



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale
in Amministrazione Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

I riflessi civilistici e fiscali della trasformazione eterogenea

Relatore

Ch. Prof. Maurizio Interdonato

Laureando

Giovanni Battista Toffoli

Matricola 866501

Anno Accademico

2021/2022

Felice di aver raggiunto questo traguardo, desidero ringraziare dal profondo del mio cuore tutta la mia famiglia, i miei amici e i miei parenti.

Grazie a mia mamma Rosanna, a mio papà Maurizio e a mia sorella Elena, che mi hanno sempre sostenuto in ogni mia scelta, aiutato con ogni loro possibilità e supportato nei momenti di bisogno.

Grazie a Francesca, che mi ha sempre ispirato e aiutato durante questo percorso universitario e con la quale desidero condividere molte altre esperienze e futuri successi.

Grazie al Prof. Interdonato, che durante le sue lezioni mi ha trasmesso la passione per questa materia, permettendomi di approfondirne lo studio.

Indice

Introduzione	5
1 Evoluzione e inquadramento normativo delle trasformazioni societarie	8
1.1 Codice di commercio 1882	8
1.2 Dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942	10
1.3 Riforma del nuovo diritto societario (D.Lgs. 6/2003)	14
1.3.1 Continuazione dei rapporti giuridici	15
1.3.2 Trasformazione durante una procedura concorsuale	17
1.3.3 Pubblicità ed efficacia dell'atto di trasformazione	17
1.3.4 Quorum di maggioranza per la trasformazione.....	18
1.3.5 Benefici spettanti al socio d'opera	18
1.3.6 Il potere dei soci con responsabilità illimitata	18
1.3.7 Trasformazione eterogenea.....	19
1.4 Evoluzione della trasformazione eterogenea.....	19
2 La trasformazione eterogenea nella normativa civilistica	22
2.1 Disciplina civilistica delle trasformazioni eterogenee nella riforma del D.Lgs. 6/2003.	22
2.1.1 La forma, il contenuto, la pubblicità e gli effetti conseguenti le trasformazioni	24
2.1.2 Il ruolo dei creditori nelle trasformazioni eterogenee	25
2.2 Art. 2500 septies c.c.: La trasformazione eterogenea da società di capitali.....	27
2.3 Art. 2500 octies c.c.: La trasformazione eterogenea in società di capitali.....	30
2.4 Le principali tipologie di trasformazione eterogenea. Caratteristiche e criticità	34
2.4.1 La comunione di azienda	35
2.4.2 La fondazione	36
2.4.3 L'associazione	38
2.4.4 Le società cooperative	39
2.4.5 La trasformazione dei consorzi e delle società consortili	41

3 La trasformazione eterogenea nella normativa fiscale	43
3.1 Art. 170 TUIR: La trasformazione omogenea delle società	43
3.2 Art. 171 TUIR: La trasformazione eterogenea delle società	46
3.3 La neutralità fiscale nelle trasformazioni eterogenee.....	49
3.4 La trasformazione delle società semplici (in società commerciali e viceversa)	51
3.5 La trasformazione eterogenea regressiva	53
3.5.1 Il regime dei beni di impresa	54
3.5.2 Il passaggio a un diverso regime fiscale dei beni dell'impresa	56
3.5.3 Il valore normale dei beni nella trasformazione.....	58
3.5.4 Il trattamento delle perdite societarie dopo la trasformazione eterogenea regressiva	58
3.5.5 Le riserve di utili nella trasformazione eterogenea regressiva.....	59
3.5.6 I limiti degli enti non commerciali a seguito della trasformazione eterogenea regressiva	60
3.6 La trasformazione eterogenea progressiva.....	62
3.6.1 Caratteristiche principali del conferimento dei beni in società	62
3.6.2 Gli effetti a livello impositivo della trasformazione eterogenea	64
3.6.3 Il calcolo dei valori tassabili	65
3.7 Il trattamento delle partecipazioni societarie di un ente non commerciale	66
3.7.1 Le partecipazioni societarie detenute da una fondazione	66
3.7.2 Il trasferimento delle partecipazioni di una fondazione dalla sfera istituzionale alla sfera commerciale.....	68
4 Fusione e Scissione eterogenea	70
4.1 Il procedimento di fusione omogenea	72
4.1.1 Documentazione dell'organo amministrativo	73
4.2 La scissione omogenea e la fusione e scissione eterogenea.....	77

4.3 Fusione e scissione eterogenea delle società cooperative	78
4.3.1 Il rapporto di cambio nelle società cooperative	82
4.3.2 Ultime considerazioni sulla disciplina della fusione o scissione eterogenea di società cooperative.....	83
4.4 Aspetti fiscali della fusione e scissione eterogenea	84
4.4.1 Art. 172 del TUIR: La fusione	85
4.4.2 Art. 173 del TUIR: La scissione	87
4.5 Fusione per incorporazione di una società di capitali da parte di un ente non commerciale	88
Conclusioni	90
Bibliografia	94
Riferimenti giurisprudenziali	99
Riferimenti di Prassi	100

Introduzione

Nell'ambito delle trasformazioni societarie, esiste una particolare tipologia di trasformazione, chiamata eterogenea, che accompagna la più conosciuta trasformazione omogenea. Questa disciplina, in generale, consiste nella possibilità, in capo a ogni società, di mutare la propria forma giuridica e, dunque, la tipologia di appartenenza. Questo mutamento, tecnicamente, avviene attraverso la modificazione dell'atto costitutivo della società ed è reso possibile attraverso una delibera, seguendo le maggioranze richieste dal tipo di società, da parte dei soci della società. Particolare attenzione va posta quando una società decide di trasformarsi, poiché nulla viene creato e nulla viene distrutto. La trasformazione, infatti, non comporta né la nascita di una nuova società né alcuna estinzione della società che decide di intraprendere questo percorso, bensì comporta la continuazione della stessa, semplicemente con una veste giuridica differente. La conseguenza più importante che deriva da questa tipologia di operazione è il trasferimento automatico del patrimonio nella nuova società. La motivazione che spinge una società a intraprendere questo percorso è del tutto facoltativa ed è una decisione che, solitamente, viene presa dagli amministratori della società per motivi di carattere gestionale o per esigenze di tipo particolare, quali, ad esempio, aumentare le proprie fonti di finanziamento. In alcuni casi, però, la trasformazione risulta essere l'unica alternativa valida per evitare lo scioglimento o la liquidazione della società, come nella situazione in cui, ad esempio, a causa di rilevanti perdite, il capitale sociale scende al di sotto del limite minimo imposto per quella tipologia di società. Come è stato accennato anche in precedenza, la trasformazione, che rientra all'interno della macrocategoria delle operazioni straordinarie, si suddivide in due grandi tipologie. La prima tipologia è la trasformazione omogenea, la quale ricomprende tutte le trasformazioni tra società con scopo di lucro, quali società di capitali e società di persone. L'altra tipologia è la trasformazione eterogenea, che ho scelto di approfondire all'interno di questo elaborato e che ammette le trasformazioni tra due tipologie di enti con scopi assai differenti, ovvero tra enti con scopo di lucro ed enti senza scopo di lucro. All'interno della prima categoria vi rientrano tutte le tipologie di società che vengono disciplinate dalla fattispecie omogenea. Nella seconda, invece, vi rientrano tutti quegli enti il cui scopo principale non è quello riconducibile alla logica di profitto, bensì quello di avere delle

finalità vocatamente solidaristiche con il divieto assoluto di distribuire gli eventuali utili ai soci. Tuttavia, è ammessa un'eventuale attività commerciale che deve, però, avvenire in misura inferiore rispetto all'attività principale e, comunque, deve essere funzionale al conseguimento degli scopi sociali. Il nostro ordinamento, fino a un paio di decenni fa, ammetteva solamente la prima tipologia di trasformazioni (quella omogenea) ma, con la riforma del diritto societario, avvenuta agli inizi degli anni Duemila, la disciplina è stata estesa anche agli enti con finalità profondamente differenti tra loro.

L'obbiettivo di tale elaborato è quello di cercare di individuare quanto il legislatore dispone in merito alla disciplina della trasformazione eterogenea, esponendo quelle che sono le problematiche irrisolte e, nel concreto, se e in che modo queste siano state risolte. In particolare, si desidera, con questo elaborato, comprendere anche come vengono risolte alcune fattispecie peculiari, quali, ad esempio, la valorizzazione dei beni in una trasformazione eterogenea o l'assegnazione delle quote risultanti da una operazione di trasformazione da fondazione a società di capitali. Inoltre, potendo estendersi l'eterogeneità della trasformazione anche ad altre operazioni straordinarie, quali fusione e scissione, le quali non sono espressamente previste all'interno dell'attuale disciplina, viene analizzato anche il dibattito fra la dottrina e la giurisprudenza, così da comprendere più attentamente quale sia il percorso oggi condiviso dalla maggioranza.

Nel primo capitolo viene fornito un quadro generale in merito alla disciplina delle trasformazioni. In particolare, viene analizzata l'evoluzione di tale disciplina nel corso del tempo, partendo dal Codice di commercio del 1882, fino a giungere all'analisi dell'attuale disciplina, ovvero il D. lgs. 6/2003, che ha riformato il diritto societario.

Successivamente, nel secondo capitolo, viene analizzata la disciplina civilistica, che è attualmente in vigore. In questo modo è, quindi, possibile sia chiarire l'ambito di applicazione, sia evidenziare le tutele per i soggetti che sono coinvolti e la procedura necessaria per effettuare la trasformazione. Infine, il capitolo si conclude con lo studio dettagliato delle differenti fattispecie di trasformazione eterogenea, senza trascurare le eventuali criticità che sono emerse e che possono emergere.

Il terzo capitolo affronta dettagliatamente l'operazione di trasformazione eterogenea dal punto di vista della disciplina fiscale, evidenziando le caratteristiche che la contraddistinguono dalla

disciplina civilistica. Inoltre, siccome la trasformazione può essere sia progressiva (il passaggio avviene da un ente non commerciale a uno commerciale) che regressiva (il passaggio avviene da un ente commerciale a uno non commerciale), si cerca di analizzare le due discipline e le differenze che le caratterizzano così da poter svolgere delle considerazioni il più complete possibili in merito all'argomento trattato. Nel corso del capitolo viene affrontato anche il regime dei beni di impresa, la relativa tassazione e il loro effetto a seguito di una trasformazione eterogenea. Un ultimo aspetto, ma non per importanza, che viene analizzato dal punto di vista fiscale riguarda un particolare caso in cui un ente non commerciale detiene delle partecipazioni societarie.

Nel quarto capitolo sono espone le fusioni e le scissioni eterogenee. Queste appartengono alla categoria delle operazioni straordinarie, rappresentando, però, una modalità più veloce e agile di effettuare delle aggregazioni (nel caso della fusione) o delle disaggregazioni (nel caso della scissione) tra enti di tipologia differente tra loro, inclusi pure quelli il cui scopo non è lucrativo. Nel corso del capitolo, innanzitutto, sono analizzati gli articoli del Codice civile che disciplinano la fusione e la scissione omogenea, nello specifico, dall'art. 2501 all'articolo 2506. In seguito, siccome sono state fornite molteplici interpretazioni in merito all'ammissibilità o meno della fattispecie eterogenea a questo tipo di operazione, in questo capitolo vengono illustrate le motivazioni che hanno condotto a considerare anche questa fattispecie all'interno delle operazioni straordinarie. In aggiunta, viene esposta anche una particolare tipologia di fusione e scissione eterogenea riguardante una società cooperativa. Infine, viene approfondita l'operazione di fusione e scissione eterogenea sotto l'aspetto fiscale, ponendo particolare attenzione a ciò che viene previsto nel Testo Unico delle Imposte sui Redditi.

1 Evoluzione e inquadramento normativo delle trasformazioni societarie

1.1 Codice di commercio 1882

La fattispecie della trasformazione, sia nei codici preunitari sia nel Codice di commercio del 1865, non era contemplata, in quanto era un fenomeno fino ad allora sconosciuto. Tuttavia, nel Codice di commercio del 1882, pur non prevedendo e disciplinando il fenomeno, codificava “la facoltà di variare o modificare la specie della società”¹.

Conseguentemente sorgevano dei dubbi e degli interrogativi circa la possibilità di modificare il tipo di società, mantenendo inalterata l'identità del rapporto societario (ovvero conservando in vita la società stessa).

Nel tempo la giurisprudenza ha preso diverse posizioni rispetto al fenomeno della trasformazione e, per tale motivo, si cercherà di fare chiarezza attraverso l'esposizione di alcune pronunce, siano esse favorevoli che contrarie.

La mancanza di una disciplina specifica nel Codice di commercio del 1882 aveva dato origine a diverse interpretazioni, in particolare sotto l'aspetto fiscale, su come dovesse considerarsi la trasformazione.

Un filone della giurisprudenza credeva che la trasformazione comportasse l'estinzione della società e la contestuale creazione di una nuova società trasformata. Un altro filone la qualificava come una semplice modificazione della società.

Con la sentenza 17 ottobre 1904, la Cassazione di Roma decretava che “la trasformazione di una società in accomandita per azioni in società anonima, specialmente quando vengono conservati lo scopo e l'oggetto della società, il capitale, la sede e le stesse azioni, non è soggetta alla tassa proporzionale di registro stabilita per la costituzione di società, essa è soltanto soggetta a quella fissa che colpisce la modificazione di statuti sociali”.

¹ Art. 108 cod. comm. 1882: “La maggioranza dei soci, se non vi è stipulazione in contrario, non ha facoltà di variare o modificare la specie della società...”. Si noti come il già menzionato articolo con l'inciso “se non vi è stipulazione in contrario” ha di fatto reso possibile cambiare la veste giuridica di una società in concordanza al principio di autonomia privata.

Questa decisione della Cassazione si basa su quella che era la volontà dei soci, ovvero “i soci null’altro vollero se non modificare l’atto costitutivo”.

Analogamente, un’altra sentenza della Corte di Appello di Torino del 13 marzo 1906 affermò che “la trasformazione di società in accomandita per azioni in anonima non importa costituzione di una nuova società e perciò è validamente deliberata con la maggioranza stabilita dall’art. 158 codice del commercio² per le modificazioni statutarie”.

La maggior parte dei tribunali d’Italia affrontò, nel primo decennio del Novecento, il problema solamente sotto l’aspetto fiscale, trascurando un altro aspetto assai importante, ovvero gli effetti che una trasformazione comporta sotto il profilo civilistico. Questi ultimi effetti derivavano dal diverso codice organizzativo che veniva adottato per sostituire quello precedentemente scelto.

Il filone opposto, invece, sostenne che, in presenza di una trasformazione, il vecchio soggetto giuridico doveva necessariamente estinguersi per poter lasciar spazio al nuovo. Si decretò, quindi, che la trasformazione societaria comportasse il necessario scioglimento della società esistente per dar spazio alla costituzione della nuova società in conformità al codice organizzativo prescelto³

Con la sentenza 11 giugno 1911, la cassazione di Roma rilevava che non è sufficiente la volontà dei soci per mantenere immutata l’identità del rapporto sociale, seppure questa avvenisse attraverso una deliberazione assembleare, ancorché all’unanimità. Nella motivazione della cassazione emerse che “non è possibile che la trasformazione di una società in altra vengasi ad estinguere quella precedente e, sulla vestigia di essa, a costituire una nuova società, la quale, indipendentemente dalla volontà dei soci, assume perciò, natura e personalità diversa dalla società, che viene contemporaneamente a cessare”.

² “... è sempre necessaria la presenza di tanti soci che rappresentino i tre quarti del capitale sociale, ed il voto favorevole di tanti soci intervenuti che rappresentino almeno la metà del capitale medesimo...”.

³ Art. 76 cod. comm. “Le società commerciali hanno per oggetto uno o più atti di commercio e si distinguono nelle specie seguenti: 1. La società in nome collettivo, nella quale le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci; 2. La società in accomandita, nella quale le obbligazioni sociali sono garantite dalla responsabilità illimitata e solidale di uno o più soci accomandatari e dalla responsabilità di uno o più soci accomandanti limitata ad una somma determinata che può anche essere rappresentata da azioni; 3. La società anonima, nella quale le obbligazioni sociali sono garantite soltanto limitatamente ad un determinato capitale, e ciascun socio non è obbligato che per la sua quota o per la sua azione”.

Da ciò i giudici conclusero affermando che “non è possibile concepire che una società, costituita con una forma, che è la sua ragione essenziale di esistenza, possa in seguito assumere un’altra forma, e conservare nello stesso tempo l’antica personalità giuridica; ma deve questa necessariamente ritenersi estinta, nonostante qualsiasi dichiarazione di volontà contraria dei soci, ai quali non è dato dalla legge quel contraddittorio potere di mantenere in vita l’ente collettivo, che si è col fatto disciolto”.

Questo orientamento giurisprudenziale, fece sì che ai fini fiscali l’imposta di registro fosse applicata nella misura proporzionale e non fissa, in quanto negando la trasformazione veniva considerata costitutiva. Ovviamente l’amministrazione finanziaria fu a favore di quest’ultima soluzione, poiché comportava oneri fiscali assai più elevati.

A tal proposito, la legge del 23 aprile 1911, n. 509 istituì, per le trasformazioni di società, una tassa diversa, non più proporzionale, ma fissa, da quelle stabilite dagli art. 77 e 78 della tariffa sulle tasse di registro e codificò per la prima volta il termine “trasformazione”⁴.

Il legislatore fiscale prevede questo regime di tassazione fissa per tutte le tipologie di trasformazioni, ad eccezione di quelle da società cooperativa in altra tipologia di società. Per quest’ultima eccezione il legislatore volle applicare la tassa di registro in modo proporzionale, come se fosse una nuova costituzione, per poter garantire una giustizia fiscale evitando facili frodi.

1.2 Dal Codice di commercio del 1882 al Codice civile del 1942

Con l’istituzione del Codice civile nel 1942 si introdusse una grande novità a livello normativo, ovvero il riconoscimento legislativo della trasformazione societaria. Nel nuovo codice venne disciplinata agli art. 2498, 2499 e 2500. Questo istituto inizialmente fu pensato esclusivamente per le società anche se, all’art. 28 del Codice civile, venne data la possibilità di trasformazione anche alle fondazioni, solo qualora lo scopo si fosse esaurito, o fosse divenuto impossibile o di scarsa utilità il loro obiettivo.

⁴ L. 20 maggio 1897, sulle tasse di registro, tariffa art. 77, 78.

Quest'ultima ipotesi di trasformazione non ha nulla a che vedere con le trasformazioni delle società in quanto nelle trasformazioni delle fondazioni avviene solo il mutamento dello scopo; inoltre l'art. 13 c.c. poneva una distinzione marcata tra la disciplina delle persone giuridiche diverse dalle società e quella delle società.

La distinzione fondamentale, dunque, è che nelle società la trasformazione incide sull'organizzazione, mentre nelle fondazioni la trasformazione si limita allo scopo. Entrambe hanno però in comune che non vi è l'estinzione di un soggetto e la creazione di uno nuovo, ma si verifica una prosecuzione senza soluzione di continuità.

L'obiettivo dell'istituto della trasformazione era proprio quello di poter adeguare l'organizzazione dell'impresa con immediatezza per poter far fronte alle nuove esigenze dell'impresa stessa e del mercato. In un momento successivo rispetto a quello della costituzione della vita della società, i soci avrebbero avuto la possibilità di servirsi di un tipo sociale diverso, al fine di potersi adattare alle nuove esigenze. Come previsto dall'art. 2498 del Codice civile la società alla conclusione della trasformazione "conserva tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione". Così facendo la trasformazione stessa non avrebbe mai potuto causare la sua estinzione.

La normativa codicistica del 1942 in tema di trasformazione non è tutta racchiusa negli articoli sopra citati, ma è racchiusa anche all'interno del libro V. In particolare, l'art. 2347 c.c. disponeva che "i soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo di società" avevano diritto di recesso. Questo articolo non poteva che fare riferimento alla trasformazione di una società per azioni o nella trasformazione in società in nome collettivo o in accomandita semplice. Ciò significa che tale articolo riguardava proprio quei tipi di trasformazione non menzionati esplicitamente dall'art. 2498. L'ambito di applicazione della trasformazione, quindi, coinvolge tutti i tipi di società.

La norma dell'art. 2498 c.c. non "definisce" la trasformazione, ma disciplina le tipologie di trasformazione che comportano l'acquisto della personalità giuridica. La norma lascia quindi intendere, implicitamente, la possibilità di assumere trasformazioni non direttamente contemplate. Questa ipotesi ha fatto subito nascere delle discussioni, con particolare riferimento alla legittimità della trasformazione da società lucrative in cooperative o viceversa.

