dell'art.122, per disciplinare i patti parasociali in modo compiuto ed omogeneo. Il problema è presto sciolto se si considera che la riforma Draghi è nata con il solo fine di disciplinare i mercati finanziari e di dettare quei principi destinati a garantire una miglior tutela anche delle minoranze azionarie. Questi intenti si rivelano del resto perfettamente in linea con la

¹² Alcuni esempi possono essere dati da quei contratti di agenzia, di commissione, di concessione che pongono la società agente, commissionaria o concessionaria in una condizione di dipendenza economica e ne fanno una società satellite della società preponente o concedente; e, ancora, la somministrazione in esclusiva, quando l'impresa somministrante sia in grado di fornire beni destinati ad un unico acquirente, la licenza di brevetto e, in genere, i rapporti contrattuali, il venir meno dei quali metterebbe in pericolo la sopravvivenza dell'impresa.

¹³ Anche l'attualmente abrogato art.10 della L. 149/1992, non faceva alcun esplicito riferimento alla forma degli accordi.

¹⁴ Tale regolamento è stato adottato dalla Consob con delibera n.11715 del 24 novembre 1998, all'interno del quale il Capo II – Sezione I è interamente dedicato alla modalità e ai contenuti degli obblighi pubblicitari posti a carico dei patti parasociali in oggetto.

¹⁵ La delibera Consob n. 11715 del 24 novembre 1998 sopra citata, così infatti dispone: art. 12: "Gli aderenti a un patto parasociale previsto dall'art.122 del Testo Unico sono solidalmente obbligati a darne comunicazione alla Consob. La comunicazione è effettuata mediante trasmissione di: a) copia integrale del patto dichiarata conforme all'originale; ...".

¹⁶ Art. 14 della delibera Consob n. 11715 del 24 novembre 1998: "L'estratto è pubblicato su un quotidiano a diffusione nazionale, con veste tipografica idonea a consentirne un'agevole lettura. ...".

tendenza legislativa del nostro Codice Civile che impone forte pubblicità e larga tutela ove la forma societaria implichi il coinvolgimento degli interessi di molti; lascia invece ampia libertà come si evince dalla scarsità di norme, dove risulta spiccata la libertà contrattuale individuale. Il legislatore non ha infatti detto nulla esplicitamente in merito all'estensione della disciplina degli artt.122 e 123 alle società non coinvolte in mercati quotati. C'è chi ha proposto come ipotesi di lavoro, che troverebbe il suo fondamento in una interpretazione estensiva dell'art.122, l'automatica estensione di tale disciplina anche ai patti parasociali stipulati in seno alle società in generale¹⁷. Il proposito sarebbe quello di individuare i presupposti e le direttive per una quanto più possibile completa regolamentazione di tutti i patti parasociali. Tale pregevole proposito può essere in questa sede condiviso solo in parte, in quanto la riforma Draghi è nata con ben altri scopi, e sarebbe estremamente riduttivo costringere lo schema giuridico dei patti parasociali, di origine squisitamente dottrinale, entro il rigido schema dell'art.122¹⁸. Anzi, è proprio la circostanza che tale norma disciplina alcune fattispecie ben definite di patti parasociali, a far ritenere come continui a sussistere nella normale prassi societaria, la più ampia libertà contrattuale in merito ad oggetto, forma e contenuti di tali patti. Inoltre va osservato che, dove è maggiore il coinvolgimento delle minoranze, l'intervenuto legislativo è stato sempre puntuale, imponendo un regime di pubblicità rigoroso, certamente assai gravoso se esteso a tutti i tipi societari.

A compimento della presente trattazione vengono di seguito esposte ulteriori brevissime riflessioni sui patti parasociali proposti dalla riforma Draghi.

In primis vanno sottolineate la natura e la funzione dei patti in oggetto, che al di là della tutela dei terzi, consentono la creazione di regole organizzative che permettono ai soci effettivamente interessati alla gestione della società, di predeterminare le condotte e le decisioni fondamentali prima e al di fuori dell'assemblea socia-

le. La tutela dell'informazione, imponendo ai patti parasociali di cui all'art.122, gli adempimenti pubblicitari di cui si è già riferito, forzano la natura dei patti parasociali sotto un ulteriore profilo: si è detto infatti che i patti parasociali sono vincolanti solo tra coloro che li stipulano e che per questo hanno efficacia obbligatoria. Nel momento in cui le norme impongono che detti patti vengano resi noti ai terzi, assumono in parte quell'efficacia reale propria del contratto societario che si perfeziona con gli adempimenti pubblicitari previsti dalla normativa civilistica. L'efficacia obbligatoria dei patti parasociali va ricercata infatti nella circostanza che essi non partecipano al procedimento di pubblicità legale che è proprio di quasi tutti i tipi di società.