Un filone della dottrina sosteneva la possibilità per questa fattispecie di trasformazione invocando l'art. 2537⁵ c.c. che, rimandando all'art. 2436⁶ c.c. per le modificazioni dell'atto costitutivo della cooperativa, implicitamente ammetteva anche la trasformazione della società stessa. La stessa parte della dottrina si domandava, poi, se fosse bastata "la delibera dell'assemblea a maggioranza qualificata, ovvero se occorresse l'unanimità, trattandosi di rinuncia a un diritto individuale del socio a che la società non muti il suo oggetto mutualistico in oggetto capitalistico o lucrativo".

L'altro filone della dottrina evidenziava, invece, una grande differenza tra la causa mutualistica e quella lucrativa, in quanto la disciplina delle società lucrative, essendo ricompresa all'interno dell'istituto della trasformazione, escludeva a priori la trasformabilità delle società a causa mutualistica.

Questo scontro dottrinale trovò in parte la sua soluzione con l'entrata in vigore della legge n. 127 del 17 febbraio 1971. Essa portò, oltre che a varie modifiche nella disciplina della cooperativa, al divieto espresso per le società cooperative di trasformarsi in società ordinarie anche se la deliberazione fosse avvenuta all'unanimità. Quest'intervento legislativo non risolse il dubbio circa la possibilità o meno della trasformazione delle società lucrative in società cooperative.

Secondo alcuni questa tipologia di trasformazione non sarebbe stata possibile o perché avrebbe fatto modificare l'elemento causale del negozio di società o perché lo scopo principale di una società cooperativa e lucrativa sarebbe stato profondamente differente. Certamente anche l'attività a scopo mutualistico può avere l'obiettivo di produrre utili, ma questo non è il suo fine ultimo bensì un'eventualità.

Con la legge n. 377 del 10 maggio 1976 è stata introdotta, all'interno del libro V, la disciplina delle società consortili, relativamente alla quale sono emerse diverse problematiche: la prima ha riguardato la possibilità per un consorzio nel trasformarsi in società consortile e la seconda ha riguardato la possibilità per le società lucrative di trasformarsi in società consortili e viceversa. La dottrina ha appoggiato i sopra citati dubbi, poiché il legislatore, avendo previsto

⁵ Il testo previgente del primo comma dell'art. 2537 cod. civ. così recitava: "Alle deliberazioni che importano modificazioni dell'atto costitutivo si applicano le disposizioni dell'art. 2436".

⁶ Il testo previgente del primo comma dell'art. 2436 cod. civ. così recitava: "Le deliberazioni che importano modificazioni dell'atto costitutivo devono essere depositate e iscritte a norma del primo, secondo e terzo comma dell'art. 2411".

diversi schemi contrattuali per il raggiungimento del medesimo scopo, conferiva loro la possibilità di trasformazione.

Con l'emanazione delle leggi n. 91/1981 e n.81/1991, che hanno disciplinato i rapporti tra le società sportive e gli atleti, è stata ammessa la trasformazione delle associazioni in società solo se all'interno dello statuto ci fosse stata un'esplicita clausola di divieto di distribuzione degli utili.

Con una raccomandazione del 7 dicembre 1994 la commissione dell'Unione Europea invitò gli stati membri a "prevedere un diritto di trasformazione delle imprese, in virtù del quale queste possano passare – nel rispetto dei diritti dei terzi e dei soci – da una forma giuridica a un'altra senza che sia necessaria la dissoluzione dell'impresa e la costituzione di un nuovo soggetto".

L'inciso "nel rispetto dei diritti dei terzi e dei soci" ha alimentato alcune preoccupazioni, in particolare, riguardo le trasformazioni non espressamente disciplinate dal legislatore che avrebbero potuto ledere l'interesse dei creditori. Da qui si ricava la non ammissibilità delle trasformazioni in società individuali e viceversa, poiché si uscirebbe dallo schema definito dall'art. 2247 del Codice civile⁷. A rafforzare questa tesi ci sono state delle pronunce giurisprudenziali che hanno presupposto "lo scioglimento del preesistente rapporto societario, con il conseguente soddisfacimento dei creditori sociali e l'assegnazione dei beni ai soci".

Il codice del 1942 ha fatto sorgere, in capo alla dottrina e non solo, delle perplessità anche riguardo a particolari casi di possibile trasformazione e che vengono trattati di seguito.

L'art. 2249 c.c. esclude esplicitamente la possibilità di passaggio dalla comunione di società a quella di società. Ma nel caso di continuazione di un'azienda del de cuius da parte dei suoi eredi questo non è possibile, perché non sarebbe una semplice trasformazione, ma sarebbe una costituzione ex novo di una nuova società.

Sono emersi dei dubbi anche riguardo l'ammissibilità della trasformazione di una società commerciale in una semplice e viceversa. Vedendo però ledere l'art. 2270 c.c., che prevede il

⁷ Art. 2247 Cod. civ.: "Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili."

diritto dei creditori di soddisfarsi non solo sui beni del patrimonio personale ma anche su quello sociale, questa ammissibilità non è stata concessa.

Infine, per risolvere i dubbi dottrinali in merito alla possibilità o meno per le società agricole di fatto e le comunioni tacite familiari di trasformarsi, è intervenuto il legislatore con il decreto-legge n.79/1997 convertito poi nella legge n.140 del 28 maggio 1997. Tale legge ha ufficialmente riconosciuto a questi soggetti, esistenti alla data del 1° gennaio 1997, la possibilità di trasformarsi in imprese individuali.

Come si può comprendere, nel corso del tempo ci si è resi conto che il testo così disciplinato non era più adeguato all'assetto societario del momento e alle esigenze del sistema economico. Era quindi necessario un intervento del legislatore per porre rimedio alle innumerevoli interpretazioni discordanti e ad una giurisprudenza spesso non coesa. Così si decise di dare vita a un nuovo diritto societario, riformando la disciplina in modo da renderla più adatta alle esigenze del mercato attuale.

1.3 Riforma del nuovo diritto societario (D.Lgs. 6/2003)

La riforma del diritto societario ha profondamente innovato le operazioni straordinarie, nello specifico il tema della trasformazione societaria. Le originarie finalità delle operazioni straordinarie, contemplate nel Codice civile del 1942, sono state trasferite senza apporre alcuna modifica sostanziale nella nuova disciplina che ha trovato la sua attuazione dal 1° gennaio 2004.

Gli obiettivi principali della riforma, secondo quanto dettato dall'art. 7 della legge delega, sono stati il riordino e la semplificazione dell'istituto della trasformazione, una maggiore procedimentalizzazione, la disposizione finalizzata al favoreggiamento delle trasformazioni di società di persone in società di capitali e, infine, l'introduzione delle trasformazioni eterogenee. Di seguito si andranno a descrivere le principali novità introdotte dal legislatore.

1.3.1 Continuazione dei rapporti giuridici

Il concetto di trasformazione si sostanzia in una mera modifica del tipo societario con una continuazione da parte del soggetto collettivo, senza la previsione di un'estinzione e conseguente creazione di un'altra società (la cd teoria della continuità). Questa teoria è ormai appoggiata dall'intera dottrina (e giurisprudenza) e respinge totalmente la precedente teoria (quella della cd novazione) che prevedeva la trasformazione come una sorta di estinzione della società preesistente per far posto a un nuovo soggetto di diritto, autonomo e distinto dal primo. Come si è potuto osservare in precedenza, il codice del 1942 prevedeva solamente la trasformazione di una società in nome collettivo o accomandita semplice in società di capitali. Tutte le altre tipologie di trasformazione non erano contemplate⁸. Si è anche visto che le ragioni di tale scelta, da parte del legislatore, erano indirizzate alla necessità di tutelare, in primis, gli interessi dei creditori sociali, i quali si vedevano privati della responsabilità illimitata dei soci.

I motivi, in generale, che spingono una società a cambiare la propria forma giuridica sono spesso di matrice aziendale, riconducibili all'aumento delle dimensioni aziendali e al conseguente bisogno di nuovi mezzi di finanziamento. Un esempio potrebbe essere dato dalla trasformazione di una società in nome collettivo in accomandita semplice, rendendo possibile, quindi, l'ottenimento di nuovi finanziamenti per il tramite dell'ingresso dei nuovi soci accomandanti⁹. Altro esempio è il caso di una società a responsabilità limitata che vuole trasformarsi in società per azioni per poter godere, a determinate condizioni, della possibilità di acquistare azioni proprie (art. 2357 c.c.).

Proprio perché la trasformazione si sostanzia in un mero mutamento formale, la società non si estingue per dar vita a un nuovo soggetto con un nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici. Questo è possibile anche nel caso in cui il nuovo soggetto acquisti una nuova personalità giuridica che prima non aveva, ovvero il caso della trasformazione da società di persone a società di capitali. Il vantaggio più grande, derivante dal semplice mutamento di

⁸ Eccetto nell'ambito delle società lucrative, per le quali è sempre stato possibile il passaggio da una tipologia all'altra.

⁹ Si tratta di quei soci, per le società in accomandita semplice o per azioni, che hanno la responsabilità limitata alle quote conferite per le obbligazioni sociali.

un'organizzazione sociale rispetto alla sostituzione della stessa, è la possibilità, per i terzi, di continuare i rapporti con la società stessa.

La riforma del diritto societario ha toccato anche le operazioni straordinarie, in particolar modo le trasformazioni societarie. Queste operazioni, con la nuova riforma, si sono sempre più legate al quinto capo del Codice civile che tratta e disciplina le società a responsabilità limitata. Se da un lato il legislatore ha voluto favorire la creazione di società di minori dimensioni, beneficiando della responsabilità limitata, dall'altro si è avvicinato sempre più al regime delle società di persone, favorendo e spingendo quest'ultime a trasformarsi in società di capitali per poter garantire loro "una spiccata personalizzazione del soggetto economico"¹⁰.

Leggendo l'art. 2498 c.c. si nota il primo elemento innovativo relativo alla continuità dei rapporti giuridici. In merito a tale elemento, infatti, l'art. 2498 sottolinea il fatto che con l'avvenimento della trasformazione l'ente continua a mantenere tutti gli obblighi e i diritti che sono sorti in conseguenza dei rapporti processuali. Tale articolo merita un approfondimento per capire quale sia stata la ratio del legislatore. Innanzitutto, si può notare come il legislatore abbia indicato "ente" e non più "società", come nel vecchio art. 2498 c.c., perché ha voluto cogliere quanto indicato dall'art. 7 legge n.366 del 2001. Tale articolo titola genericamente la "trasformazione, scissione e fusione" ed ha indotto il legislatore della riforma a cambiare e ampliare la formulazione, garantendo una più ampia gamma di trasformazioni verso tutte le forme giuridiche di tipo associativo. Tale decisione si basa sul fatto che la trasformazione non si fonda nel cambiamento in diverse forme, ma sulla *continuità* imposta dall'art. 2498. Sostenendo questa tesi, il legislatore ha voluto riferirsi alla *continuità* non soltanto del patrimonio, ma anche di qualsiasi altro elemento riconducibile all'entità attraverso la trasformazione, per cui si può considerare come l'elemento essenziale alla base dell'art. 2498 c.c.

Il termine "modificazione" è certamente diverso da "trasformazione" in quanto quest'ultimo cambia, mantenendo inalterati gli elementi essenziali e costitutivi che gli permettono di continuare nella diversità, ma nella sostanza rimanendo invariato. Questo, a mio giudizio e non soltanto, è il motivo che ha spinto il legislatore ad ampliare tale istituto, riservato in passato solamente alle società commerciali. Secondo il professor Loria¹¹, appare legittimo

¹⁰ Giuseppe Ripa (2003), *Le trasformazioni societarie*, p.19, op. cit.

¹¹ Salvatore Loria (2010), *la trasformazione ante riforma*, op cit.

pensare che l'inserimento del termine *ente* al posto di *società* sia stato finalizzato all'allargamento della trasformazione a tutti i gruppi organizzati di soggetti, compresi gli enti di fatto¹².

1.3.2 Trasformazione durante una procedura concorsuale

Un'altra novità importante ha riguardato la possibilità, per quelle società che hanno una procedura concorsuale avviata, di trasformarsi, entro però dei limiti.

In passato questa operazione non era possibile, ma nel tempo vi è stata la volontà di spostare l'attenzione dall'imprenditore all'impresa stessa. Questo è potuto accadere sul finire degli anni Settanta soprattutto dopo l'introduzione della prima e della seconda legge Prodi¹³.

Tornando a parlare dei limiti, uno di questi riguarda «l'incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa» (art. 2499 c.c.).

L'incompatibilità dipende in modo prevalente dallo stato, avanzato o preliminare che sia, della procedura e dalla finalità della procedura concorsuale che può essere più o meno conservativa. È ovvio che se la capacità operativa dell'impresa risulta non più sufficiente per un recupero dell'equilibrio in tempi ragionevoli, l'unica strada percorribile è quella del fallimento. L'intento del legislatore è stato quello di offrire alle società delle possibilità alternative, permettendo loro di ristrutturarsi tramite trasformazioni, fusioni e scissioni, in modo da continuare ad operare.

La novità è certamente riferibile alle grandi società, la cui continuazione dell'attività è di primo interesse per lo Stato vista l'elevata occupazione creata.

1.3.3 Pubblicità ed efficacia dell'atto di trasformazione

L'atto di trasformazione richiede che siano rispettate delle forme di pubblicità (e i contenuti specifici per il tipo societario adottato) per garantirne l'efficacia.

¹² Associazioni non riconosciute e quindi prive di personalità giuridica ma che mantengono la loro soggettività giuridica. Solitamente non hanno scopo di lucro. (es. ONLUS).

¹³ Legge 3 aprile 1979, n. 95, fu la prima legge a regolare l'amministrazione straordinaria, un particolare procedimento di regolazione della crisi nelle imprese.

Nello specifico, l'art. 2500 bis fornisce una regola molto importante e allo stesso tempo innovativa, perché vieta la pronuncia dell'invalidità dell'atto di trasformazione se prima è stata eseguita la corretta pubblicità come enunciato dall'art. 2500 c.c.

1.3.4 Quorum di maggioranza per la trasformazione

Uno degli elementi più caratterizzanti della riforma è stata la volontà di favorire la trasformazione di società di persone in società di capitali. A tal proposito è stata disposta, all'art. 2500 ter, la previsione di una decisione a maggioranza, salvo diversa previsione del contratto sociale.

È altrettanto necessaria la stima del patrimonio da parte di un perito indipendente, il cui compito è garantire che il patrimonio della società non risulti inferiore al capitale che viene attribuito alla società risultante dalla trasformazione.

1.3.5 Benefici spettanti al socio d'opera

È stato poi riconosciuto al socio d'opera, sempre in occasione di questo tipo di trasformazione, una quota o un numero di azioni proporzionale al lavoro svolto e a quanto gli veniva riconosciuto dallo statuto prima dell'operazione straordinaria. Questa operazione provoca, inevitabilmente, la riduzione proporzionale del capitale dei soci. Il tutto è stato racchiuso all'interno dell'art. 2500 quater che tratta specificamente l'assegnazione delle azioni o quote.

1.3.6 Il potere dei soci con responsabilità illimitata

All'interno dell'art. 2500 quinquies viene racchiuso il tema della responsabilità dei soci e, nel dettaglio, vi è una novità sul potere che i soci con responsabilità illimitata hanno nei confronti dei soci a responsabilità limitata.

Nelle trasformazioni da società di capitali a società di persone, salve diverse disposizioni dello statuto, è stato contemplato il medesimo quorum di maggioranza per le modifiche allo statuto. Sempre nella medesima fattispecie è richiesto però che i soci aventi la responsabilità

illimitata, a seguito della trasformazione, diano il loro consenso, il quale è vincolante rispetto i soci con limitata responsabilità.

Ciò che rende possibile la trasformazione in generale è l'esistenza di un patrimonio separato, cosa che non accade per le imprese individuali (ed è per questo che il legislatore non le ha ricomprese all'interno della riforma). La ratio di tale scelta è finalizzata alla tutela dei creditori che altrimenti, con la confusione dei patrimoni, si troverebbero a dover concorrere con eventuali creditori personali dell'imprenditore.

1.3.7 Trasformazione eterogenea

Infine, l'aspetto che per molti versi è il più innovativo dell'intera riforma riguarda la trasformazione eterogenea. Per trasformazione eterogenea si intende la possibilità di mutamento della veste giuridica per le società che sono disciplinate nei capi V, VI, e VII in società consortili, comunioni di azienda, consorzi, associazioni non riconosciute, cooperative e fondazioni. Gli art. 2500 septies e octies, i quali disciplinano tale trasformazione, si riferiscono alle società di capitali e l'operazione può compiersi in entrambi i versi, cioè sia da società di capitali che in società di capitali. Nei prossimi paragrafi verrà analizzata più nel dettaglio questa particolare tipologia di trasformazione.

1.4 Evoluzione della trasformazione eterogenea

Il sistema anteriore alla riforma prevedeva che la trasformazione consistesse solo nel passaggio da un tipo di società ad un altro, sebbene nel rispetto di un unico vincolo, quello della causa lucrativa del contratto, come intuito dall'art. 2247 c.c. che prevedeva la distribuzione degli utili fra i soci della società. Inoltre, fu espressamente previsto dalla normativa che vi potevano accedere a tale istituto le sole società ricomprese nel titolo V del libro V del c.c.

Questo limite però non fu inderogabile, poiché nel tempo si formarono, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza, dei quesiti circa l'ammissibilità di tale istituto anche al di fuori delle ipotesi tipicamente previste e disciplinate dal legislatore. Si arrivò dunque, non senza difficoltà, ad affermare la possibilità di trasformare una società lucrativa in società

cooperativa (non l'inverso, perché fu espressamente vietato dall'art. 14 della L. 14 febbraio 1971), da lucrativa a consortile, da lucrativa in associazione non riconosciuta, da consortile a cooperativa e da cooperativa ad associazione non riconosciuta.

Si formarono quindi due filoni di trasformazione: quella "omogenea", che indicava il passaggio da un tipo ad un altro di società, sempre a scopo lucrativo, e quella "eterogenea", che riguardava tutte le altre tipologie. La trasformazione eterogenea consisteva dunque nella preesistenza di un contratto tra più parti di tipo associativo, sia esso con scopo egoistico che altruistico¹⁴.

L'apposizione del limite cd inderogabile, ovvero la preesistenza di un contratto associativo, servì sia per recepire la trasformazione come una vicenda modificatrice riguardante, a seconda dei casi, anche la causa sia per consentire la costituzione di un nuovo soggetto di diritto¹⁵. La praticabilità di tale operazione era finalizzata a tutelare i creditori dell'ente "trasformando", tant'è che non si potevano ritenere ammissibili le trasformazioni che avrebbero potuto recare danno ai creditori, come indicato dall'art. 1372 c.c., comma 2. Una tesi minoritaria, invece, riteneva che l'unico elemento essenziale fosse la presenza di un'impresa, sia essa individuale che collettiva. Difatti la giurisprudenza non considerava trasformazione eterogenea il passaggio da azienda individuale a società di capitali, visto che la prima non era originata da un contratto plurilaterale con scopo associativo. La riteneva invece un mero conferimento in natura¹⁶.

Proprio per queste ragioni, rimase comunque confermato il fatto che la trasformazione eterogenea si configurasse come una vicenda modificativa/evolutiva e non di certo un'estinzione. Rimasero ancorati due concetti: il primo, che prevedeva la sussistenza di un contratto di tipo associativo con comunione di scopo o da intendersi almeno in senso lato. Il secondo, invece, prevedeva che solo grazie al contratto di tipo associativo con comunione di scopo si sarebbe potuto garantire la continuità imposta dal principio della trasformazione, il

¹⁴ I contratti associativi con scopo egoistico hanno l'obiettivo di soddisfare primariamente gli interessi dei loro partecipanti per i soci comuni, la divisione degli utili per gli imprenditori ecc.

I contratti con scopo altruistico, invece, devono svolgere la propria attività economica senza avvantaggiare o arricchire i propri partecipanti a livello patrimoniale.

¹⁵ Marasa G. (1994), *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, cit. p. 324 e seguenti.

¹⁶ Cassazione 21 dicembre 1998, n. 12739, in *Notariato*, 1999, p.530 e seguenti, con nota di G.A.M. Trimarchi, la «trasformazione» dell'impresa individuale in società.

quale garantiva anche la soggettività giuridica richiesta per poter imputare i rapporti giuridici e avere la soggettività giuridica richiesta per la trasformazione.