Per concludere un'osservazione: le norme della riforma Draghi in tema di patti parasociali sono quanto mai in linea con il Codice Civile e con le norme speciali in tema di società. Infatti più ci si allontana dall'*intuitus personae* e più ci si avvicina alla società come persona giuridica, centro di imputazione di obbligazioni, di diritti e di doveri, maggiori sono le cautele del socio cioè di colui che investe; più ci si avvicina alle società quotate maggiore è la tutela del risparmio.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI PIU' SIGNIFICATIVI

OPPO – *Contratti parasociali* - Milano, 1942

LIBONATI – *Riflessioni critiche sui sindacati di voto* – Rivista di Diritto Commerciale - 1989

KUSTERMANN - *Osservazioni sui patti parasociali dopo la riforma Draghi* - LE SOCIETA', n.8/1998

LE SOCIETA' – n.8/1998 (edizione dedicata interamente alla Riforma Draghi)

JAEGER – *Il problema delle convenzioni di voto* – Giurisprudenza Commerciale - 1989

COLOMBO – PORTALE – *Il Trattato delle società per azioni*

¹⁷ F. Kustermann, *Osservazioni sui patti parasociali dopo la riforma Draghi*, LE SOCIETA', n.8/1998.

¹⁸ Sarebbe assurdo esercitare una forzatura applicando tale disciplina alle piccole società, laddove non sussiste un regime di pubblicità stringente. Il Codice che risulta ancora efficiente e puntuale in tema di piccole società (è nato nel 1942 quando la realtà societaria era molto differente e sono state necessarie leggi ad hoc tipo appunto la riforma Draghi per integrare laddove le norme codicistiche risultavano carenti), quando vuole che qualche atto sia reso pubblico, lo prevede espressamente.

Usufrutto di quota sociale nelle società in nome collettivo

Luca Campana, Michela Reginato / Praticanti Ordine di Treviso

INTRODUZIONE

Il codice civile disciplina l'istituto dell'usufrutto agli artt. 978 e s.s. In particolare l'art. 981 c.c. stabilisce che l'usufruttuario abbia il diritto di godere della cosa, ovvero che ottenga dal bene ogni utilità possibile, con il solo limite di rispettare la destinazione economica.

L'art. 2352 c.c. disciplina espressamente l'usufrutto sui titoli azionari, ma nulla dice riguardo alle altre quote sociali. Sia la dottrina che la giurisprudenza riconoscono l'applicazione analogica di questo articolo anche alle quote di partecipazione nelle società a responsabilità limitata. Al contrario, la costituzione di un diritto di usufrutto sulle quote di partecipazione nelle società personali è ancor oggi alquanto controversa. Due sono le questioni sulle quali si appunta la discussione: innanzi tutto la natura giuridica da attribuire alla quota sociale, cui si ricollega un'accesa diatriba circa l'ammissibilità o meno di costituire un diritto di usufrutto; la seconda riguarda l'esercizio dei diritti societari connessi ad una quota sociale gravata di usufrutto.

In questo scenario, quasi assente è il ruolo assunto dalla giurisprudenza. Un'eccezione è costituita da una sentenza del Tribunale di Trento¹, il quale ha recentemente espresso parere favorevole riguardo alla possibilità di costituire un diritto di usufrutto sulle quote di partecipazione nelle società personali, senza peraltro fornire, nel caso di specie, alcuna indicazione sulle modalità di esercizio dei diritti e degli obblighi da parte del nudo proprietario e dell'usufruttuario. Ciò a riprova di quanto il problema sia piuttosto complesso e lungi dall'aver raggiunto una soluzione definitiva.