Con l'entrata in vigore della riforma del diritto societario (D.Lgs. 6/2003) l'intento del legislatore fu quello di confermare ciò che già la pratica, con l'ausilio di una parte della giurisprudenza e della dottrina, chiedeva fosse consentito, cioè la trasformazione eterogenea. La lettura della nuova disciplina va tenuta ben distinta dalla vecchia trasformazione eterogenea, cioè di chi ne riconosceva solo il preesistente contratto associativo e imputava all'ente trasformato i rapporti preesistenti, anch'esso dotato di autonoma soggettività. La nuova disciplina si basa sui requisiti minimi e sui limiti che impone il legislatore, oltre che quanto regolato più in generale dalla libertà contrattuale dei privati.

2 La trasformazione eterogenea nella normativa civilistica

2.1 Disciplina civilistica delle trasformazioni eterogenee nella riforma del D.Lgs. 6/2003.

Le regole che vengono descritte di seguito sono da considerarsi valide sia per le trasformazioni cd omogenee che per quelle cd eterogenee. È giusto quindi avere una comprensione, almeno a livello generale di come il legislatore abbia disciplinato tali procedure.

Il primo aspetto che viene disciplinato dal legislatore in materia di trasformazione fa riferimento agli *effetti conservativi*, poiché sono sempre stati considerati il nucleo essenziale degli effetti che si producono a seguito di tale operazione. Il principio enuncia l'obbligo e la conservazione dei diritti in capo all'ente trasformato e prevede, inoltre, che tale responsabilità sussista anche sui rapporti processuali. La ratio della scelta del legislatore riprende a grandi linee quello che già aveva definito al comma 3 dell'art. 2498 c.c., estendendola anche ai rapporti giuridici. In tema di trasformazione la dottrina e la giurisprudenza erano andate consolidando la teoria della continuità, poiché era visto come un fenomeno meramente modificativo-evolutivo e non estintivo. Con la nuova formulazione, invece, si è visto che può configurarsi anche come un contratto novativo, sicché la scelta del legislatore di mantenere compatibile la conservazione dei rapporti è certamente valutata positivamente.

In tema di *limiti alla trasformabilità* l'art. 2499 c.c. esclude che l'assoggettamento ad una procedura concorsuale possa essere un limite alla trasformazione, a condizione che le finalità non risultino incompatibili con la scelta che ha determinato il cambiamento. L'interpretazione e l'applicazione di tale articolo non è però così immediata, poiché è necessaria una doppia valutazione: sia per l'identificazione delle situazioni di compatibilità sia per la determinazione di quali soggetti saranno ammessi al giudizio di incompatibilità¹⁷. La trasformazione può essere utilizzata per agevolare la liquidazione della società oppure per favorire la ristrutturazione della crisi dell'impresa e l'unico limite lo si può ritrovare o in un pregiudizio delle istanze liquidatorie o in obiettivi non congruenti con il piano di ristrutturazione. In ultimo, la riforma ha confermato che la società può esporre con massima libertà le proprie

¹⁷ Il giudizio di incompatibilità non può essere fatto astrattamente ma deve essere fatto prendendo in considerazione caso per caso.

scelte, a condizione che presentino un'utilità e si allineino con le finalità della procedura concorsuale.

Altri due limiti riguardo l'applicabilità della trasformazione sono relativi al limite dell'inizio della ripartizione dell'attivo, il quale non consente in nessun modo l'avvio della trasformazione, e alla decisione da parte dei soci, che anche secondo la riforma, deve essere presa a maggioranza, sia essa società di capitali che di persone¹⁸.

Riguardo ai limiti impliciti delle trasformazioni il legislatore ha voluto indicare e regolare solamente un unico limite nella riforma, lasciando così agli interpreti il compito di rilevare eventuali altri limiti cd impliciti. I primi danno la possibilità di estendere la loro regolamentazione ai cambiamenti di struttura organizzativa anche nelle situazioni che non sono espressamente regolate nelle norme, mentre i secondi sono caratterizzati da vincoli o situazioni specifiche dell'organizzazione (di partenza) che non sarebbero configurabili con la nuova veste giuridica.

Nel tempo sono state individuate una serie di casi di applicazione che costituivano un ostacolo alla trasformazione della società trasformanda. Il principio di continuità non sempre è applicabile ai casi di cambiamento dei rapporti, ma potrebbe essere necessaria una regolamentazione per la nuova forma giuridica che assumerà la società, adattando la disciplina a quella del legislatore e, in caso di incompatibilità tra le due forme, dovrà ritenersi necessario rimuovere eventuali ostacoli prima di procedere alla trasformazione. Si pensi alle azioni proprie detenute da una società di capitali, dallo svolgimento di attività per le quali è richiesta una forma societaria specifica o dalla mancanza della pluralità dei soci. Alcuni di questi limiti sono venuti meno grazie alla nuova disciplina che lascia maggiore ampiezza nella costruzione di modelli societari, però non è escluso che nel tempo possano aggiungersene di nuovi.

¹⁸ Per le società di persone vi erano delle incertezze perché per la revoca della liquidazione era necessario il voto all'unanimità, mentre l'art. 2500ter della riforma prevede solamente la maggioranza per la trasformazione. La deroga all'unanimità è frutto della volontà del legislatore di favorire il passaggio a tipi societari capitalistici.

2.1.1 La forma, il contenuto, la pubblicità e gli effetti conseguenti le trasformazioni

L'art. 2500 c.c. si occupa di regolare la forma, il contenuto e la pubblicità delle trasformazioni, oltre a prescrivere la forma dell'atto. Più precisamente il legislatore non parla più di "deliberazione", bensì di "atto" di trasformazione. Il motivo è riconducibile alle nuove e diverse tipologie di trasformazioni che oggi vengono disciplinate. Un esempio è il caso delle fondazioni, la cui trasformazione non avviene per la sola volontà dell'ente, ma può capitare sia mossa tanto dai partecipanti dell'ente quanto dall'autorità amministrativa.

In merito ai requisiti di forma richiesti per la trasformazione l'art. 2500 c.c. enuncia che l'atto è soggetto alla disciplina prevista per il tipo adottato e alle relative forme di pubblicità. La norma richiede, quindi, che vengano rispettati sempre gli elementi essenziali e formali per la costituzione e l'esistenza dell'ente risultante dalla trasformazione. In base a quanto disposto dall'ultimo comma, l'operazione ha effetto solamente alla conclusione di tutti gli adempimenti pubblicitari previsti dal comma precedente. L'efficacia, pertanto, decorre solo dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari richiesti, così da poter consentire ai terzi la corretta informazione.

Con riferimento al contenuto dell'atto di trasformazione il legislatore prescrive che deve essere coerente con la tipologia organizzativa che risulterà dalla fusione. In altre parole, non possono mancare le indicazioni obbligatorie riguardo l'atto costitutivo. Queste indicazioni risultano indispensabili sia ai fini dell'iscrivibilità dell'atto sia per il riconoscimento della personalità giuridica dell'ente conseguente alla trasformazione. Il suddetto punto non risulta particolarmente diverso dall'originaria disciplina dell'art. 2498 c.c. Tuttavia, l'attuale norma presenta delle caratteristiche peculiari che fanno in modo che questa si distingua dalla precedente versione. Ad esempio, vengono fatti rientrare, tra le casistiche previste nella trasformazione delle società di capitali, anche gli enti, i quali possono essere sprovvisti di un atto formale di costituzione. Questo porta a riconsiderare delle soluzioni che si applicavano anteriforma. In conclusione, si può affermare che la soluzione non è univoca, ma devono essere ricercati, in base alla tipologia di caso che si prospetta, gli elementi necessari da introdurre nell'atto di trasformazione perché, ad esempio, potrebbero non essere presenti nell'atto costitutivo originario dell'ente trasformando o perché potrebbe essere necessario ripeterli per adempiere agli obblighi pubblicitari previsti.

Per quanto concerne gli adempimenti pubblicitari necessari abbiamo prima detto che sono contenuti all'interno dell'art. 2500 c.c. La sua formulazione è stata oggetto di molte critiche, forse ingiuste, che cercheremo adesso di chiarire. La norma enuncia, altresì, che l'atto di trasformazione deve assoggettarsi alle «forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione». Vengono richiesti due regimi di pubblicità: quello per il tipo adottato e quello previsto per la cessazione dell'ente. Questo doppio regime è però richiesto non sempre, ma solo nei casi di trasformazione eterogenea, dove esistono differenti sistemi di pubblicità. Quando un ente in fase di trasformazione è sottoposto a un solo obbligo di pubblicità, ad esempio quello nel registro delle imprese, non vi dovrebbero essere dubbi che l'assolvimento pubblicitario sia unico e non doppio. Un classico esempio potrebbe riguardare le trasformazioni interne ai tipi societari.

In tema di decorrenza degli effetti la regola generale, sempre contenuta all'interno dell'art. 2500 c.c., prevede che gli effetti abbiano efficacia dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dalla norma. L'unica deroga riguarda gli effetti della trasformazione eterogenea¹⁹, per la quale il legislatore ha previsto un'efficacia differita di sessanta giorni per poter dare il tempo necessario ai creditori anteriori, i quali hanno la possibilità e/o il diritto di opporsi, qualora non siano in accordo.

2.1.2 Il ruolo dei creditori nelle trasformazioni eterogenee

Come osservato in precedenza, lo strumento di tutela dei creditori è la previsione di un termine di sessanta giorni dall'effettuazione dell'ultimo degli adempimenti pubblicitari per poter porre opposizione. Tuttavia, gli effetti della trasformazione possono essere anticipati all'effettuazione dell'ultimo degli adempimenti previsti dalla norma generale, ovvero l'art. 2500, comma 3, c.c., al verificarsi dei seguenti due casi: che tutti i creditori abbiano dato il loro consenso e che, sebbene risulti negato il consenso da parte di alcuni creditori, questi crediti risultino già pagati. La norma, che ricordo essere l'art. 2500 c.c., ha optato per la conoscibilità attraverso l'iscrizione nel registro di competenza.

¹⁹ Art. 2500 novies Codice civile.

Nelle operazioni di trasformazione non esiste un modo per scindere il momento informativo da quello attuativo, ovvero non è previsto un differimento del termine di efficacia come nel caso delle trasformazioni eterogenee, causando così dei dubbi riguardo le modalità per raccogliere il consenso e l'accertamento degli effetti della trasformazione. In merito al consenso la norma permette qualsiasi mezzo per raccogliarlo, purché sia documentabile in modo certo²⁰. In merito al secondo quesito, invece, se si riconoscesse a tutti i creditori il diritto di opporsi per i crediti sorti precedentemente agli adempimenti pubblicitari previsti, non si potrebbe ritenere idonea la dichiarazione presentata dai creditori dissenzienti nell'atto di trasformazione. Occorrerebbe, se fosse possibile, depositare un'attestazione da cui risulti il consenso o l'avvenuto pagamento per il decorso degli effetti della trasformazione.

Al termine del periodo dei sessanta giorni spetterà poi al giudice stabile se disporre l'efficacia della trasformazione o meno. Inoltre, il fatto che sia un giudice a decretare l'efficacia (art. 2445 c.c.) impedisce che durante l'operazione si possano verificare dei danni ai creditori.

L'art. 2500 novies non indica esattamente quale debba essere il motivo che spinge i creditori a porre opposizione e tanto meno quali ragioni possano indurre il giudice ad accoglierla o rigettarla. Analizzando un'altra regola, quella per la riduzione volontaria del capitale sociale, si riesce a concludere che la legittimazione all'opposizione è riconducibile al caso di "pericolo di pregiudizio". Il giudice, nonostante l'opposizione, può decidere di dichiarare infondato il pericolo di pregiudizio e può decretare che siano state rese idonee garanzie. Nel caso opposto, ovvero che il giudice decida di accogliere l'opposizione, la sospensione diviene definitiva.

Lo sfasamento di efficacia non sempre è individuabile agevolmente. Se prendiamo il caso delle trasformazioni eterogenee, si può presentare la duplice iscrizione. Si pensi al caso di una trasformazione da società di capitali in fondazione. Gli effetti prodotti dalla delibera sono, ai sensi dell'art. 2500 septies, l'imputazione del patrimonio al soggetto giuridico risultante dalla trasformazione, subordinati al riconoscimento e all'esito positivo dell'operazione. Le operazioni a completamento della procedura sono il riconoscimento e l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche private. Il quesito che ci si è posti è se questa pubblicità sia necessaria per l'espletamento dei sessanta giorni oppure se sia sufficiente la delibera societaria per la cancellazione della società trasformanda. Pare che la prima soluzione sia quella preferita,

²⁰ Il metodo della scrittura autenticata risulta essere quello più efficace poiché non espone gli amministratori della società al rischio di falsa attestazione.

rendendo perciò la delibera societaria inefficace. Per contro, questa via può causare un allungamento delle tempistiche e una conseguente maggior esposizione alle procedure di revoca della deliberazione²¹. Se si decidesse di applicare la seconda possibilità sorgerebbe il problema relativo a quale regime giuridico del patrimonio²² ci si dovrebbe attenere visto che non è ancora riferibile ad alcun soggetto, a cui manca ancora il riconoscimento, e allo stesso momento non è più riconducibile alla società originaria, la quale ha già pubblicizzato la sua cessazione.

Altro aspetto interessante e che ha fatto sorgere qualche dubbio riguarda il momento oltre il quale non è possibile invalidare l'atto di trasformazione: al momento dell'iscrizione dell'atto (di trasformazione) oppure quando lo stesso è divenuto efficace? Secondo quanto disposto dall'art. 2500 bis c.c. dovrebbe essere solo quando l'atto diviene efficace. In caso di invalidità il creditore che si dovesse ritenere danneggiato può ottenere il risarcimento del danno. Mentre se decidesse di esercitare il proprio diritto di opposizione potrebbe ottenere dall'ente trasformando l'estinzione anticipata del debito oppure idonee garanzie e, nel caso in cui venisse accolta l'opposizione avrebbe la possibilità di impedire che la trasformazione produca gli effetti originari²³.

2.2 Art. 2500 septies c.c.: La trasformazione eterogenea da società di capitali

Questo articolo, dopo l'entrata in vigore della riforma societaria, dà finalmente la possibilità alle società di capitali, le quali sono ricomprese ai capi V, VI e VII²⁴, di potersi trasformare nelle seguenti sei diverse categorie di enti: consorzi, società cooperative, società consortili, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e, infine, fondazioni. Questa fattispecie viene anche chiamata "regressiva".

²¹ In merito alla discussione della forma pubblicitaria più adatta, V. Varia, Sub art. 2500 bis. In *Commentario Cottino*, cit. pag. 2240 e seguenti.

²² Ricordo che nel caso della fondazione il patrimonio è vincolato al perseguimento degli scopi della stessa che per legge devono essere non lucrativi.

²³ De Angelis, *Osservazioni sull'invalidità della trasformazione*, in *Società*, 2003, pag. 1437;

²⁴ Il legislatore all'interno di questi capi disciplina le seguenti tipologie di società: Al capo V le società per azioni (SPA), Al capo VI le società in accomandita per azioni (SAPA) e infine al capo VII le società a responsabilità limitata (SRL).

Lo stesso articolo, inoltre, prescrive che il voto necessario per la deliberazione della trasformazione è dei due terzi dei soci aventi diritto di voto e in ogni caso è necessario il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata. Il legislatore prevede anche che per quanto compatibile si applichi l'art. 2500 sexies del Codice civile. Quest'ultimo prescrive che i soci rispondano anche per quelle obbligazioni che sono sorte anteriormente alla trasformazione.

In merito alla maggioranza richiesta in dottrina sono sorte diverse discussioni. In particolare, per alcuni autori²⁵ la maggioranza numerica che enuncia il legislatore non sarebbe corretta in quanto la natura "devolutiva" del capitale non potrebbe che riferirsi ad una maggioranza di capitale (e non di soci), la quale sarebbe riconosciuta come unica entità qualificata per poter decidere sulla destinazione del capitale. La tesi contrapposta, ma in linea con l'assetto generale, prevedendo la maggioranza numerica si riferirebbe solamente ai soggetti aventi diritto di voto e i soggetti non soci ma che sono portatori di strumenti finanziari con diritto di voto, escludendo quindi quei soci con voto limitato o con azioni prive di voto.

Ai sensi dell'art. 2500 sexies c.c. l'organo amministrativo nel presentare la proposta di trasformazione deve redigere un documento in cui illustra l'operazione e le sue finalità sia in chiave economica che in quella giuridica, andando ad indicare le ragioni alla base dell'operazione di trasformazione. Prendendo in considerazione le numerose e più diverse tipologie di entità in cui una società di capitali può trasformarsi, è naturale che le motivazioni riguardo il documento da redigere siano significativamente diverse in funzione dell'entità scelta.

Qualora la società decidesse di trasformarsi in consorzio l'intento potrebbe essere quello di ridurre il livello di concorrenza in alcuni settori, di ridurre i costi di produzione oppure di ottenere una forza contrattuale su determinati settori operativi.

Nell'ipotesi di trasformazione in comunione di azienda, le ragioni sono diverse rispetto il consorzio e potrebbero avere come finalità quella di continuare a percepire una rendita, cessando però l'attività economica diretta della società.

²⁵ G. Corvese, *op. cit.*, p. 395.

Sono opposte invece, le finalità che riguardano una trasformazione in associazione non riconosciuta. La differenza più rilevante rispetto ai casi appena descritti è la diversa natura degli scopi principali, i quali si possono trasformare, ad esempio, in attività di tipo sociale o assistenziale.

La finalità della cooperativa è simile a quella appena descritta. Una motivazione potrebbe essere la volontà di allargare la compagine societaria, aprendosi verso la possibilità di ingresso di clienti o lavoratori, al fine di ottenere un unico scopo mutualistico²⁶.

L'art. 2500 septies rimanda alle disposizioni dell'art. 2500 sexies in merito alle procedure da seguire per la redazione e il deposito della relazione di trasformazione. La copia della relazione deve essere depositata e deve rimanere presso la sede societaria durante i trenta giorni che precedono l'assemblea per la delibera di trasformazione. I soci, pertanto, hanno la possibilità, durante questo arco temporale, di prenderne visione.

Proseguendo nella lettura dell'articolo 2500 septies c.c. si evince che la volontà del legislatore è quella di garantire a ciascun socio l'assegnazione di una partecipazione che sia proporzionale al valore della quota (o azioni) che possedeva in precedenza nella società trasformanda. Così facendo, il legislatore è riuscito a garantire la parità di trattamento tra i soci e a perseguire il principio della "immodificabilità della partecipazione" originaria. Sebbene questa sia la regola generale, ci sono delle fattispecie per cui tale regola non viene applicata. Si pensi al caso dei consorzi dove il significato di quota ha una valenza molto più ampia rispetto a quello che normalmente si intende nelle società e dove ciascun consorziato può esprimere il proprio potere limitatamente alla sua quota di proprietà. Ad esempio, può esprimere i propri diritti amministrativi o partecipare alle spese dell'organizzazione limitatamente alla sua quota²⁷.

Si pensi al caso delle comunioni d'azienda dove il diritto reale di ciascun comproprietario è proporzionale alla quota che deteneva nella società originaria. O ancora, nelle associazioni non riconosciute vige la regola del diritto di uguaglianza fra gli associati, il che vuol dire che tutti i membri hanno eguali vantaggi e diritti a cui devono sottostare.

²⁶ Per scopo mutualistico si intende l'opportunità che hanno i membri dell'entità avente tale scopo di ottenere beni e servizi a prezzi più vantaggiosi rispetto quelli di mercato.

²⁷ A. Borgioli, *Consorzi e società consortili*, Milano, 1987, p. 282.

Per concludere, riguardo le fondazioni, lo stesso art. 2500 septies prevede che la trasformazione produca gli effetti che il codice riconduce all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore. Ciò significa che il legislatore considera la delibera di trasformazione come un atto che permette la costituzione della fondazione. Questa fattispecie verrà affrontata più dettagliatamente in seguito.

Un'importante precisazione riguarda la forma dell'atto di trasformazione, la quale viene espressamente regolamentata dall'art. 2500 c.c., ma solo nell'ipotesi di trasformazione in società di capitali. È tuttavia sensato ritenere che anche nella fattispecie inversa (quella che abbiamo fino ad ora descritto) valgano le medesime regole di forma e tipologia di atto.

Si ricorda che in linea del tutto generale la delibera di trasformazione necessita l'iscrizione nel registro delle imprese o delle persone giuridiche e contemporaneamente si deve dare notizia attraverso idonea pubblicità, presso il registro di appartenenza, della cessione dell'ente trasformando. Riguardo invece l'efficacia, come abbiamo visto in precedenza, l'art. 2500 novies c.c. la subordina al decorso dei sessanta giorni, tempo a disposizione dei creditori per porre opposizione alla trasformazione.

Con riferimento alla sorte degli organi amministrativi e di controllo dell'ente originario, è ragionevole attendersi che qualora suddetti organi non dovessero essere previsti nella nuova tipologia di ente (si pensi al caso di una trasformazione da S.p.A. ad associazione non riconosciuta) questi ultimi decadrebbero in automatico. In caso contrario, invece, gli organi dovranno rimanere immutati, pena la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni per revoca in mancanza di giusta causa.

2.3 Art. 2500 octies c.c.: La trasformazione eterogenea in società di capitali

Suddetto articolo si occupa di disciplinare la fattispecie inversa a quella appena descritta dall'art. 2500 septies, ovvero la trasformazione eterogenea "progressiva". In particolare, prescrive che i consorzi, le società consortili, le comunioni di azienda, le associazioni riconosciute e le fondazioni possano trasformarsi in società di capitali disciplinate ai capi V, VI e VII (ovvero S.p.A., S.a.p.A. o S.r.l.).

Si può notare fin da ora che la norma in esame non ricomprende alcune tipologie di fattispecie che invece erano presenti nell'art. 2500 septies. Nello specifico vengono menzionate le associazioni riconosciute, ma non più quelle non riconosciute. Inoltre, scompaiono dalla norma anche le società cooperative, per le quali, come espressamente previsto dall'art. 2545 decies c.c., è prevista la trasformazione in qualunque altra tipologia di società²⁸.

Per quanto riguarda la trasformazione delle associazioni riconosciute, grazie all'art. 223 octies del Regio Decreto 30 marzo 1942 n.318, relativo alle disposizioni finali e transitorie, è possibile la trasformazione per le associazioni riconosciute solo se sono state costituite prima dell'entrata in vigore della riforma e all'ulteriore condizione che l'intera operazione non provochi o non comporti la modifica dell'originaria finalità dell'associazione, la distrazione di fondi, contributi di terzi o l'agevolazione ad eventuali regimi fiscali più vantaggiosi. La norma aggiunge anche che, qualora l'associazione abbia potuto godere di particolari regimi fiscali, la sua trasformazione sia possibile solo se procede al versamento delle imposte relative.

In merito alla deliberazione il comma secondo, terzo e quarto precisano le diverse maggioranze richieste in base all'ente che intende avviare la trasformazione.

Per i consorzi è richiesta la maggioranza assoluta dei consorziati, i quali rimangono responsabili per le loro obbligazioni assunte. Tuttavia, vi è una possibilità, secondo l'art. 2500 quinquies c.c., che i consorziati siano liberati²⁹. Sebbene non vi sia la clausola di recesso in caso di trasformazione eterogenea, si ritiene comunque possibile che, qualora un consorziato voti contro la trasformazione, possa recedere dal contratto. Ciò è possibile perché vi è un mutamento dello scopo che il consorzio perseguiva.

Per quanto riguarda le società consortili³⁰ è invece richiesta la maggioranza prevista dallo statuto o dalla legge per lo scioglimento anticipato. Qualora si dovesse trattare di società di persone, è richiesto un voto unanime, invece, qualora si tratti di società di capitali si applicano le maggioranze richieste dall'assemblea straordinaria.

²⁸ L'art. 2545 decies c.c. permette alle società cooperative di potersi trasformare in qualunque altra tipologia di società. Tant'è che nell'articolo vengono menzionate le società prescritte al titolo V, capi dal II al VII, o in consorzio. Non è però prevista la fattispecie opposta, cioè quella da società di capitali a cooperativa.

²⁹ M. Maltoni, *La trasformazione eterogenea da o in consorzi e società consortili*, in *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, p. 212.

³⁰ Si ricorda che le società consortili possono assumere una struttura organizzativa tanto delle società di capitali quanto delle società di persone o società cooperative.

Le comunioni di azienda che hanno intenzione di trasformarsi in società di capitali necessitano dell'unanimità di tutti i partecipanti alla comunione. Avvenuta la trasformazione eterogenea il socio della comunione di azienda assume la qualifica di socio della società e, il diritto reale sui beni che aveva in precedenza si trasforma in una partecipazione sociale proporzionale alla quota che deteneva nella comunione d'azienda³¹. Sebbene apparentemente si evidenzia che non vi è una vera continuità d'azienda, nulla toglie che sussista la continuità sia nei rapporti sostanziali che processuali ed è perciò che viene comunque ritenuta una trasformazione possibile.

Con riguardo alle trasformazioni di associazioni il legislatore fa riferimento alle sole associazioni riconosciute³², escludendo quelle non riconosciute. Tale scelta deriva dal fatto che quelle riconosciute offrono maggiori garanzie patrimoniali rispetto alle non riconosciute³³. Una soluzione a cui possono ricorrere le associazioni non riconosciute è quella di poter chiedere il riconoscimento (ai sensi del D.P.R. 361/2000) e successivamente procedere con la trasformazione in società di capitali.

In merito alla delibera il legislatore richiede le maggioranze previste nell'atto costitutivo ed eventualmente, qualora non dovesse prevedere nulla a riguardo, quelle relative allo scioglimento anticipato.

Il terzo comma dell'art. 2500 octies c.c. fissa dei limiti alla trasformazione delle associazioni. Qualora lo statuto dell'associazione vieti espressamente la trasformazione in società di capitali, allora l'operazione non può compiersi. Tale possibilità è comunque esclusa nel caso in cui l'associazione abbia ricevuto contributi pubblici o liberalità.

Se si confronta l'art. 223 octies³⁴ con il 2500 octies si può notare che il 2500 octies impone un'indagine retrospettiva volta a verificare l'eventuale ricevimento di contributi, mentre il 223 octies impone la valutazione della destinazione che avrà in futuro il patrimonio e tale valutazione è necessaria per la validità stessa della trasformazione. Lo stesso comma 3

³¹ Ai sensi dell'art. 1101 c.c. le quote dei partecipanti si presumono eguali. Ciò non toglie la possibilità che siano diverse tra i partecipanti alla comunione.

³² Art. 2500 octies, comma 1.

³³ L. de Angelis (2003), La trasformazione nella riforma del diritto societario, Le società, p. 383 (articolo su rivista).

³⁴ L'articolo in questione fa riferimento alle associazioni e alle fondazioni (2500 octies) alle quali è permesso trasformarsi a condizione che siano state costituite prima del 2004 e che la suddetta operazione non comporti la distrazione di fondi dalle originarie finalità o in "virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione".

dispone che il patrimonio risultante dalla trasformazione sia diviso in parti uguali fra gli associati salvo un'eventuale diverso accordo fra gli stessi. Per concludere, riguardo gli effetti della trasformazione si ricorda che delle obbligazioni dell'associazione rispondono solidalmente e personalmente coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione stessa.

Per quanto concerne le fondazioni anche a quest'ultime si applica l'art. 223 octies a condizione che siano state costituite prima del 01/01/2004 e che presentino le ipotesi indicate dalla suddetta norma. Una volta avviata la trasformazione sarà l'autorità governativa, su proposta dell'organo competente, a deliberare la trasformazione e l'assegnazione delle quote/azioni della nuova società di capitali avverrà secondo quanto previsto dall'atto di fondazione o, in mancanza, verranno attribuite ad enti con finalità simili.

Nel Codice civile vi è una norma (art. 2500 ter, comma 2) che impone, nel caso di trasformazione omogenea progressiva, la preparazione di una relazione di stima, da parte di un esperto, nel quale si attesta che il capitale della società trasformata (sia essa S.p.A. o S.r.l.) è stato determinato a valori attuali degli elementi attivi e passivi. Manca, tuttavia, una medesima previsione nel caso di trasformazione eterogenea e questo ha comportato un vuoto normativo che ha visto sia la dottrina che la prassi attivarsi per individuare una soluzione quanto più corretta. Dal punto di vista teorico è emersa l'esigenza di una relazione di stima solo nel caso di trasformazione eterogenea in società di capitali. La spiegazione deriva dal fatto che la tipologia di operazione, dal punto di vista dei rischi, è molto simile alla fattispecie di trasformazione omogenea progressiva. Avvenendo anche in questo caso un cambiamento di forma giuridica, che provoca una diversa responsabilità dei soci, si rende necessario (e doveroso) uno strumento in grado di verificare la fondatezza e la consistenza del capitale³⁵. Se si osserva più nel dettaglio la questione, si evidenzia come il dettato giuridico, volto alla protezione dei creditori e dei terzi, che disciplina la trasformazione eterogenea in società di capitali sia molto fragile e a volte assente. La maggior parte delle fattispecie enunciate dall'art. 2500 octies non hanno disposizioni civilistiche che permettono di garantire l'integrità del capitale. Fatta esclusione per i consorzi che, ai sensi dell'art. 2615 bis c.c. devono predisporre una situazione patrimoniale, la cui redazione segue le medesime regole per la stesura del

³⁵ E. Gonnella, in E. Gonnella - A. Nazaro, *La relazione di stima nella trasformazione societaria. Prime note interpretative dell'articolo 2500-ter Cod. Civ.*, Milano, 2004.

bilancio per le società per azioni. Anche le società consortili per azione, avendo il medesimo regime normativo delle società per azioni, non necessitano di una verifica sul patrimonio in quanto è già prevista una disciplina che vigila sulla tutela dei creditori e sulla veridicità del patrimonio. Per tale motivo non si ritiene necessaria la redazione di una perizia in quanto l'operazione viene assimilata ad una trasformazione "omogenea" fra società di capitali³⁶. Un'altra motivazione a favore della relazione di stima è che per alcune di queste fattispecie può risultare utile e necessario effettuarla dal momento che può costituire una futura base contabile di partenza.

Sebbene l'art. 2500 octies c.c. non preveda testualmente alcuna forma pubblicitaria specifica per la delibera di trasformazione, vi è l'art. 2500 c.c. che ha il compito di supplire a tale mancanza predisponendo la necessità dell'atto pubblico e le relative previsioni specifiche per il tipo adottato, nonché quelle richieste per la cessazione dell'ente originario. Nel caso dell'associazione e della fondazione sarà necessaria, oltre l'iscrizione nel registro delle imprese, anche l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche.

L'efficacia della trasformazione, come detto in precedenza, è subordinata al decorso di sessanta giorni, tempo necessario per poter consentire ai creditori sociali di porre un'eventuale opposizione qualora si dovessero trovare in disaccordo.

2.4 Le principali tipologie di trasformazione eterogenea. Caratteristiche e criticità

Dopo aver analizzato l'art 2500 septies e octies e dopo aver visto le diverse fattispecie che sono ricomprese, nei seguenti paragrafi si andrà a trattare più nel dettaglio le varie tipologie per capire meglio il loro funzionamento, le loro caratteristiche e gli eventuali punti di debolezza.

³⁶ M. Miola, *I conferimenti in natura*, in Trattato delle S.p.a., diretto da G. E. Colombo, G.B. Portale, Vol. I, Milano, 2004, p. 324;

2.4.1 La comunione di azienda

Una delle novità della riforma è l'introduzione della trasformazione eterogenea per la comunione di azienda. Più in particolare, è possibile sia la trasformazione da società di capitali a comunione di azienda che viceversa. L'istituto ha la particolarità di non presentare né l'autonomia patrimoniale né la soggettività giuridica, facendo sorgere parecchi dibattiti, sia fra la dottrina che fra la giurisprudenza. La trasformazione provoca un mutamento sia dell'attività esercitata che delle situazioni giuridiche soggettive. Apparentemente può sembrare in completa antitesi con quello che è il principio alla base della trasformazione eterogenea, ovvero la continuità dei rapporti giuridici³⁷. Tuttavia, si è ritenuto che tale principio fosse comunque rispettato, poiché si è ricercata la continuazione nel complesso di beni destinato allo svolgimento di una attività d'impresa, anche solo potenziale. Sebbene si sia trovata una soluzione di questo tipo, permangono comunque dei problemi relativamente all'autonomia patrimoniale e alla configurazione di situazioni giuridiche riconducibili alla comunione di azienda³⁸.

A tal riguardo è necessario fare una distinzione e definire le differenze tra una comunione di azienda e una comunione di impresa.

Per comunione di impresa si intende l'esercizio, in comune tra due o più persone, di un'attività economica d'impresa, attraverso l'utilizzo dei beni, in comproprietà, tra i partecipanti alla comunione. La particolarità di questa fattispecie è che l'esercizio d'impresa può avvenire senza che i comproprietari dei beni vengano qualificati come soci e senza la necessità di destinare i beni in un patrimonio distinto e autonomo. Un aspetto importante che va precisato è che questa particolare fattispecie non è ammessa nel nostro ordinamento. Nel caso si presentasse una situazione analoga il legislatore italiano ha preso la decisione di qualificarla come una società di fatto. Tipico esempio è il caso in cui i coeredi del *de cuius* proseguono in comune l'esercizio dell'attività imprenditoriale del defunto.

³⁷ *La trasformazione delle società*, nel Commentario del Codice civile, a cura di Schlesinger p.67.

³⁸ Ante riforma il legislatore considerava le trasformazioni atipiche quelle che presentavano un contratto quantomeno associativo (non necessariamente societario) e che presentassero un'autonomia patrimoniale (più o meno ampia che sia). Questi venivano considerati gli elementi minimi essenziali per poter configurare tale operazione come trasformazione atipica.

La comunione di azienda si differenzia, da una comunione di impresa, in quanto la prima non è un soggetto di diritto ma è una semplice pluralità di compartecipanti che si limitano a godere dei beni dell'azienda senza esercitare congiuntamente un'attività di impresa. Riprendendo l'esempio di prima, ossia la comunione incidentale di azienda fra più coeredi a seguito della morte del *de cuius* si possono prospettare due possibilità: la prima riguarda l'affitto dell'azienda con il vantaggio di poter godere della comunione. Altrimenti, qualora i comproprietari decidano di svolgere l'attività d'impresa non limitandosi al mero godimento, saranno oggetto di qualifica come società di fatto (e non si configurerà più la comunione di impresa).

Ci si chiede, a seguito di quanto esposto, come mai il legislatore, nella riforma, abbia inserito questa nuova fattispecie, assai controversa e che si integra con i principi in modo un po' forzato. La risposta la troviamo nella volontà del legislatore di semplificare la procedura di trasformazione, evitando la liquidazione e poi la successiva ricostituzione in una nuova forma societaria³⁹. I comproprietari dell'azienda possono scegliere se trasformarla in società di capitali oppure costituire una nuova società di capitali dove far confluire all'interno la comunione di azienda. L'operazione opposta, quindi la trasformazione regressiva, rappresenta un'alternativa alla liquidazione della società con contestuale estinzione della stessa, potendo assegnare l'azienda ai soci, i quali possono godere dei suoi beni.

2.4.2 La fondazione

La particolarità di questa trasformazione eterogenea è data dall'autorizzazione che l'autorità amministrativa deve dare per poter procedere alla delibera trasformativa. In particolare, ha il compito di riconoscere la personalità giuridica della fondazione. Anche per questa fattispecie non sono mancate le perplessità e i pareri discordanti in merito alla fattibilità dell'operazione a causa della diversità causale e delle diverse strutture organizzative degli enti coinvolti.

Riguardo alla trasformazione delle società di capitali in fondazione, questa operazione è possibile solo a condizione che l'autorità amministrativa proceda al riconoscimento della

³⁹ F. Guerrero, *Trasformazione, fusione e scissione*, in Aa.Vv., *Diritto delle società di capitali (manuale breve)*, Milano, 2003, p. 321.; M. Sarale, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2290.

personalità giuridica. Nel caso la condizione non si avveri l'intera operazione è inefficace⁴⁰. Tale provvedimento, che deve essere emanato dall'autorità pubblica, non risulta necessario per le società di capitali che effettuano una trasformazione "omogenea", poiché la caratteristica della personalità giuridica nasce con la stessa iscrizione nel relativo registro delle imprese. Inoltre, non è necessaria alcuna perizia che attesti la corretta valutazione del patrimonio. Infine, le formalità pubblicitarie relative alla delibera di trasformazione prevedono non soltanto la sua iscrizione nel registro delle imprese, ma anche nel registro delle persone giuridiche.

Passando ad analizzare l'operazione inversa, ovvero la trasformazione eterogenea da fondazione a società di capitali, è bene prestare attenzione a non confonderla con la trasformazione della fondazione disciplinata dall'art. 28 del Codice civile; quest'ultimo articolo infatti prevede che la fondazione si possa trasformare solo a condizione che lo scopo dell'ente si sia esaurito, sia divenuto di scarsa utilità oppure risulti impossibile. Come si può comprendere l'art. 28 c.c. si applica solo qualora vi sia un mutamento di scopo da parte della fondazione, ma non vi è alcuna modifica alla struttura organizzativa poiché rimane sempre una fondazione. Invece, per quanto attiene la trasformazione prevista dall'art. 2500 octies, la modifica non riguarda solamente lo scopo, ma anche l'intera struttura organizzativa e giuridica dell'ente.

Altra differenza tra questi due istituti è che, mentre per la trasformazione prevista dall'articolo 28 c.c. la decisione può essere presa dall'autorità governativa di sua iniziativa, nella trasformazione ai sensi dell'articolo 2500 octies può essere proposta solo dall'organo competente⁴¹.

Con riguardo all'assegnazione delle quote o delle azioni risultanti dalla trasformazione della fondazione in società, queste vengono distribuite secondo quanto previsto dall'atto costitutivo. Qualora nell'atto non sia previsto nulla, l'autorità procede ad assegnarle a enti con finalità il più analoghe alla sua. Si noti che la particolarità della fondazione è proprio l'assenza dell'aspetto soggettivo che è la base del concetto di partecipazione e che solitamente caratterizza le società.

⁴⁰ Il D.P.R. 361/2000 impone l'obbligo di riconoscimento sia per le associazioni che per le fondazioni.

⁴¹ P. Rescigno, voce *Fondazione*, in Enc. dir., XVII, p. 803; F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., pp. 239 e 345.

2.4.3 L'associazione

La trasformazione da società di capitali ad associazione già prima della riforma era contemplata tra le cosiddette fattispecie atipiche⁴², la quale non essendo espressamente disciplinate dal legislatore non si potevano ritenere vietate. Con l'avvento della riforma il legislatore ha previsto e disciplinato la trasformazione da associazione riconosciuta a società di capitali, prevedendo anche l'operazione inversa, ma per le sole associazioni non riconosciute. La motivazione che ha spinto il legislatore a prendere questa decisione deriva dal fatto che, qualora il punto di arrivo della trasformazione fosse stata l'associazione riconosciuta, si sarebbe potuto eludere l'art. 3 d.P.R. numero 361. Quest'ultimo permette il riconoscimento alle sole entità in cui il patrimonio "risulti adeguato alla realizzazione dello scopo"⁴³.

Essendo previsto così, l'unica strada percorribile è quella della trasformazione in associazione non riconosciuta e, solo qualora lo scopo ultimo dell'entità sia quello di diventare un'associazione riconosciuta, allora dovrà richiedere il riconoscimento della personalità giuridica, a condizione, però, che siano rispettati i canoni imposti dalla legge.

Con riguardo all'operazione inversa, il legislatore richiede che il possesso della personalità giuridica sia invece condizione indispensabile affinché l'operazione vada a buon fine.

La motivazione che ha spinto il legislatore a non equiparare le due trasformazioni non può certo ricercarsi nel mancato assoggettamento delle associazioni non riconosciute alle pubblicità richieste, dal momento che per una tipologia di consorzi o le comunioni di azienda non vi sono obblighi pubblicitari. L'unica motivazione, ad oggi condivisa dalla maggior parte della dottrina, è che il legislatore abbia preferito avvantaggiare le associazioni riconosciute rispetto a quelle non dotate di personalità giuridica.

⁴² Questa possibilità è avvenuta a seguito di diversi dibattiti, in quanto parte della dottrina riteneva inammissibile la trasformazione a causa della diversità causale. F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di Galgano, p. 217.

⁴³ Si ricorda che fino alla riforma degli enti del terzo settore (D.Lgs. 117/2017), la valutazione dell'appropriatezza del patrimonio ai fini del riconoscimento della personalità giuridica era del tutto discrezionale e questo comportava forti differenze a livello territoriale. La riforma degli ETS ha permesso di fissare un limite minimo specifico per le associazioni e le fondazioni.

Ai sensi dell'art. 2500 octies c.c. la trasformazione eterogenea (da associazione riconosciuta a società di capitali) prevede una serie di limitazioni. La prima riguarda lo statuto, poiché l'assemblea degli associati può prevedere nel suo statuto il divieto di trasformazione. Tale limitazione ha lo scopo di proteggere gli associati da eventuali future modificazioni della struttura organizzativa; tuttavia, è possibile superare il limite inizialmente imposto solo con il consenso unanime degli associati.

Ulteriori limiti sono dati dal divieto a seguito dell'utilizzo di alcune agevolazioni fiscali, espressamente indicate dal legislatore, oppure dal ricevimento di liberalità, contributi pubblici o, ancora, offerte pubbliche.