Due sono gli obiettivi del presente lavoro: primo, dimostrare la piena ammissibilità dell'istituto dell'usufrutto sulle quote di partecipazione nelle società in nome collettivo; secondo, esprimere il nostro parere riguardo all'attribuzione dei diritti e dei doveri ai due soggetti interessati (nudo proprietario e usufruttuario).

NATURA DELLA QUOTA SOCIALE ED AMMISSIBILITÀ DEL DIRITTO D'USUFRUTTO

Molteplici sono i significati attribuibili ad una quota sociale. In termini aritmetici essa identifica la misura della proporzione del conferimento nei confronti degli altri soci; in termini economici essa esprime il valore, cioè l'entità di tale partecipazione nei confronti dei soci stessi e della società; in termini giuridici, ed è quello che più interessa in questa sede, essa consiste in una somma di rapporti sociali scaturenti, direttamente o indirettamente, dal contratto sociale². E ancora, essa consta nello *status* di socio che un

soggetto acquista con la stipula di un contratto di società, da cui deriva una serie di diritti e di obblighi connessi alla partecipazione sociale³. In poche parole, essa esprime la posizione contrattuale facente capo al socio e derivante dal contratto di società⁴.

La giurisprudenza qualifica la quota di partecipazione nelle s.r.l. come un bene immateriale equiparabile, ex art. 812 c.c., alla categoria dei beni mobili materiali non iscritti nei pubblici registri. Nulla rileva, al riguardo, la natura cartolare del titolo azionario, di fatto insussistente nel caso della quota in s.r.l.. Dette qualificazione ed equiparazione consentono di applicare alla quota in s.r.l. la disciplina legislativa prevista per quest'ultima categoria di beni⁵. Poiché la natura della quota sociale non è difforme nei diversi tipi di società, siano esse di capitali che di persone, qualificare la quota sociale in s.r.l. come *res immaterialis* significa riconoscere tale attributo anche alla quota sociale in s.n.c.. E' quindi applicabile, anche a detta quota, la normativa prevista per i beni mobili materiali non iscritti nei pubblici registri; da ciò discende che anche la quota di partecipazione in s.n.c. può costituire oggetto di un diritto di usufrutto⁶.

IDIRITTI SOCIETARI

Opinione degli autori

Notevoli sono le osservazioni che si possono fare sull'argomento; la nostra attenzione si è limitata solo ad alcuni punti, per noi significativi.

Criteri di ripartizione

In primis è doveroso soffermarsi sui criteri con cui i diritti e gli obblighi devono essere attribuiti al nudo proprietario ed all'usufruttuario: dato, infatti, il silenzio del legislatore, la questione va risolta in primo luogo attraverso l'autonomia negoziale, ovvero tramite il libero accordo tra le parti. Solo nel caso in cui queste ultime nulla dicano, si applicano gli artt. 978 e s.s. e l'art. 2352 c.c., ove non contrastino con la normativa civilistica prevista per le società personali. E' appunto entro tal ultima fattispecie che si inserisce la disamina degli aspetti trattati nel prosieguo della lettura.

La qualifica di socio

Il contratto di società ex art. 2247 c.c. fa assumere, a chi lo stipula, lo *status* di socio, ovvero gli fa acquisire una serie di obblighi tra i quali quello del conferimento. L'art. 2291 c.c. impone in capo ai soci di s.n.c. la responsabilità solidale ed illimitata per le obbligazioni sociali e prevede l'inefficacia verso i terzi di qualsiasi patto

¹ Tribunale di Trento 14 gennaio 1997 (decr.) Pres. Palestra - Rel. Giuliani - Ric. Grisotto s.n.c., in *Le Società* n.8/97, IPSOA ed.

² Pagliani, in *Le Società* op.cit.

³ Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1950.

⁴ Santini, *Le società a responsabilità limitata* in Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1984.

⁵ Cass. 12 dicembre 1986 n. 7409 Sez. 3.

⁶ In senso contrario Venezian, *Dell'Usufrutto nel Trattato del Fiore*, Torino, 1913, II.

contrario. Infine l'art. 2301 c.c. disciplina il divieto di concorrenza. Poiché l'usufrutto è istituito con atto diverso dal contratto di società, l'usufruttuario non assume la qualifica di socio; ovvero al medesimo non è imposto alcun obbligo di conferimento⁷ ed alcun limite alla libera concorrenza; egli inoltre non assume alcuna responsabilità⁸ solidale e illimitata verso i terzi. Questi oneri permangono, invece, in capo al nudo proprietario⁹.