In merito al recesso da parte di un associato dissenziente, la legge ha previsto il diritto, per quest'ultimo, di recedere. Il suddetto diritto non può essere condizionato dall'art. 24 del Codice civile che impone, a coloro che abbiano sottoscritto ad un'associazione per un tempo determinato, il divieto di recedere. Nella trasformazione è invece possibile il recesso unilaterale poiché vi è il mutamento dello scopo originario che rientra come giusta causa. Infine, per colui che decide di recedere spetta la liquidazione della sua quota risultante che, di norma, è divisa in parti uguali ma nulla toglie che sia suddivisa in modo differente.

2.4.4 Le società cooperative

Con l'avvento della riforma si è interrotto un divieto durato quasi trent'anni imposto dall'art. 14 legge n. 127 del 1971 che non permetteva la trasformazione delle cooperative in società cd "ordinarie". L'art. 2500 septies ha levato ogni dubbio riguardo la fattibilità della trasformazione eterogenea di società di capitali in cooperative, introducendo anche, grazie all'art. 2545 decies, la possibilità di trasformare le cooperative diverse da quelle con una mutualità prevalente.

Ulteriore caratteristica introdotta dalla riforma è stata l'intenzione di accordare, all'interno della cooperativa, sia il classico scopo mutualistico (perseguito dai soci cooperatori) sia lo scopo lucrativo (derivante sia dai soci finanziatori che dai possessori di strumenti finanziari). Questa armonizzazione ha permesso il rafforzamento patrimoniale e finanziario delle cooperative.

Come sostenuto da diversi studiosi come Serra, Paciello, Cognasso e tanti altri⁴⁴, il motivo del divieto esistente prima della riforma non era fondato sull'esistenza di una incongruità tra scopo mutualistico e lucrativo, bensì era finalizzato ad evitare che le società cooperative, dopo esser state avvantaggiate dall'utilizzo di benefici e agevolazioni di tipo fiscale, potessero, attraverso la trasformazione eterogenea in società a scopo di lucro, sottrarsi ai limiti imposti in tema di distribuzione degli utili e delle riserve. Il divieto, seppur esistente per la sola previsione appena descritta e non per il caso inverso, faceva svanire eventuali contestazioni di ordine causale.

La riforma del 2003 ha perciò costituito il momento finale di un iter legislativo finalizzato a far decadere gli ostacoli che contrapponevano la causa mutualistica con quella lucrativa.

È bene precisare che l'incongruità che era emersa con la legge n.127 del 1971 si fondava sull'interesse pubblico primario di imporre una destinazione altruistica del patrimonio, nel rispetto dell'istituto delle società cooperative.

Il legislatore, nella riforma, ha voluto impedire la trasformazione non solo alle cooperative, la cui mutualità è prevalente, ma anche a quelle che, dopo aver beneficiato delle agevolazioni fiscali a esse riservate, attraverso la trasformazione in società lucrative, possono eliminare quei vincoli imposti dalla legge sulla distribuzione delle riserve e degli utili. Tale previsione è disciplinata all'art. 2500 octies, comma 3 del Codice civile. La *ratio* è quella di impedire che le società cooperative, avvantaggiate da benefici fiscali, possano far concorrenza alle società di capitali, le quali non godono dei già menzionati regimi agevolativi. Codesta norma, seppur si riferisca alle associazioni, viene utilizzata come principio generale anche per tutti quegli enti ai quali viene sottoposto il medesimo divieto. Questa previsione è solamente valida per l'operazione sopradescritta; non avrebbe alcun senso imporre tale divieto pure all'operazione inversa, ovvero la trasformazione da società di capitali in cooperativa, poiché, potendo godere dei benefici fiscali, si vedrebbe al contempo imporre dei limiti sulla destinazione del patrimonio e sulla distribuzione degli utili.

Sotto l'aspetto applicativo, si nota come l'operazione di trasformazione eterogenea da società cooperativa a società con scopo di lucro impone di devolvere il patrimonio al netto delle quote

⁴⁴ O. Cognasso, *op. cit.*, p. 84; G. Serra, *op. cit.*, p. 313; A. Paciello, *Contributo allo studio della trasformazione e della fusione eterogenea*, Napoli, 1991, p. 121; G. Marasà, *op. cit.*, p. 97.

di capitale versate e rivalutate nel tempo nonché dei dividendi non ancora distribuiti. Il suddetto patrimonio viene poi devoluto a fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione⁴⁵.

A tal riguardo la norma 2545 undecies prescrive la necessità di allegare alla proposta di trasformazione la relazione di un esperto (designato dal tribunale) che attesti il valore da destinare ai cd fondi mutualistici.

Ci sono tre casi in cui una società cooperativa può trasformarsi in società lucrativa senza riscontrare degli ostacoli: il primo è che non abbia inserito all'interno del suo atto costitutivo alcuna clausola presente nell'art. 2514 c.c.⁴⁶; il secondo è che seppur abbia inserito le clausole dell'art. 2514, per due anni consecutivi non abbia rispettato i limiti dimensionali riguardo la prevalenza prevista dall'art. 2513 c.c.; infine, che la cooperativa non abbia eliminato i vincoli o le clausole mutualistiche.

In merito alla trasformazione eterogenea della società cooperativa in società di capitali, la relazione di stima è necessaria per determinare la parte di patrimonio che deve essere imputata a capitale sociale. I soci della società cooperativa devono poi rispettare il limite imposto per il valore della loro quota, che non può superare i centomila euro. Qualora risultasse superiore è necessario ridurre il suo valore fino al livello massimo imposto. Se l'eventuale valore non viene riportato entro i limiti imposti, l'intera delibera di trasformazione diventa nulla. Per concludere, a seguito della trasformazione è necessario un aumento di capitale sociale fino al raggiungimento del limite minimo imposto dal legislatore per la tipologia di società scelta.

2.4.5 La trasformazione dei consorzi e delle società consortili

Anteriormente alla riforma del diritto societario sussisteva un divieto generale di trasformazione per quelle società il cui scopo era istituzionalmente incompatibile con la

⁴⁵ L'art. 2512 c.c. stabilisce quali siano le caratteristiche affinché una cooperativa si definisca a mutualità prevalente. Per ulteriori informazioni si rimanda alla norma del Codice civile.

⁴⁶ L'art. 2514 prescrive il contenuto obbligatorio dello statuto di una cooperativa a mutualità prevalente. In particolare: il divieto di distribuzione degli utili, riserve, remunerazione gli strumenti finanziari e l'obbligo di devolvere il patrimonio in caso di scioglimento.

tipologia di società prescelta. Sussisteva, tuttavia, una deroga che ammetteva la trasformazione delle società cooperative in società consortili e viceversa. L'operazione era possibile poiché gli enti in questione presentavano un'omogeneità e una compatibilità tra lo scopo mutualistico e quello consortile. Affinché si potesse parlare di trasformazione eterogenea era necessario non solo il cambiamento dello scopo, ma anche il cambiamento del tipo.

Con la riforma del diritto societario è stata introdotta una disciplina chiara a riguardo. L'art. 2500 septies prevede, infatti, la trasformazione delle società di capitali in consorzi o società consortili. Si precisa che il legislatore non fa alcuna differenza tra consorzi con attività esterna o interna, accettandole entrambe. La differenza tra queste due tipologie ha fatto però sorgere dei dubbi, poiché la prima è dotata di soggettività giuridica mentre la seconda ne è sprovvista⁴⁷.

Passando alle caratteristiche più tecniche la norma richiede che i soci della società siano tutti imprenditori e prevede che, qualora uno di essi non lo sia, la trasformazione possa configurarsi in associazione non riconosciuta. In merito alla tutela dei creditori, il passaggio da consorzio a società consortile di capitali non crea alcun problema, ma anzi la rafforza ulteriormente, poiché la tipologia richiede un capitale minimo e la formazione di una riserva legale non distribuibile. La trasformazione da società consortile a consorzio, invece, potrebbe pregiudicare i creditori a causa della minore garanzia patrimoniale messa a disposizione. Va detto, tuttavia, che i consorziati hanno la caratteristica di essere illimitatamente responsabili e, assieme al fondo consortile, sono in grado comunque di mantenere un livello di garanzia equiparabile.

⁴⁷ In merito alle perplessità relative alla trasformazione del consorzio con attività interna: D. Vittoria, *Il cambiamento del tipo per gli enti del libro I del Codice civile*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 1665.

3 La trasformazione eterogenea nella normativa fiscale

La disciplina fiscale delle trasformazioni è contenuta all'interno degli articoli 170 e 171 del TUIR. Nello specifico, l'art. 170 si occupa di disciplinare le trasformazioni omogenee, ovvero quella trasformazione in cui la società mantiene inalterata la propria natura commerciale anche a compimento dell'operazione. L'art. 171, invece, tratta l'intera disciplina delle trasformazioni eterogenee che consistono in un mutamento della natura del soggetto da commerciale a non commerciale, e viceversa. L'art. 171 è stato introdotto nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 344/2003, chiamato anche legge di riforma dell'IRES, il cui compito era quello di coordinare la nuova disciplina civilistica (D.Lgs. 6/2003), in particolare l'art. 2500 septies e octies, con quella fiscale.⁴⁸

Non va trascurato che, prima dell'introduzione dell'art. 171 TUIR, la trasformazione eterogenea non era del tutto sconosciuta dall'ordinamento tributario, e, al contrario, con l'ex art. 126 TUIR veniva, in un certo modo, disciplinato. Il problema principale era relativo al fatto che risultava di difficile comprensione a causa dell'elevata complessità, poiché era necessario adattare le norme dell'art. 122 TUIR che venivano utilizzate per la trasformazione omogenea, in quanto compatibili.

In virtù di questo legame tra le due discipline sembra più opportuno inquadrare brevemente anche la disciplina della trasformazione omogenea al fine di permettere una maggiore comprensione della disciplina oggetto di studio, ovvero la trasformazione eterogenea.

3.1 Art. 170 TUIR: La trasformazione omogenea delle società

Partendo dalla lettura del primo comma dell'art. 170 TUIR, che dispone: *“La trasformazione della società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento”*, si evince già il principio fondamentale della neutralità fiscale.

⁴⁸ F. Gallo, (2003): *Schema di decreto legislativo recante “Riforma dell'imposizione sul reddito delle società (IRES)”*, in *Rass. Trib.*, p. 1661.

Guardando indietro nel tempo si nota come già dagli anni Settanta, con la riforma tributaria iniziata con la legge n. 825 del 9 ottobre 1971, l'operazione di trasformazione veniva considerata senza conseguenze sotto il profilo impositivo. Questo principio è stato poi ripreso e riconfermato più volte dall'art. 73 D.p.r. n.597/1973, dall'art. 15 D.p.r. 598/1973 nonché dall'art. 122 del precedente TUIR. Si evince, quindi, una continuazione dogmatica del pensiero dottrinale e della relativa normativa.

La motivazione riguardo questa scelta interpretativa deriva dall'assenza di alcun trasferimento di ricchezza da un soggetto all'altro, e ciò non avviene né in modo diretto né in modo indiretto. Come afferma una tra le migliori dottrine⁴⁹, non è giustificata la tassazione delle plusvalenze o minusvalenze latenti sui valori e sui beni coinvolti, siano essi in capo alla società o in capo ai soci.

Anche l'Unione Europea, attraverso la Direttiva 90/434/CEE, conferma quanto affermato in merito alla neutralità fiscale e aggiunge che le operazioni riorganizzative sono possibili anche fra soggetti residenti nei diversi paesi dell'Unione Europea. Va, inoltre, precisato che la stessa Unione Europea ha sempre considerato gli atti di riorganizzazione societaria come degli atti di scambio e, quindi, idonei a tassazione. Nonostante la differente impostazione, però, afferma comunque il principio della neutralità fiscale al fine unico di perseguire gli obiettivi di creazione, integrazione e sviluppo del mercato unico. In questo modo è possibile aumentare notevolmente l'efficienza delle imprese e la loro competitività, potendo considerarla come un'opzione non meno favorevole rispetto a quelle che avvengono all'interno di un unico Stato.

A seguito di un importante Direttiva⁵⁰ recepita dal nostro Stato, negli anni Novanta, in merito alle operazioni straordinarie, lo stesso legislatore (con la Legge Delega n.662 del 1996) ha chiesto al governo di riformulare la disciplina allora vigente. Nella legge, all'art. 3, comma 161, si chiese l'armonizzazione del regime tributario relativo alle operazioni di conferimento di aziende, complessi aziendali e scambio di partecipazioni per le operazioni tra soggetti residenti nel territorio italiano e soggetti residenti in altri paesi dell'Unione europea. Così, con

⁴⁹ G. Falsitta, (1986): *Fusione e trasformazione tra società e realizzo di plusvalenze*, in: La tassazione delle plusvalenze e delle sopravvenienze nelle imposte sui redditi, Padova.

⁵⁰ Recepita Direttiva Fusioni con D.lgs. n. 544 del 1992.

il D.Lgs. n. 358 del 1997 il governo riconobbe ufficialmente i già menzionati principi di neutralità fiscale. Questi ultimi furono poi trasposti nel TUIR e sono tutt'ora vigenti⁵¹.

Sotto l'aspetto soggettivo, l'art. 170 TUIR disciplina non solo l'operazione di passaggio da uno all'altro dei soggetti passivi IRES⁵², ma anche quelle operazioni che danno luogo alla trasformazione in o da uno degli enti collettivi soggetti passivi dell'IRPEF⁵³. Rispettivamente si ha, quindi, la trasformazione omogenea semplice che può riguardare la trasformazione in altra società di capitali o in altra società semplice; la trasformazione omogenea regressiva o progressiva che può riguardare la trasformazione da società di capitali in società di persone o viceversa; e, infine, la trasformazione eterogenea progressiva o regressiva che è relativa a un ente non societario che si trasforma in ente societario o viceversa.

Continuando ad analizzare l'art. 170, al comma 2, in tema di trasformazioni omogenee progressive e regressive, il reddito prodotto tra l'inizio del periodo di imposta e la data di trasformazione è determinato secondo le regole applicabili prima della trasformazione. Così è possibile ottenere due frazioni di reddito che sono sottoposte a due regimi fiscali differenti.

Il comma 3 precisa, poi, che in caso di trasformazione omogenea progressiva le eventuali riserve, con utili tassati in capo ai soci, costituite prima della trasformazione, possono mantenere lo status di riserve già tassate per trasparenza in capo ai soci solo se vengono iscritte in bilancio indicandone la loro origine.

Anche nell'operazione inversa (comma 4), con la trasformazione regressiva, se la società di capitali non ha esercitato l'opzione per la trasparenza fiscale⁵⁴, quando si trasforma in società di persone le riserve non sono qualificate automaticamente come dividendi, bensì come utili da tassare solo qualora vengano distribuiti, a condizione che venga data indicazione della loro

⁵¹ P. Pistone, (2007): *Profili comunitari ed internazionali della riforma fiscale*, in: Tesauro, F. (coord.), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Torino, pp. 75-126.

⁵² Ai sensi dell'Ex. Art. 73, comma 1 lettera a) e b) del TUIR per soggetti passivi Ires nel territorio dello Stato si intende: "a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 ...; b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali."

⁵³ Ai sensi dell'art. 5 del TUIR, sono soggetti all'IRPEF i redditi prodotti dai seguenti enti collettivi: società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice residenti nel territorio dello Stato. Per maggiori dettagli si rimanda alla norma del TUIR.

⁵⁴ Agli art. 115 e 116 TUIR viene data la possibilità per le società di capitali che hanno determinati requisiti, di poter sottoporre i propri redditi direttamente in capo ai soci (chiamato regime di trasparenza).

origine. Suddetta regola potrebbe penalizzare le società di persone che scelgono di adottare il regime di contabilità semplificata, a causa dell'impossibilità di rappresentare correttamente le riserve in bilancio; la legge per presunzione le considera come distribuite e quindi soggette a tassazione in capo ai soci.

In merito alle riserve di capitale, queste non vengono tassate se distribuite come prescrive l'art. 47 TUIR. Queste riserve ricomprendono fondi con sopraprezzo di emissione delle azioni, interessi di conguaglio versati da eventuali nuovi sottoscrittori, versamenti fatti a fondo perduto dai soci e altre fattispecie, tutte ricomprese all'interno del comma 5.

Infine, nella trasformazione omogenea progressiva e regressiva il trattamento delle perdite pregresse è differente. Se per la fattispecie progressiva la società di capitali non può assorbire le perdite della società di persone perché le perdite sono direttamente imputate ai soci, nella fattispecie regressiva, invece, le perdite pregresse della società di capitali possono essere riportate a nuovo dalla società di persone e compensate con gli eventuali utili⁵⁵.

3.2 Art. 171 TUIR: La trasformazione eterogenea delle società

Come anticipato in precedenza, il pieno riconoscimento della disciplina è avvenuto solo dopo la riforma del D.Lgs. n.344/2003, sebbene già nella versione anteriore del TUIR, all'art. 126, si estendevano le regole della trasformazione delle società anche ai soggetti diversi dalle società, per quanto applicabili.

Si rende ora necessario chiarire l'elemento rilevante della trasformazione, che non è il mutamento di causa o scopo, bensì la categoria tributaristica di appartenenza dei beni e valori che sono coinvolti nell'operazione di trasformazione. In termini diversi il compito della disciplina fiscale è quello di regolare gli effetti fiscali degli elementi reddituali e patrimoniali che derivano dal cambiamento di regime dei beni, più precisamente da quello dei beni non di impresa a quello dei beni di impresa, e viceversa.

⁵⁵ Il tutto è disciplinato agli articoli 8, comma 3, e 84, comma 1, TUIR.

Sebbene il termine “trasformazione eterogenea” venga utilizzato in modo indifferente, e apparentemente uguale, sia in diritto tributario che in diritto commerciale, nella realtà dal punto di vista soggettivo le fattispecie non sono coincidenti tra loro.

Dal punto di vista civilistico per trasformazione eterogenea si intende da società di capitali (in particolare i capi V, VI e VII del c.c.) in consorzio, società consortile, comunione di azienda, fondazione, associazione non riconosciuta e società cooperativa, e viceversa.

Dal punto di vista fiscale, invece, la trasformazione eterogenea è intesa come trasformazione da ente non commerciale (titolo II, capo III del TUIR) a ente commerciale (titolo II, capo II del TUIR), e viceversa.

Si evidenzia subito una differenza tra le due categorie soggettive. Nella disciplina fiscale per ente commerciale si intende una categoria molto più ampia che ricomprende, per esempio, anche le società cooperative e di mutua assicurazione. Inoltre, la norma fiscale si occupa di disciplinare anche gli enti non commerciali a differenza della norma civilistica.

Il tutto porta a concludere che nelle trasformazioni ci sono fattispecie eterogenee che portano a degli effetti civilistici che, però, sono diversi ai fini tributari.

A titolo del tutto esemplificativo, la trasformazione di una S.p.A. in una società cooperativa, dal punto di vista civilistico è considerata una trasformazione eterogenea, poiché vi è il mutamento dello scopo dell'ente, da scopo di lucro a scopo mutualistico; invece, dal punto di vista tributario non lo è, perché entrambi gli enti (S.p.A. e Cooperativa) sono sottoposti alle medesime regole per la determinazione della base imponibile, come indicato al capo II del TUIR.

Dopo aver analizzato i diversi profili soggettivi dell'operazione di trasformazione, si procede con la descrizione delle principali caratteristiche disciplinate dall'art. 171 TUIR.

L'obiettivo principale dell'art. 171 è quello di garantire la coerenza dell'operazione all'interno dei principi e delle regole che sorreggono l'intero sistema tributario. Per fare ciò il legislatore ha dovuto riconciliare la tipica neutralità fiscale, che caratterizza l'operazione di trasformazione, con l'esigenza di porre fine al “ciclo reddituale dei beni”⁵⁶. Infatti, se dal punto

⁵⁶ G. Falsitta, (1986): *Il presupposto di imponibilità delle plusvalenze patrimoniali*, in *La tassazione delle plusvalenze nelle imposte sui redditi*, Padova, p. 60 ss.

di vista civilistico la trasformazione di un ente societario in ente non societario comporta, sotto l'aspetto patrimoniale, un mutamento del vincolo di destinazione; dal punto di vista tributario, invece, risulta necessario sottoporre gli elementi reddituali e patrimoniali a un processo impositivo, al fine di consentire il passaggio a un diverso regime fiscale.

Per conciliare queste diverse esigenze, l'art. 171 al comma 1, assimila la trasformazione eterogenea, da ente commerciale a ente non commerciale, a una destinazione di beni con una finalità che viene definita extra-imprenditoriale, e, perciò, idonea alla tassazione delle plusvalenze cd "latenti" sui beni di appartenenza della società.

Questa operazione non viene considerata, ai fini fiscali, neutrale, ma crea un evento che è rilevante, poiché pone fine al ciclo reddituale dei beni e ne consegue il realizzo di eventuali minusvalenze o plusvalenze, le quali saranno imputate al soggetto trasformato⁵⁷.

Per quanto concerne l'ipotesi opposta, disciplinata al comma 2, vi è, comunque, una deroga alla regola della neutralità fiscale. La trasformazione da ente non commerciale a ente commerciale, infatti, viene considerata alla stregua di un conferimento in società. Tuttavia, viene considerato conferimento solamente a quei beni che sono diversi da quelli già compresi nell'azienda⁵⁸. A titolo meramente esemplificativo, danno luogo a plusvalenze tassabili quegli immobili acquistati da meno di cinque anni oppure strumenti partecipativi o di investimento. Per tutte le ipotesi non elencate all'art. 67 del TUIR la trasformazione non comporta alcuna tassazione poiché è garantita la neutralità impositiva.

In merito alle riserve lo stesso art. 171 prescrive che, nel caso di trasformazione eterogenea regressiva, le riserve anteriori alla trasformazione possono essere assoggettate a tassazione in due momenti differenti. La prima situazione prevede che, se viene indicata l'origine della riserva in bilancio, questa viene sottoposta a tassazione nel momento in cui viene distribuita. Nel caso in cui, invece, l'origine della riserva non viene indicata in bilancio, questa viene tassata nel periodo di imposta successivo alla trasformazione.

Ricapitolando, le trasformazioni eterogenee disciplinate dal Codice civile all'art. 2500 septies e octies, vengono considerate operazioni realizzative di plusvalenze che sono latenti sui beni

⁵⁷ R. Lupi, (1986): *Profili tributari della fusione di società*, Padova, p. 6; M. Nussi, (1997): *Il regime dei beni d'impresa tra esigenze di coerenza impositiva e referenti privatistici*, in *Rass. trib.*, p. 1078.

⁵⁸ L'art. 67 comma 1 lett. n) del TUIR rimanda alle lettere precedenti per indicare tutte le fattispecie che rientrano tra i beni che costituiscono conferimento in caso di trasformazione eterogenea.

e, quindi, considerate come una destinazione di beni con finalità che possono essere o extra imprenditoriali o equiparate a un conferimento. Sono, invece, considerate neutrali, dal punto di vista impositivo, se rientrano tra quei beni funzionali all'impresa e se non costituiscono plusvalenze "speculative".

3.3 La neutralità fiscale nelle trasformazioni eterogenee

Con l'avvento dell'art. 171 TUIR e il principio che contempla la tassazione delle plusvalenze latenti nelle trasformazioni che prevedono il passaggio da ente commerciale a ente non commerciale, e viceversa, una parte della dottrina⁵⁹ ha affermato l'incoerenza di questa scelta giuridica dovuta dall'assenza di un effettivo realizzo monetario.

Di seguito, pertanto, verranno esposte e analizzate sia le motivazioni alla base della seguente tesi sia quelle che hanno spinto una parte della dottrina a presentare opposizione a quella regola generale che tutt'ora è in vigore.

Occorre, inoltre, chiarire che le seguenti valutazioni sulla possibile irrilevanza impositiva non rispecchiano l'attuale principio di neutralità in vigore, come regolato dall'Unione Europea e accolto in toto dal nostro paese, anche in merito a quelle trasformazioni che avvengono interamente all'interno dell'Italia⁶⁰.

Alla base del ragionamento sostenuto dalla sopracitata dottrina vi è l'assunto che una semplice trasformazione del profilo soggettivo può (ma non deve) costituire il necessario presupposto al prelievo fiscale⁶¹. La suddetta dottrina ha cercato di individuare un modo che, seppur tenendo conto della natura riorganizzativa ed economica dell'operazione, consenta il rinvio della tassazione al momento dell'effettivo distacco del bene dal soggetto. La logica di questa decisione deriva dal fatto che la tassazione al momento della separazione del bene risulterebbe più coerente rispetto al sistema in vigore, poiché permetterebbe di incrementare

⁵⁹S. F. Cociani, (2005): *La trasformazione eterogenea nel diritto tributario. Primi spunti critici*, in: Riv. Dir. Trib., p. 617 e ss.; S. F. Cociani, (2005): *Libro Bianco - L'IRES due anni dopo: considerazioni critiche e proposte*, Milano, p. 269.

⁶⁰A. Visconti, (2009): *Lo scambio di partecipazioni tra soggetti interni e quello tra soggetti comunitari nella disciplina del testo unico delle imposte sul reddito: un caso irrisolto di disapplicazione della direttiva 90/434/CE*, in: Riv. Dir. Trib., p. 169 e ss.

⁶¹R. Lupi, (1991): *Neutralità dei conferimenti in natura e doppia imposizione*, in: Riv. dir. trib., p. 613 e ss.

il valore, che altrimenti sarebbe tassato in un dato momento temporale e non riguardando una formazione continua nel tempo⁶².

La simmetria fiscale, che è il presupposto per il realizzo dei valori all'atto della modifica per la determinazione del reddito, sembra essere assicurata, anche in questa diversa prospettiva, poiché la tassazione avverrebbe nel momento in cui il bene si distacca fisicamente dal patrimonio dell'ente. L'ente, però, deve richiedere che i propri beni siano iscritti in contabilità al valore fiscalmente riconosciuto e che si tenga memoria del valore normale maturato sui beni al momento della trasformazione. Questa potrebbe avvenire attraverso un prospetto di raccordo o indicandolo in dichiarazione annuale dei redditi⁶³. Attraverso questo procedimento si è in grado, pertanto, di tenere traccia della provenienza rispettando così sia il principio di inerenza al reddito di impresa sia il principio della capacità contributiva⁶⁴. Infine, per permettere una coerenza nella tassazione, le regole a cui saranno sottoposte quei beni, nel momento in cui si distaccheranno dall'ente, saranno quelle specifiche del soggetto precedente alla trasformazione⁶⁵.

Infine, per fare in modo che il meccanismo risulti coerente dal punto di vista giuridico è stato adottato il medesimo meccanismo che viene utilizzato nelle trasformazioni per il trattamento fiscale delle riserve.

Tale dottrina, inoltre, afferma che al fine di raggiungere l'obiettivo di garantire un maggior rispetto della effettiva capacità contributiva, che è un principio costituzionale, risulterebbe necessario modificare l'attuale presunzione assoluta di realizzo in una presunzione relativa di neutralità con l'obbligo di osservare alcuni adempimenti pubblicitari.

Esiste, tuttavia, un precedente giuridico, che la dottrina sostenitrice di quanto sopra descritto non considera, e che è relativo a un caso di neutralità fiscale in tema di trasformazione

⁶² D. Stevanato, (1994): *Inizio e cessazione dell'impresa nel diritto tributario*, Padova; D. Garcea, (2003): *Note sistematiche sulla fuoriuscita dei beni dall'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, p. 441 ss..

⁶³ G. Falsitta, (2005): *L'eterno ritorno della questione fiscale delle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. trib.*, p. 70 ss.

⁶⁴ In merito al principio di inerenza, in ambito fiscale, si rimanda all'art. 109 comma 5 del TUIR.

⁶⁵ A titolo esemplificativo, nell'ipotesi che un ente commerciale decida di effettuare una trasformazione eterogenea regressiva e successivamente decida di cedere un cespite immobiliare, le plusvalenze derivanti dalla cessione saranno imputate prioritariamente con le regole del reddito di impresa e, qualora il primo abbia avuto termine, si concluderà con le regole della tassazione come reddito diverso.

eterogena. Questo viene analizzato di seguito e riguarda la trasformazione delle fondazioni bancarie.

Al fine di garantire una migliore solidità patrimoniale delle aziende bancarie pubbliche, agli inizi degli anni Novanta, fu introdotta una norma che permise, sia alle fondazioni bancarie che alle banche con una struttura corporativa, di trasformarsi in società per azioni. Grazie alle previsioni agevolative, presenti all'interno del D.Lgs. n.356/1990, un notevole numero di appartenenti al settore bancario scelse di intraprendere il percorso di trasformazione. Grazie alla legge Amato (L. n.218/1990), ci furono delle agevolazioni fiscali relativamente alle imposte sui redditi e alle imposte indirette, per chi effettuava una trasformazione, scissione, fusione o conferimento entro il termine del 31/12/1994. Nello specifico, con riferimento alle imposte sui redditi, era prevista una neutralità fiscale delle plusvalenze sino a quando queste non fossero state realizzate a seguito della cessione "delle azioni ricevute per il conferimento effettuato o distribuite"⁶⁶. Pertanto, fino al momento che la fondazione non avesse rivenduto le partecipazioni acquisite, con la trasformazione della banca, queste sarebbero rimaste esenti dalla tassazione sulle plusvalenze.

Non va, inoltre, trascurato che l'operazione in questione è stata frutto di una legge "straordinaria" atta alla razionalizzazione e alla privatizzazione delle banche. Infine, si fa presente che le valutazioni circa un eventuale possibilità di configurare una trasformazione eterogenea in neutralità fiscale, rimangono, a oggi, una sola disquisizione dottrinale e non del tutto confrontata, all'interno del sistema impositivo, sotto il profilo della coerenza.

3.4 La trasformazione delle società semplici (in società commerciali e viceversa)

Il tema della fattibilità della trasformazione eterogenea delle società semplici in società di capitali ha causato un forte dibattito dottrinale che, a mio avviso e non solo, non ha portato a delle soluzioni univoche. Prima di tutto è necessario precisare che nel TUIR non è presente alcuna norma volta a disciplinare il trattamento fiscale dell'operazione in questione. Andando indietro nel tempo è possibile notare come siano presenti alcuni interventi ministeriali che

⁶⁶ Art. 1 legge n. 218/1990.

sostengono come l'operazione in questione sia assoggettata a due regimi impositivi differenti. Lo stesso Ministero delle Finanze ha affermato tramite una nota⁶⁷ che la sopradetta trasformazione non rientra tra le fattispecie previste, poiché l'unica trasformazione riconosciuta è quella che avviene tra le diverse tipologie di società commerciali.

Solo con la Circolare Ministeriale n. 137/E del 15 maggio 1997 si afferma che la trasformazione è un'operazione neutra dal punto di vista fiscale e che la trasformazione delle società di persone in società semplici comporta "il realizzo di plusvalenze ai sensi dell'art. 54, comma 1, lett. d) del TUIR".

Si può quindi affermare che la prassi ministeriale classifichi la trasformazione delle società semplici come un'operazione fiscalmente non neutrale.

Tuttavia, con la sentenza di una C.T.C.⁶⁸, parte della giurisprudenza ha sostenuto che la trasformazione in oggetto non potesse causare la liquidazione delle plusvalenze, a meno che non fossero assegnati ai soci i beni a loro relativi.

Questa sentenza ha creato forti discussioni in ambito dottrinale, poiché si fondava solamente su un "appiglio" testuale dell'allora art. 122 del TUIR (D.P.R. 917/1986), senza, però, ricomprendere l'essenza della questione, ovvero l'uscita del bene dall'impresa che, nel tempo, può aver accumulato elevate plusvalenze latenti.

La dottrina, a fronte di questa questione, ha rigettato sistematicamente la neutralità dell'operazione, ovvero permettere alle plusvalenze latenti di essere tassate solo nel momento dell'effettiva vendita da parte della società che si è trasformata. Inoltre, nessuna disposizione dell'ordinamento, a oggi, ha avvalorato un regime di sospensione di imposta per tale operazione.

Dal momento che la trasformazione della società semplice non è caratterizzata dalla neutralità a livello fiscale, si rende necessario individuare quale sia il suo corretto trattamento fiscale. La maggior parte della dottrina⁶⁹ sostiene che si debbano applicare il comma 1 e 2 dell'art. 171 del TUIR, i quali sono entrambi di portata generale. La suddetta disciplina parrebbe valere

⁶⁷ Nota n. 9/373 del 20 aprile 1979, trasferito poi nell'art. 122 del D.P.R. 917/1986 e infine nell'attuale art. 170 con il D.Lgs. 344/2003.

⁶⁸ C.T.C. del 23 febbraio 1994, n. 597.

⁶⁹ G. Odetto, (2006): *Trasformazione delle società semplici in società di persone commerciali*, in: "Pratica fiscale e professionale", p. 39.

anche nella fattispecie della società semplice che decide di trasformarsi in società commerciale e non solo nell'ipotesi inversa. Il comma 2, invece, è una "tipizzazione" di un principio che vale tanto nella fattispecie di esclusione quanto in quella di conferimento dei beni nell'ambito fiscale dell'impresa, e che ne determina un evento realizzativo.

Al fine di ricomprendere l'operazione all'interno delle fattispecie delle trasformazioni eterogenee è necessario capire se l'elencazione presente nel Codice civile sia tassativa o meno. Qualora non dovesse esserlo, occorre osservare all'interno del TUIR, in particolare all'art. 171, se sussista una disciplina che ricomprenda anche le società semplici tra le trasformazioni eterogenee. In ogni caso, che si adotti una soluzione o l'altra, le differenze non dovrebbero essere sostanziali. Se, infatti, non dovesse essere ricompresa all'interno del coacervo delle trasformazioni eterogenee verrebbe trattata come un conferimento o un'estromissione dei beni di impresa, e verrebbe trattata in via interpretativa; viceversa, risulterebbe codificata all'art. 171 del TUIR.

Secondo l'orientamento maggioritario, avvalorato anche dal Consiglio Notarile di Milano⁷⁰, la trasformazione delle società semplici viene ricompresa tra le fattispecie delle trasformazioni eterogenee. Questo orientamento fa anche in modo di non incorrere in alcun rischio in merito a eventuali censure dell'operazione da parte dell'Amministrazione finanziaria, la quale si riteneva che avrebbe potuto riqualificare l'operazione di trasformazione come una liquidazione susseguita da un conferimento⁷¹. Infine, a ulteriore supporto di questa tesi, lo stesso legislatore, ha riconosciuto gli effetti della trasformazione regressiva delle società semplici, introducendo, persino, delle disposizioni agevolative al fine di ridurre il carico fiscale complessivo⁷².

3.5 La trasformazione eterogenea regressiva

L'art. 171 del TUIR, rispetto alla medesima fattispecie disciplinata dal Codice civile (art. 2500 septies), restringe il campo di applicazione della trasformazione eterogenea regressiva, ossia

⁷⁰ Attraverso la Massima 20/2004 del Consiglio Notarile di Milano.

⁷¹ A riguardo si rimanda allo Studio del Consiglio Nazionale del Notariato del 31/03/2005 n. 5619/l.

⁷² La legge a cui si fa riferimento è la n.449/1997, all'art. 29.

disciplina la trasformazione delle società di capitali in enti non commerciali, con l'unica eccezione che riguarda la fattispecie della trasformazione in comunione di azienda.

Al comma 1 viene disciplinato il valore al quale devono essere riconosciuti i beni della società. La valorizzazione deve avvenire al cd "valore normale"⁷³, eccetto nei casi in cui questi beni vadano a confluire in una azienda o in un complesso aziendale dell'ente non commerciale.

Pertanto, si evidenzia fin da subito il rilievo dato, sotto il profilo fiscale, alla "decommercializzazione", ovvero alla destinazione delle finalità estranee all'esercizio d'impresa. Differentemente, nel profilo civilistico, assumono maggiore rilevanza altri aspetti, quali, ad esempio, il mutamento della causa e la riduzione delle tutele per i terzi ⁷⁴.

Proprio a causa della trasformazione, e, quindi, del passaggio dal regime dei beni d'impresa a quello dei beni non di impresa, viene meno il vincolo di destinazione sul patrimonio, per cui si giustifica la chiusura del ciclo reddituale e la conseguente ripresa a tassazione. Seguendo le regole imposte dall'art. 86 del TUIR, qualora non vi sia un atto di scambio o la monetizzazione di eventuali maggiori o minori valori di beni, la valorizzazione può avvenire secondo il valore normale degli stessi al momento della trasformazione.

3.5.1 Il regime dei beni di impresa

Il valore dei beni di impresa rappresenta la quantificazione, a livello fiscale, del valore attribuito a un bene di un'impresa. Tale valore costituisce quello che viene definito il "valore fiscalmente riconosciuto", e serve, per l'appunto, a determinare il reddito di impresa. Esso rappresenta un componente negativo del reddito che può essere attribuito in un unico esercizio oppure redistribuito in più esercizi, secondo delle regole prestabilite, in funzione della sua vita utile. Inoltre, Qualora questo bene fuoriuscisse dal ciclo dei beni dell'impresa,

⁷³ Per valore normale si intende il prezzo o il corrispettivo che viene mediamente praticato per beni e servizi "della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquistati o prestati e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi" come indicato dall'art. 9 comma 3 e 4 del d.P.R. 917/86.

⁷⁴ L. Carpentieri, (1997): *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, p. 142 ss.

costituirebbe un componente positivo di reddito necessario per riequilibrare quanto precedentemente dedotto.

Nel regime dei beni di impresa vige un principio assai importante, relativo alla continuità dei valori fiscalmente riconosciuti. Tale principio prevede che, qualora vi sia il riconoscimento di valore di un bene o una sua rivalutazione, a livello fiscale, necessariamente si dovrà corrispondere, in un certo momento, l'emersione di un componente positivo di reddito che ne riassetti l'equilibrio. L'obiettivo principale è quello di evitare che, nella determinazione del reddito, vi siano salti o duplicazioni di imposta.

Un'altra caratteristica importante, sempre inerente alla continuità dei valori fiscalmente riconosciuti, riguarda una sorta di deroga alla regola della personalità dell'imposta in favore della "realtà" della stessa. Pertanto, si intende affermare che fino a quando il bene rimane all'interno dei beni dell'impresa non sussiste, almeno a livello teorico, la necessità di evidenziare eventuali componenti positivi o negativi di reddito. Normalmente, tale principio si applica nelle operazioni straordinarie quali fusioni, scissioni e trasformazioni. Inoltre, per queste operazioni, solitamente, viene riconosciuta la neutralità fiscale nel passaggio dei beni, giustificata dal fatto che il bene rimane in ogni modo ancorato all'impresa e, quindi, non si avvera alcuna fuoriuscita dalla disciplina del reddito di impresa.

A seguito della descrizione fornita in merito al regime dei beni di impresa e alla continuità dei beni di impresa, il prossimo argomento analizzato è relativo ai possibili effetti derivanti dalla fuoriuscita dei beni dal cd regime dei beni di impresa.

Le regole che disciplinano il seguente meccanismo sono contenute negli art. 85 e 86 del TUIR, i quali prevedono che a seguito della destinazione dei beni per il consumo personale dell'imprenditore o dell'assegnazione dei beni ai soci dell'impresa, o della destinazione dei beni per finalità estranee all'esercizio dell'impresa, si giustifica l'emergere dei ricavi o delle plusvalenze. Queste due norme permettono il corretto funzionamento del principio di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti. In merito a tali articoli vi è un'ampia discussione e, soprattutto, se la fuoriuscita del bene sia da intendersi in riferimento alla specifica impresa o, più in generale, quando vi sia un distacco dalla sfera giuridica dell'impresa. Più in particolare, ci si è chiesti se con il riferimento a "finalità estranee all'esercizio dell'impresa" si intendessero tutti gli atti a titolo gratuito oppure le sole operazioni di trasformazione da

un'impresa a una "non impresa". Tuttavia, l'art 171 comma 1 del TUIR è stato chiaro in tal senso, non lasciando alcun dubbio sul fatto che la trasformazione eterogenea costituisca un fenomeno impositivo dovuto dal passaggio a un diverso regime impositivo.

3.5.2 Il passaggio a un diverso regime fiscale dei beni dell'impresa

In precedenza, è stato chiarito che l'art. 171, comma 1 del TUIR regola la trasformazione eterogenea regressiva, ovvero quella fattispecie in cui i beni di un ente commerciale si trasferiscono in un ente, la cui collocazione reddituale dei beni può dipendere o dalla volontà di assegnarli a una particolare categoria, o dalla natura reddituale del bene⁷⁵. Ne deriva, quindi, la giustificazione a tassazione, in virtù della diversa destinazione dei beni all'esercizio d'impresa, oppure l'esenzione dalla tassazione e, quindi, il godimento della neutralità fiscale solamente per quei beni facenti parte dell'attività commerciale residuale dell'ente non commerciale. La destinazione di questi beni non può essere decisa da una semplice manifestazione di volontà, quanto, piuttosto, dall'esito di una valutazione effettuata secondo l'ex art. 65 del TUIR, il quale, attraverso le risultanze dai libri fiscali, ne valuta l'effettiva utilizzazione del bene⁷⁶.