Opponibilità del diritto di usufrutto

Il diritto di usufrutto deve essere menzionato nei patti sociali, affinché possa essere opposto alla società ed ai soci, in analogia all'iscrizione nel libro dei soci prevista per le società di capitali. La costituzione di un usufrutto costituisce quindi una modifica statutaria; essa perciò necessita del consenso unanime di tutti i soci, salvo patto contrario, ex art. 2252 c.c.

Diritto agli utili

All'usufruttuario spetta il diritto agli utili dopo l'approvazione del rendiconto ex art. 2262 c.c.; sono, però, a suo carico, ex art. 1008 c.c., tutte le imposte gravanti sulla somma che gli compete.

Due precisazioni si possono fare in merito: innanzi tutto il diritto agli utili trova un limite qualora l'assemblea decida di destinare il risultato della gestione ad una riserva. Si tratta comunque solo di un rinvio temporale dell'incasso, in quanto l'usufruttuario matura, sulla parte corrispondente della riserva che accede alla quota sociale e che ne accresce il valore, un diritto da far valere in caso di scioglimento della società, sia che l'evento abbia luogo durante l'usufrutto, sia che esso si verifichi in un momento successivo¹⁰. Così pure spetta all'usufruttuario la frazione di reddito corrispondente all'incremento della quota di partecipazione agli utili attribuita al socio-nudo proprietario in un momento successivo alla costituzione dell'usufrutto, ex art. 983 c.c..

Diritto di voto

Poiché all'usufruttuario compete l'amministrazione della cosa, ex art. 1004 c.c., a lui spettano, senz'altro, il diritto di partecipare a tutte le assemblee e quello di voto per ogni delibera, indipendentemente dall'oggetto della discussione¹¹. Nei casi in cui si modifichi il contratto sociale è necessario il consenso di tutti i soci, e quindi anche quello del nudo proprietario, salvo patto contrario, ex art. 2252 c.c..

Potere di amministrazione

Qualora l'usufrutto sia costituito su di una quota sociale in s.n.c., il cui nudo proprietario sia anche amministratore ed eventualmente rappresentante della società, entrambi questi poteri sono mantenuti in capo al nudo proprietario. L'usufruttuario ha solamente il diritto di avere notizia dello svolgimento degli affari sociali, quello di consultare i documenti relativi all'amministrazione e quello di ottenere il rendiconto,¹² ex art. 2261 c.c.. Soltanto nel caso in cui l'atto costitutivo non vieti espressamente la possibilità di affidare l'amministrazione e la rappresentanza ai terzi non soci, tali poteri possono essere attribuiti all'usufruttuario in base un apposi-

to atto distinto, ed indipendente, da quello con cui è stato costituito il diritto di usufrutto. In questa situazione i diritti di cui all'art. 2261 c.c. spettano al nudo proprietario. Ancora una precisazione: l'attribuzione dell'amministrazione e della rappresentanza all'usufruttuario non contrasta con l'*intuitus personae* caratterizzante la società di persone; parti della dottrina¹³ e della giurisprudenza¹⁴ ammettono infatti, in questo tipo di società, la figura dell'amministratore non socio.

Liquidazione delle quote

In caso di liquidazione della quota si applica l'art. 1000 c.c.: per la riscossione della somma necessita il concorso del nudo proprietario e dell'usufruttuario. Il capitale deve poi essere investito in modo fruttifero e su di esso si trasferisce l'usufrutto.

Limiti al diritto di usufrutto

Il nostro ordinamento pone dei limiti all'usufruttuario nell'esercizio del proprio diritto: innanzi tutto il rispetto della destinazione economica della cosa inteso come il rispetto dell'integrità fisica ed economica, ma soprattutto il rispetto della funzione cui il bene è stato adibito dal proprietario. A ciò si aggiunge la diligenza del buon padre di famiglia, ex art. 1001 c.c., ovvero l'usufruttuario deve restituire il bene integro non solo nella sostanza, ma anche nella sua capacità di reddito e di godimento. A questi limiti corrisponde il diritto del nudo proprietario di chiedere la decadenza dell'usufrutto per abuso, di cui all'art. 1015 c.c., oltre al risarcimento dei danni. Tale diritto spetta quindi al socio qualora l'usufruttuario, nell'esercizio dei diritti sociali, agisca contro i suoi interessi. Inoltre, in virtù dell'art. 1394 c.c., la società può chiedere l'annullamento degli atti compiuti dall'usufruttuario nel solo caso, però, in cui egli agisca in qualità di amministratore e rappresentante. L'unica condizione posta è che il conflitto sia conosciuto o riconoscibile dal terzo contraente; in caso contrario, il rappresentante è comunque tenuto al risarcimento del danno, anche se solo potenziale.