Si può, quindi, affermare che le conseguenze fiscali della trasformazione eterogenea regressiva dipendono principalmente dalla possibilità/volontà di destinare i beni facenti parte della società all'esercizio o meno dell'attività di impresa dell'ente non commerciale, e non tanto dalla previsione normativa in essere. Chiaramente, il tutto deve avvenire nei limiti imposti dalla legge, con particolare riguardo all'art. 149 del TUIR, che sancisce i limiti oltre il quale viene persa la qualifica di ente non commerciale.

Se si osserva, ad esempio, una società che si trasforma in un ente non commerciale, qualora l'ente continuasse, in parte, a esercitare l'attività di impresa sarà suo interesse far evidenziare che i beni rientrano nella sfera dei beni d'impresa, in modo tale da godere della neutralità

⁷⁵ D. Stevanato, *op. cit.*, 149; M. Logozzo, (1994): *I beni relativi all'impresa*, in AA.Vv., IRPEF, in: Giur. sist. Tesoro, II, Torino, p. 232 ss.

⁷⁶ G. Melis, (2008): *Pluralità di sistemi contabili, diritto commerciale e diritto tributario: l'esperienza italiana*, in: Rass. Trib., p. 1624 e ss.

fiscale. Viceversa, qualora decidesse di destinare i beni a finalità estranee all'esercizio dell'impresa, sarà giustificata la ripresa a tassazione.

Secondo l'art. 144, comma 3 del TUIR, al fine di individuare i beni relativi all'impresa è necessario ricorrere a quanto previsto dall'art. 65 (comma 1 e 3bis) del TUIR⁷⁷. La norma prescrive che la destinazione dei beni deve essere valutata in base all'effettivo impiego degli stessi e avvalendosi, anche, del libro inventari o libro cespiti, a seconda delle differenti casistiche che si devono affrontare.

Secondo quanto previsto dalla lett. a) e b) dell'art. 85 del TUIR, i crediti acquisiti nell'esercizio dell'impresa e i beni mobili strumentali vengono collegati alla "relatività all'impresa", e, secondo il legislatore, in base all'effettivo utilizzo nell'esercizio dell'attività commerciale.

Il legislatore desume l'intenzione dell'ente di destinare i beni all'esercizio dell'impresa, tramite l'effettivo utilizzo dei beni nell'esercizio dell'attività commerciale. Questa presunzione è riconosciuta sia per i beni mobili strumentali che per i beni merce⁷⁸, oltre che per i crediti relativi all'esercizio d'impresa. Per i suddetti cespiti, qualora non si volesse ottenere il riconoscimento e, pertanto, non si volesse farli confluire all'interno dei beni d'impresa, sarà sufficiente non utilizzarli in concreto. L'eventuale eliminazione dall'inventario costituirà solamente un elemento probativo ma non sarà sufficiente per accertare il contrario.

Al contrario, l'iscrizione nell'inventario non costituisce un elemento probativo sufficiente a dimostrare l'effettivo utilizzo dei beni all'interno dell'esercizio dell'impresa, e, pertanto, è motivo di esclusione dal realizzo di tali beni.

Relativamente ai beni immobili strumentali e ai beni patrimoniali valgono le medesime regole. Pertanto, sarà necessario dimostrare l'effettivo utilizzo o non utilizzo del bene nell'esercizio dell'attività, indipendentemente dall'iscrizione o meno nel registro degli inventari.

Solo per i beni immobili strumentali delle imprese commerciali l'art. 65 del TUIR riconosce, tramite l'iscrizione nel registro degli inventari, la loro afferenza, indipendentemente dall'effettivo impiego nell'attività.

⁷⁷ Questo articolo si riferisce alle imprese individuali, tuttavia tale principio può essere utilizzato anche nelle trasformazioni eterogenee per determinare la volontà dell'ente alla destinazione dei beni in attività non commerciale.

⁷⁸ I beni-merce sono descritti all'art. 85 del TUIR, alle lettere a) e b).

3.5.3 Il valore normale dei beni nella trasformazione

L'art. 171, comma 1 del TUIR, analizzato anche in precedenza, configura la trasformazione eterogenea regressiva come una fattispecie che dà luogo al realizzo dei beni in virtù della fuoriuscita dei beni dalla finalità tipica delle imprese commerciali. Tuttavia, dal punto di vista civilistico, il Codice civile dispone una sorta di continuità "soggettiva" dell'operazione che, invece, non avviene dal lato fiscale.

Per poter valutare i beni e, di conseguenza, stabilire l'ammontare da tassare, si utilizza il cd valore normale. A tal proposito, l'art. 9 del TUIR definisce il significato in via generale, attraverso un confronto con i beni e i servizi della stessa specie, e nel medesimo stadio di commercializzazione. I titoli di partecipazioni in società e azioni, invece, differiscono dal criterio generale e vengono valutate secondo i prezzi medi del mese antecedente alla trasformazione, nel caso di società quotate, altrimenti in proporzione al patrimonio netto della società, per le società che non sono quotate.

Se, invece, la trasformazione riguarda un intero complesso aziendale o un ramo di azienda, la valutazione viene determinata in base al valore normale complessivo dei beni e dell'avviamento, ma solo qualora dovesse coincidere con un corrispettivo, altrimenti la sua valutazione non è ammessa.

Per concludere, in merito alla tassazione delle plusvalenze, secondo l'art. 86 del TUIR, vi è la possibilità che queste contribuiscano alla formazione del reddito per intero oppure in modo dilazionato in quote costanti fino a cinque anni. Per quanto attiene le azioni e gli strumenti finanziari, invece, le plusvalenze concorrono in misura attenuata, come prescritto dall'art. 87 del TUIR.

3.5.4 Il trattamento delle perdite societarie dopo la trasformazione eterogenea regressiva

Non è escluso che si possano presentare alcune problematiche in merito alle perdite in capo alla società prima della trasformazione, e come queste possano essere trattate nella nuova

entità. Se l'ente non commerciale risultante dalla trasformazione mantiene un'attività commerciale il problema non si pone, poiché è l'ente stesso a poter portare in deduzione negli esercizi successivi le eventuali perdite pregresse. Qualora l'ente, però, non svolge alcuna attività commerciale viene a mancare il presupposto per poter consentire il meccanismo di riporto delle perdite negli esercizi successivi.

Il regime dispositivo, inoltre, varia rispetto a quello dell'art. 84 del TUIR, poiché l'ente non è più configurabile tra gli enti commerciali. A tal proposito, interviene, invece, l'art. 8, comma 3 del TUIR, che fa riferimento alle perdite derivanti dalle imprese individuali con un regime di contabilità ordinaria⁷⁹.

Tale disposizione consente, similmente all'art. 84 TUIR, di riportare le perdite in diminuzione dai redditi di impresa fino al quinto anno successivo. Tuttavia, le perdite possono essere portate in diminuzione solo con i redditi di impresa e non di altra natura. Prevedendo così, l'ente non commerciale che svolge la sola attività istituzionale si vede costretto a non poterne usufruire. Ne consegue che la sola possibilità concessa è quella di portare tali perdite in diminuzione del reddito di impresa risultante nel periodo di imposta nel quale è avvenuta la trasformazione eterogenea regressiva.

3.5.5 Le riserve di utili nella trasformazione eterogenea regressiva

L'art. 171, comma 1, inoltre, nella parte finale disciplina il regime fiscale delle riserve di utili. La legge permette la continuità dell'impresa commerciale anche dopo che viene confluita all'interno di un ente non commerciale, e si tratta dell'unica categoria di riserve che, a seguito di una trasformazione eterogenea regressiva, gode della neutralità fiscale. Le altre categorie di riserve, invece, sono soggette a tassazione.

Per poter permettere la continuazione del regime fiscale originario delle riserve è necessario che l'ente non commerciale, al momento della trasformazione, indichi in un apposito rendiconto l'origine, così da poter consentire il tracciamento della provenienza nel tempo.

⁷⁹ P. Pistone, (2001): *Il trattamento delle perdite e l'evoluzione del diritto tributario primario in materia di imposte dirette*, in: Riv. Dir. Trib., p. 71 e ss.

La neutralità fiscale può sussistere fino al momento in cui soci decidono di distribuire le riserve oppure nel caso in cui decidano di utilizzarle per fini diversi dalla copertura delle perdite.

Qualora, invece, decidessero di distribuirle fra i soci, la disciplina da seguire è quella del regime delle società soggette a Ires⁸⁰. La tassazione, però, è diversa, a seconda che il percettore operi in regime d'impresa o meno. Nel primo caso è necessario, infatti, distinguere se si tratta di società di persone, e in questo caso si applica la tassazione di cui all'art. 59 del TUIR, oppure se si tratta di un soggetto passivo Ires, per cui si applica l'esclusione al 95%, come prescritto dall'art. 89 del TUIR. Nel secondo caso, invece, gli utili sono tassati anch'essi applicando l'esclusione parziale, ma nella percentuale prevista dall'art. 47 del TUIR⁸¹.

3.5.6 I limiti degli enti non commerciali a seguito della trasformazione eterogenea regressiva

In precedenza, si è descritto come la trasformazione di una società può comportare un diverso trattamento fiscale dei beni della società, più in particolare alla neutralità, nel caso di trasformazione omogenea o al realizzo del valore normale, nel caso di trasformazione eterogenea.

Esistono dei limiti, però, entro i quali l'ente deve mantenersi per poter godere del regime fiscale degli enti non commerciali, e questi sono stabiliti dall'art. 149 del TUIR, che tratta la "Perdita della qualifica dell'ente non commerciale". Vi è, inoltre, un'ulteriore norma, l'art. 73, comma 4 del TUIR, che consente di attestare, in termini oggettivi, la natura dell'ente in base a quanto dichiarato nell'atto costitutivo. Sebbene tale verifica non sia esaustiva nella definizione dell'ente, risulta, comunque, necessario effettuarla, per cui risulta necessario svolgere le verifiche disposte sia dall'art. 73 che dall'art. 149 del TUIR.

Analizzando l'art. 149, la principale funzione è quella di verificare che, in concreto, l'ente svolga quanto dichiarato nel proprio statuto o atto costitutivo. La disposizione in oggetto

⁸⁰ Nella lettera b) del comma 1 dell'art. 171 viene richiamato l'art. 170 comma 5 il quale richiama a sua volta come soggetti passivi Ires l'elencazione fatta dall'art. 73 del TUIR. All'interno delle disposizioni dell'art. 73, al comma 2, vengono ricompresi anche gli enti non commerciali.

⁸¹ Secondo l'art. 59 del TUIR la percentuale dell'imponibile soggetta a tassazione è del 40%, mentre per l'art. 47 del TUIR la percentuale è del 58,14%.

contiene al suo interno una presunzione legale di perdita della qualifica di ente non commerciale. Tale presunzione opera ogni qualvolta l'ente dovesse esercitare, come attività principale, l'attività commerciale. L'attività principale va individuata tanto nell'effettiva attività svolta quanto in un giudizio di prevalenza, e questo si può individuare confrontando quello che l'ente dichiara nello statuto con quella che è la sua attività effettivamente svolta.

Passando al comma 2, viene effettuata un'elencazione di una serie parametri entro cui l'ente deve attenersi per poter continuare a essere classificato come un ente non commerciale.

Alla lettera a) viene confrontato il totale delle immobilizzazioni (al netto del fondo ammortamento) destinate all'attività commerciale con quelle destinate all'attività istituzionale.

Alla lettera b) si confrontano, invece, i ricavi provenienti dall'attività commerciale con quelli afferenti all'attività istituzionale.

Alla lettera c) si raffrontano i redditi provenienti dall'attività commerciale con quelli dell'attività istituzionale. Tuttavia, per quest'ultima si intendono quote associative, sovvenzioni, contributi o liberalità.

Mentre alla lettera d) si confrontano i costi, ovvero le componenti negative dell'attività commerciale, con le spese rimanenti.

Per poter stabilire quando un ente non è più qualificabile come non commerciale o viceversa, è venuta in aiuto una circolare ministeriale⁸², la quale ha espressamente affermato che il superamento di uno o più parametri non costituisce la perdita di qualifica, soprattutto alla luce di eventi straordinari. Tuttavia, qualora l'ente non commerciale eserciti prevalentemente l'attività commerciale per un intero periodo di imposta, la qualifica viene meno in capo all'ente.

Al comma 3 si specifica che la perdita di qualifica avviene nello stesso periodo di imposta in cui si perde la qualifica di ente non commerciale. L'ente, qualora venga riqualificato, deve adempiere a tutti gli obblighi contabili fin dall'inizio del periodo di imposta, onde evitare sia di

⁸² N. 124/E del 1998.

incorrere in sanzioni per la mancata tenuta della contabilità sia che il reddito gli venga stabilito sulla base di elementi presuntivi.

Per concludere, al comma 4 vengono esclusi, sia dall'elencazione fatta al comma 2 che dalla presunzione legale di perdita della qualifica, gli enti ecclesiastici e le associazioni sportive dilettantistiche⁸³.

3.6 La trasformazione eterogenea progressiva

La trasformazione oggetto di esame è disciplinata rispettivamente dall'art. 2500 octies del Codice civile e dall'art. 171 comma 2 del TUIR.

La trasformazione costituisce una sorta di "costituzione di una nuova società di capitali"⁸⁴ il cui patrimonio viene destinato all'esercizio dell'attività di impresa e non più alle finalità istituzionali dell'ente non commerciale. A causa del diverso trattamento, la neutralità fiscale non può essere estesa anche a questa fattispecie ma, secondo l'art. 2500 octies, il conferimento è comunque limitato ai beni che non erano già ricompresi "nell'azienda o nel complesso aziendale dell'ente". Pertanto, dal momento che il legislatore assimila l'operazione a un'azione di conferimento, nel prossimo paragrafo vengono analizzate più nel dettaglio le caratteristiche tipiche.

3.6.1 Caratteristiche principali del conferimento dei beni in società

Dal punto di vista civilistico l'operazione è configurata come una semplice permuta, mentre dal punto di vista tributario, come è stato anticipato in precedenza, è configurata come un'operazione di realizzo analogamente alla cessione. Per tale motivo è in grado di produrre, in capo al soggetto conferente, plus o minusvalenze⁸⁵.

⁸³ Attraverso l'estensione di applicazione, come previsto dall'art. 90 comma 11 della legge 289/2002, anche le società sportive dilettantistiche possono godere delle previsioni del comma 4 dell'art. 149 TUIR.

⁸⁴ P. Spada, (20/02/2004): *La disciplina delle trasformazioni societarie nel nuovo diritto dell'economia: contenuti e opportunità per le imprese*, relazione al Convegno organizzato da Paradigma a Milano.

⁸⁵ A. Fantozzi, (2003): *Il diritto tributario*, Torino, p. 909.

Il conferimento consiste nella sostituzione di beni cd di primo grado (come beni e denaro) con beni di secondo grado (come l'emissione di partecipazioni), ed è da qui che deriva la natura "permutativa" dell'operazione. Secondo questa logica anche sotto l'aspetto fiscale l'operazione dovrebbe essere considerata non realizzativa, poiché i beni non perdono la loro principale finalità (ovvero la destinazione all'attività imprenditoriale), ma vengono, invece, sostituiti dalle partecipazioni.

Sebbene ai fini civilistici l'attribuzione del valore dei beni ha la finalità di garantire l'effettività del capitale sociale, ai fini fiscali l'obiettivo principale è quello di verificare se dall'operazione di conferimento emergano degli effetti reddituali⁸⁶. La giustificazione all'emersione della tassazione è dovuta poiché ogni qualvolta si verifica un trasferimento di valori asimmetrici, dal punto di vista fiscale, questi possono causare una doppia tassazione (qualora il valore imponibile non acquisti anche valore fiscale) oppure un salto di imposta (quando il valore fiscale supera il valore attribuito dal suo dante causa).

A tal proposito, l'art. 9 del TUIR equipara espressamente il conferimento a un'operazione di cessione, e, di conseguenza, viene riconosciuta idonea a realizzare plusvalenze, in base agli articoli 58 e 86 del TUIR. Proseguendo, al comma 2 il corrispettivo viene considerato in base al suo valore normale, per il quale è necessario effettuare alcune differenziazioni per tipologia di bene. Nei beni materiali e nelle azioni delle società ci si rifà al loro valore di mercato, mentre nelle quote delle società che non sono quotate nei mercati regolamentati ci si riferisce alla quota corrispondente di patrimonio netto o ai conferimenti complessivi.

In merito alle società quotate il loro valore normale non può in nessun caso essere inferiore alla media dei prezzi dell'ultimo mese. Per i conferimenti di azienda o di partecipazioni di controllo/collegamento il valore, solitamente, corrisponde a quello risultante dalle scritture contabili del soggetto conferente, mentre se è superiore, allora, corrisponde a quello risultante dalle scritture contabili del soggetto conferitario.

⁸⁶ R. Lupi, (2002): *La specificazione legislativa del concetto di reddito, i riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie*, in AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, a cura di R. Lupi e D. Stevanato, Milano, p. 98.

3.6.2 Gli effetti a livello impositivo della trasformazione eterogenea

In precedenza, è già stato osservato che l'art. 171 al comma 2 assimila la trasformazione eterogenea "progressiva" a un conferimento in società, trasformando o creando una nuova società di capitali il cui patrimonio subisce una nuova destinazione principale, che è quella commerciale.

Quanto osservato e analizzato fino a questo momento, ha, pertanto, permesso di comprendere che il legislatore assimila la trasformazione eterogenea progressiva a una cessione a titolo oneroso. Ciò comporta che l'intera operazione è sottoposta alla realizzazione delle plusvalenze disciplinate e previste dall'art. 67 del TUIR⁸⁷. Un esempio di plusvalenze possono essere quelle derivanti da terreni o immobili posseduti da più di cinque anni, oppure quelle derivanti dalla cessione di partecipazioni⁸⁸.

L'obiettivo ultimo dell'operazione è, quindi, quello di chiudere definitivamente il ciclo reddituale degli enti non commerciali attraverso una tassazione delle plusvalenze sui beni che la compongono, in modo tale da poter avviare il nuovo ciclo reddituale secondo la nuova disciplina degli enti commerciali⁸⁹.

Una relazione ministeriale, con il D.Lgs. 344/2003 aveva sollevato una possibile problematica, dal punto di vista fiscale, relativamente a una non chiara dicitura della disciplina riguardo al soggetto passivo titolare delle plusvalenze relative alla trasformazione. Il dubbio riguardava se il soggetto passivo d'imposta fosse colui che ha effettuato la trasformazione (e quindi l'ente non commerciale) oppure il nuovo socio risultante dalla trasformazione della società di capitali. Nonostante i primi dubbi interpretativi, si è risolto, attraverso un'attenta interpretazione degli articoli 171, comma 2 e 67 del TUIR, attribuendo all'ente trasformato il relativo carico d'imposta, e andando, quindi, a pesare sul patrimonio conferito nella nuova società trasformata (ossia sul patrimonio del conferente).

⁸⁷ F. Tesauro, (2004): *L'assimilazione ai conferimenti delle trasformazioni di enti non commerciali in società*, in: *Dialoghi di dir. trib.*, p. 407 ss.

⁸⁸ Rispettivamente si sta facendo riferimento all'art 67 al comma 1 lett. b) e c) del TUIR.

⁸⁹ G. Escalar, (1999): *Il riordino della tassazione dei redditi diversi di natura finanziaria*, in: M. Miccinesi, *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, p. 569 e ss.

3.6.3 Il calcolo dei valori tassabili

L'art. 171, comma 2 non dispone nulla in merito al parametro da utilizzare per determinare le eventuali plusvalenze. Per cui, sembrerebbe che la determinazione delle plusvalenze avvenga seguendo l'art. 68 del TUIR, e non l'art. 9, che disciplina, invece, i redditi e le perdite delle società. Sebbene sia l'art. 68 che l'art. 9 prevedano che le plusvalenze vengano determinate come differenza tra corrispettivo e costo o valore di acquisto, più gli oneri accessori, alla luce della trasformazione eterogenea dove le partecipazioni vengono assegnate senza una particolare controprestazione, il criterio appena analizzato non risulta essere più coerente.

Il criterio che, invece, è risultato essere il più coerente è quello che prevede che vengano divisi i beni in base alla categoria appartenente. Risulta, quindi, necessario suddividere i beni nelle seguenti due categorie: quella dei beni appartenenti al complesso aziendale, e quella dei beni appartenenti alla sfera istituzionale dell'ente non commerciale.

I beni già appartenenti all'impresa dell'ente non commerciale:

Per quanto concerne i beni che appartengono già al complesso aziendale utilizzato per l'esercizio dell'attività commerciale dell'ente non commerciale non esiste una previsione normativa specifica per il trattamento fiscale dell'operazione. Ciò significa che vige la regola generale della continuità dei valori e della neutralità fiscale⁹⁰, poiché la natura dei beni non muta. Inoltre, questo comporta che l'operazione di trasformazione eterogenea non costituisce né distribuzione né realizzo di eventuali plus o minusvalenze dei beni appartenenti, compreso l'eventuale avviamento e le rimanenze. Lo stesso art. 2343 del Codice civile che disciplina la valutazione di stima non influisce sul valore fiscale dei beni, anche se dalle scritture contabili il valore risulta differente.