Diritto di recesso

Compete senz'altro al nudo proprietario il diritto di recesso, poiché a lui appartiene la disposizione della quota.

CONCLUSIONE

La presenza di un diritto di usufrutto su di una quota di partecipazione in s.n.c. priva quasi totalmente il nudo proprietario dei relativi diritti connessi, mentre mantiene inalterati gli obblighi derivanti dal contratto di società. In cambio gli sono attribuiti degli strumenti di difesa da eventuali abusi da parte dell'usufruttuario, seppur limitati. Come anticipato all'inizio, la questione è alquanto complessa: ciò spiega il motivo per cui essa costituisce una problematica avente prevalentemente carattere dottrinale e scarsa applicazione pratica.

⁷ Si precisa che nel caso in cui il nudo proprietario non adempia, l'onere del conferimento ricade sull'usufruttuario salvo il suo diritto alla restituzione di quanto versato in analogia all'art. 2352 c.c..

⁸ Per quanto riguarda la responsabilità dell'usufruttuario si rinvia al paragrafo "limiti al diritto di usufrutto".

⁹ In senso contrario Pavone La Rosa, *Usufrutto di quota sociale in s.n.c.* in Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania, il quale riconosce ad entrambi, nudo proprietario ed usufruttuario, la qualifica di socio e quindi attribuisce anche all'usufruttuario la responsabilità personale. Gradassi, in particolare, sostiene che, una volta costituito l'usufrutto, si applichi all'usufruttuario la disposizione relativa alla responsabilità del nuovo socio: egli risponde pertanto anche delle obbligazioni sociali anteriori alla costituzione del suo diritto.

¹⁰ Venezian in *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, II, Torino, 1913 sostiene invece che la porzione di reddito sottratta al riparto sia esclusa dal concetto di reddito, e che, in qualsiasi tempo, ne sia preclusa l'appropriazione da parte dell'usufruttuario. Detta esclusione opererebbe solamente per le riserve statutarie.

¹¹ In senso contrario Graziani in *Diritto delle società*, Napoli, 1963, secondo il quale il diritto di voto è un'esclusiva del socio nelle delibere in cui la responsabilità illimitata può essere gravemente coinvolta, ad es. in caso di proroga della società.

¹² In senso contrario Ferri, *Le società*, il quale riconosce all'usufruttuario solo i diritti patrimoniali, ma gli nega qualsiasi potere sociale eccetto in caso di specifici accordi con gli altri soci.

¹³ Campobasso in *Diritto commerciale 2 - Diritto delle società*, UTET; Ferrara - Corsi in *Gli imprenditori e le società* IX ed. GIUFFRÈ ed. 1994; Libonati *L'amministratore non socio di società in nome collettivo*, in Riv. dir. comm., 1965.

¹⁴ App. Bari 1 febbraio 1960, Trib. Roma 4 maggio 1968.



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

L'INSERTO

BORSE DI STUDIO 1999

Pagina 3	INGE BISINELLA	<u>"La cambiale finanziaria"</u>
Pagina 7	ERIKA MORO	<u>"Il bilancio e le deroghe in casi eccezionali"</u>
Pagina 10	ALESSANDRO BAMPO	<u>"Riporto delle perdite nel reddito d'impresa"</u>
Pagina 15	LUCA RIGOTTI	<u>"Il fondo patrimoniale. Possibile strumento di tutela per il professionista?"</u>
Pagina 18	MICHELA MARRONE	<u>"I patti parasociali nella riforma Draghi"</u>
Pagina 22	LUCA CAMPANA MICHELA REGINATO	<u>"Usufrutto di quota sociale nelle società in nome collettivo"</u>