Per quegli enti non commerciali dove non vige l'obbligo delle scritture contabili, in caso di trasformazione eterogenea, i beni vengono assunti al loro costo storico o valore di produzione, compreso di eventuali oneri accessori.

I beni che appartengono alla sfera istituzionale dell'ente non commerciale:

⁹⁰ Ricordo essere disciplinata dall'art. 170 comma 1 del TUIR.

L'attribuzione del valore fiscale nella società risultante dalla trasformazione appare particolarmente complesso, e questo è dovuto dal fatto che non vi è alcuna disciplina specifica per questa fattispecie. Infatti, L'unica disciplina che appare essere la più coerente e adattabile all'operazione è quella dell'art. 9 del TUIR.

Inoltre, dal momento che la trasformazione eterogenea progressiva viene qualificata al pari di un conferimento in una società, è stato attribuito un effetto di realizzo che ha comportato l'emersione di eventuali plusvalenze, non rispettando il generale principio della neutralità fiscale individuato nelle trasformazioni. Si è, quindi, adottato il valore normale, onde evitare problemi di salti di imposta o asimmetrie. Questa via impone un notevole lavoro aggiuntivo, al fine di determinare il loro corretto valore, ma, al momento, rappresenta l'unica soluzione possibile per poter garantire una coerenza nella tassazione. Ciò permette, infine, di attribuire, alla società risultante dalla trasformazione, i beni al loro valore dopo l'emersione della plusvalenza, garantendo così alle successive variazioni di fare parte della futura formazione del reddito d'impresa.

3.7 Il trattamento delle partecipazioni societarie di un ente non commerciale

Di seguito si tratterà il tema delle partecipazioni detenute da parte di enti non commerciali e attraverso degli interpelli all'Agenzia delle Entrate si cercherà di capire più nel dettaglio come sia il legislatore che l'Agenzia trattano questa fattispecie.

3.7.1 Le partecipazioni societarie detenute da una fondazione

Attraverso l'interpello n.481/2020 si procede a descrivere e capire come viene interpretato dall'agenzia delle entrate la detenzione di partecipazioni da parte di una fondazione. Un ente non commerciale in generale, o più nel dettaglio una fondazione, si vede ricevere attraverso una donazione, da parte dei fondatori, del 100% delle azioni di una società di capitali. La fondazione in oggetto chiede una serie di conferme riguardo la correttezza delle proprie affermazioni:

- La prima affermazione è rivolta ad accertare se la società oggetto di donazione, ovvero la società operante nel settore del commercio di materiali metallici, non faccia mutare la qualifica della fondazione da ente non commerciale a ente commerciale;
- La seconda affermazione è rivolta a capire se la donazione sarà esente dall'imposta sulle donazioni e successioni;
- Infine, se coloro che hanno donato le quote della società possano godere delle esenzioni fiscali previste dagli articoli 15, comma 1 lett. h) e i) e 100, comma 2, lett. e) del TUIR.

La risposta dell'Agenzia delle Entrate richiama l'art. 73 del TUIR⁹¹ riguardante la disciplina degli enti non commerciali e, in particolare, considera l'ente commerciale solo qualora l'attività essenziale per realizzare gli scopi principali sia di natura commerciale.

In merito alla non commercialità dell'attività, l'agenzia riprende quanto detto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, secondo la quale la sola detenzione di partecipazioni, anche se di maggioranza, non comporta alcun problema ma a condizione che le partecipazioni vengano "gestite con modalità operative o gestionali diverse da quelle tipiche dell'attività commerciale". In altre parole, la detenzione potrà dare luogo alla percezione dei dividendi e all'esercizio dei diritti spettanti alla qualifica di socio o azionista senza che vi sia alcun cambio di qualifica dell'ente non commerciale.

A conferma di quanto sostenuto, un'altra risoluzione, la n. 83/E/2005, riguardante in questo caso sempre la detenzione di partecipazioni ma da parte di ONLUS, dice che la gestione deve sostanziarsi in un'attività "statico-conservativa" del patrimonio, finalizzando gli utili percepiti al raggiungimento degli scopi istituzionali. L'agenzia pertanto, richiamando quanto sopra, conferma la prima affermazione oggetto di interpello.

In merito alle altre due richieste di chiarimenti, l'Agenzia riconosce il trasferimento delle partecipazioni attraverso la donazione e quindi riconosce le agevolazioni fiscali previste dal TUIR, nonché l'esenzione da imposta sulle donazioni e successioni in capo ai benefattori.

⁹¹ L'art. 73 del TUIR da una definizione generale di "soggetto passivo" distinguendo i soggetti d'imposta sul reddito delle società e quelli diversi dalle società. Inoltre, indica quali sono le principali caratteristiche che un soggetto passivo deve avere per essere qualificato come tale, nel nostro ordinamento. Ad esempio, la residenza, l'oggetto sociale e l'atto costitutivo.

3.7.2 Il trasferimento delle partecipazioni di una fondazione dalla sfera istituzionale alla sfera commerciale

Un ulteriore istanza di interpello, la n.489/2020, ha posto un quesito a cui la legge non ha mai risposto in modo chiaro e che, sebbene l'Amministrazione finanziaria abbia dato una sua interpretazione, non ha aiutato i contribuenti a comprendere meglio l'inquadramento della fattispecie che adesso analizzeremo. Il quesito ha riguardato una fondazione, perciò più in generale a un ente non commerciale, la cui domanda era se il passaggio di alcune partecipazioni in suo possesso dalla sfera istituzionale alla sfera commerciale comportassero un evento di natura realizzativa come indicato dagli articoli 67 e 9 del TUIR, oppure se il trasferimento fosse potuto avvenire in continuità con i valori fiscali risultanti, ai sensi dell'art. 65, comma 3, del TUIR.

La stessa Agenzia ha risposto equiparando l'operazione di trasferimento delle partecipazioni all'interno della sfera commerciale a un'operazione di cessione di partecipazioni e, pertanto, immettendo le partecipazioni all'interno dei regimi dei beni di impresa costituisce presupposto valido per essere inquadrato come un evento realizzativo.

Con riguardo alla valorizzazione delle partecipazioni l'Agenzia ha risposto che si devono seguire i dettami indicati dagli articoli 67 e 68 del TUIR, e le eventuali plusvalenze verranno calcolate facendo la differenza tra il valore normale del bene conferito e il suo costo storico di acquisto. Questa tesi è sostenuta da due principi: Il primo dice che nel nostro ordinamento sia l'immissione che l'estromissione dei beni dall'alveo dei beni di impresa costituisce un evento realizzativo e perciò soggetto a tassazione. Il secondo principio dice che il valore di carico dei beni può avvenire al costo storico per i soli beni strumentali che possono essere sottoposti ad ammortamento. Gli altri, invece, verranno valorizzati al loro valore normale.

Nel caso specifico dell'interpello le partecipazioni non rientrano tra i beni strumentali e pertanto non sono soggette alla disciplina dell'art. 65, comma 3 bis del TUIR che, assieme all'art. 144, comma 3 del TUIR, costituiscono la disciplina di riferimento in merito alla valorizzazione dei beni.

A mio avviso e a quello di Gian Mario Colombo⁹² la risposta fornita dall’Agenzia delle Entrate non risulta corretta per una serie di motivazioni. La prima riguarda il fatto che il conferimento di una partecipazione all’interno dei beni di impresa presuppone la presenza di almeno due soggetti, ma nel caso specifico si ha un solo soggetto (la fondazione) che trasferisce delle partecipazioni dall’attività istituzionale a quella commerciale. La seconda motivazione fa riferimento al metodo di tassazione adottato dall’Agenzia, la quale sostiene che si debba applicare la norma dell’art. 67 del TUIR in merito ai redditi diversi. Tuttavia, l’articolo in questione non menziona e fa alcun riferimento alla tassazione riguardante il passaggio di una partecipazione dalla sfera istituzionale a quella commerciale di ente non commerciale. Infine, non si vede il motivo per cui l’Agenzia debba richiamare l’art. 67 alla lettera n), in cui si parla di “plusvalenze realizzate a seguito di trasformazione eterogenea”, dal momento che non vi è alcun mutamento dell’ente.

A mio avviso, una soluzione a questa problematica, relativa al trasferimento delle partecipazioni, potrebbe essere quella di introdurre una nuova legge che permetta agli enti non commerciali di poter trasferire le partecipazioni all’interno del regime dei beni di impresa al loro costo storico. Questo, però, con l’obbligo, nel momento di trasformazione dell’ente in ente commerciale, di far emergere l’eventuale plusvalore delle partecipazioni attraverso l’utilizzo del valore normale. In tal modo, sarebbe possibile rimandare la tassazione fino all’effettivo momento in cui l’ente entrerebbe a far parte degli enti commerciali. Inoltre, si potrebbe pensare che qualora l’ente non si dovesse mai trasformare in ente commerciale, esso possa sfruttare questa lacuna per rimandare a tempo indefinito la tassazione. Tuttavia, sarebbe possibile solo in parte, poiché l’attività commerciale di un ente non commerciale non può prevalere sull’attività istituzionale dello stesso, altrimenti verrebbero meno i presupposti per la sopravvivenza dell’ente non commerciale.

Per concludere, si evidenzia come, con riferimento agli enti non commerciali, non vi sia ancora una norma chiara ed esaustiva che, in particolar modo sotto l’aspetto valutativo, disciplini l’ingresso dei beni nel regime dei beni di impresa, ad esclusione degli acquisti effettuati a titolo oneroso e l’eccezione sopra descritta dell’art. 65, comma 3 bis del TUIR.

⁹²Il fisco (30 novembre 2020), n. 45, Wolters Kluwer.

4 Fusione e Scissione eterogenea

In questo capitolo si affronterà il tema della fusione e scissione eterogenea, il quale, a seguito della riforma del diritto societario (D.Lgs. 6/2003), grazie all'estensione delle trasformazioni anche al tipo eterogeneo, ha permesso in via interpretativa ed estensiva anche la medesima applicazione alle fusioni e scissioni.

Per quanto riguarda le trasformazioni eterogenee e, più in particolare, le operazioni tra società di capitali e di persone (e viceversa), non si è mai posto alcun dubbio in merito alla loro fattibilità ma solo riguardo al caso di scissione, come, ad esempio, la scissione per incorporazione di una società in nome collettivo in una società a responsabilità limitata. Per l'operazione in questione si è sempre adottata la disciplina delle fusioni/scissioni in concomitanza con quella delle trasformazioni. Qualora, invece, la scissione eterogenea avesse riguardato due enti che non appartenevano alla medesima categoria delle società, il legislatore prima della riforma (D.Lgs. 17 gennaio 2003) non consentiva alcuna operazione, poiché l'istituto era riservato alle sole operazioni endosocietarie. Tuttavia, l'entrata in vigore della nuova riforma, la quale ha apportato sostanziali modifiche in tema di trasformazioni eterogenee, ha permesso di allargare l'operatività della materia anche al tema della fusione e della scissione.

Il legislatore con la legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001 aveva espressamente previsto la possibilità di disciplinare e di inserire delle condizioni e dei limiti relativamente alle trasformazioni e alle fusioni eterogenee. Nonostante ciò, il D.Lgs. del 17 gennaio 2003 non conteneva alcun riferimento alle fusioni e scissioni eterogenee, regolando solamente le trasformazioni di tipo eterogeneo.

A partire da questo momento, sono state fornite svariate interpretazioni, sia da parte della dottrina che dalla giurisprudenza, per cercare di dare attuazione a questa fattispecie. In particolare, un'interpretazione era relativa al fatto che le fattispecie tipizzate nella disciplina della trasformazione eterogenea (articoli 2500 septies e octies del c.c.) hanno decretato la fine del principio di "omogeneità causale" tipico delle trasformazioni. Gli interpreti hanno ritenuto che la medesima modifica apportata alle operazioni di trasformazione eterogenea si possa estendere anche alle operazioni di fusione e scissione. La scissione (e anche fusione), pertanto,

è ammessa nella medesima misura in cui è ammessa la trasformazione purché, ovviamente, siano rispettate le norme e gli adempimenti pubblicitari imposti da ciascuna disciplina. Inoltre, viene perseguito un altro scopo assai importante, ovvero quello di racchiudere in un'unica operazione di fusione o scissione l'operazione di trasformazione eterogenea subito susseguita dalla fusione/scissione. Lo scopo della riforma era anche quello di semplificare e velocizzare, per quanto possibile, tutte queste operazioni, così da renderle anche più economiche per gli operatori. Queste motivazioni evidenziano come la fusione e la scissione eterogenea siano ammissibili e anche ritenute assai importanti, seppure il legislatore non le abbia espressamente disciplinate. Inoltre, il legislatore se avesse voluto vietare la fusione e la scissione eterogenea, avrebbe posto un divieto espresso. Non agendo, però, in tal modo, si può dedurre che queste siano ammesse. Anche per questo motivo, quindi, il principio espresso nella legge delega, seppure non attuato nella legge definitiva, assume maggiore rilievo. Pertanto, l'ammissibilità di tali operazioni è stata ritenuta valida sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, in quanto non si tratterebbe altro che di un'integrazione fra le operazioni di fusione e la trasformazione eterogenea.

A tal proposito, numerose sono state le pronunce a favore di questa tesi. Un esempio è la sentenza del 4/03/2010⁹³ del Tribunale di Padova, nella quale è ribadita la liceità dell'operazione. Questo poiché nell'attuale ordinamento è disciplinata la trasformazione eterogenea e, anche se in maniera implicita, è possibile attuare la fusione eterogenea, ma a condizione che "il risultato conseguito non sia diverso da quello derivante da una sequenza procedimentale, certamente lecita, di trasformazione eterogenea e conseguente fusione omogenea". La sentenza aggiunge anche un'altra causa indispensabile. Nello specifico, prevede che siano garantiti gli interessi dei terzi e dei soci e che sia mantenuto un livello di tutela non inferiore rispetto a quello antecedente l'operazione.

Per tale motivo, l'interpretazione estensiva della norma sostiene che, sebbene gli articoli 2501 e 2501ter⁹⁴ del c.c. prevedono espressamente i soli enti societari, non può essere esclusa a priori l'interpretazione appena data. A conferma di questa tesi vi è anche il parere del Consiglio Nazionale del Notariato⁹⁵, il quale conferma quanto sostenuto fino ad ora concludendo che è

⁹³ Notariato (2011), n.3, pag. 216 ss. con nota di C. Cassano.

⁹⁴ Gli articoli in questione disciplinano l'operazione di fusione omogenea, che verrà analizzata in seguito;

⁹⁵ con Quesito di Impresa n. 883-2013/I.

possibile estendere l'istituto della fusione anche agli enti non societari, purché siano rispettate contemporaneamente sia le norme sulla fusione che quelle sulla trasformazione eterogenea.

4.1 Il procedimento di fusione omogenea

Per comprendere meglio come si compone il procedimento di fusione, di seguito si descrivono quelli che risultano essere i passaggi essenziali, nonché la documentazione richiesta dal legislatore per attuare un'operazione straordinaria di questo tipo.

L'articolo 2501 c.c. disciplina, assieme agli articoli 2502, 2503 e 2504 c.c., l'intera materia della fusione omogenea e, da come si evince nella sua lettura, il procedimento si caratterizza per essere tipico e complesso. Negli articoli appena enunciati vengono descritte le singole fasi procedurali e gli operatori, che intendono intraprendere questo percorso, devono necessariamente seguirle al dettaglio. Il fine ultimo è quello di poter garantire ai soggetti che vengono coinvolti, direttamente e indirettamente, un elevato grado di tutela. Un esempio di soggetti coinvolti sono i soci, i creditori, i terzi o gli organi sociali.

Il procedimento si può suddividere in almeno tre fasi, le quali sono anche le più caratterizzanti della disciplina. La prima prevede la redazione di tutta una serie di documentazioni, da parte dell'organo amministrativo, la seconda si sostanzia in una delibera assembleare e la terza nella stipula dell'atto di fusione.

In primis, al fine di garantire la miglior tutela dei soci di minoranza attraverso un'analisi e un controllo antecedente alla delibera assembleare di fusione, interviene l'art. 2501 septies del Codice civile. Questo prescrive che una copia della documentazione necessaria, ovvero il progetto di fusione, i bilanci degli ultimi tre esercizi e le situazioni patrimoniali delle società partecipanti alla fusione, debba essere depositata presso la sede della società almeno trenta giorni prima che venga deliberata la fusione⁹⁶.

⁹⁶ A conferma del motivo per cui risulta necessario depositare antecedentemente la documentazione richiesta dall'art. 2501 septies, si rimanda alla giustificazione data dal Tribunale di Prato del 4 maggio 2011, in DeJure, in cui ritiene che tale informativa risulti necessaria al fine di evitare possibili abusi ai soci di minoranza ed assicurargli la possibilità di effettuare un controllo preventivo.

4.1.1 Documentazione dell'organo amministrativo

Il progetto di fusione, ai sensi dell'art 2501 ter del Codice civile, deve essere redatto dagli amministratori ed ha il compito di illustrare l'intera operazione nei suoi minimi dettagli, come, ad esempio, il rapporto di concambio, le modalità con cui verranno assegnate le azioni e la decorrenza degli effetti⁹⁷. Il progetto deve, poi, essere iscritto nel registro delle imprese della società o, in alternativa, pubblicato nel sito internet della società con modalità che permettano di garantire l'autenticità del documento. Al fine di garantire una migliore tutela ai soci, il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie⁹⁸, ha previsto un limite di tempo massimo, pari a sei mesi, fra il deposito del progetto di fusione e l'approvazione da parte dell'assemblea dei soci. Così prevedendo, la documentazione predisposta non può diventare obsoleta e, quindi, non più rappresentativa delle situazioni aziendali in quel momento.

Il progetto di fusione deve essere accompagnato dalla Relazione dell'organo amministrativo. Tale documento, ai sensi dell'art. 2501 quinquies c.c., deve innanzitutto illustrare il progetto di fusione presentato sia sotto l'aspetto giuridico che economico e, successivamente, giustificarlo. Solitamente nella relazione viene indicata la convenienza dell'operazione rispetto alle alternative similari, così da poter garantire ai soci una maggiore comprensione della bontà del progetto. A tal riguardo, il Tribunale di Milano ha espressamente indicato che una semplice descrizione dell'operazione senza alcuna comparativa risulta del tutto inadeguata e che questa ci deve essere dal momento che la legge impone una giustificazione dell'atto⁹⁹.

Altra documentazione necessaria risulta essere la situazione patrimoniale delle società coinvolte. L'art. 2501 quater del Codice civile prevede che le società partecipanti alla fusione debbano redigere una situazione patrimoniale con data non anteriore ai centoventi giorni dal deposito del progetto di fusione. La situazione patrimoniale viene redatta seguendo le regole del bilancio e se dall'ultimo bilancio di esercizio non sono passati più di sei mesi, questo può

⁹⁷ Per un elenco dettagliato sui contenuti del progetto di fusione si rimanda all'art. 2501 ter, comma 1;

⁹⁸ Massima n. L.A.2., 1° pubblicazione 09/04.

⁹⁹ Trib. Milano 10 dicembre 2007, in Corr. giur., 2008, 10, p. 1425 ss., con nota di U. Corea.

essere parimenti utilizzato. Anche secondo il Tribunale di Roma il documento costituisce un vero e proprio “bilancio di esercizio straordinario infrannuale”¹⁰⁰.

Con riguardo alla modificabilità del progetto di fusione, l’art. 2502 del c.c. permette di effettuare delle modifiche, le quali, però, non devono incidere sul diritto dei soci e dei terzi. La motivazione di questa scelta legislativa deriva dalla volontà, come affermato in precedenza, di tutelare i soci e i terzi, i quali ripongono fiducia sulla documentazione presentata, che, se modificata in modo sostanziale, cambierebbe il progetto e la tutela di questi ultimi.

Quando si parla di fusioni il tema della tutela dei creditori di entrambi gli enti coinvolti può diventare spinoso. Ad esempio, se due imprese si concentrassero in una sola si potrebbe presentare il rischio che i creditori delle relative società possano ridurre la propria garanzia patrimoniale diventando, quindi, il patrimonio unico e concorrendo tutti i creditori sul medesimo. Per questo il legislatore ne ha disciplinato le linee guida attraverso l’art. 2503 del c.c., il quale ha previsto un periodo temporale di sessanta giorni, fra la delibera assembleare e l’atto di fusione, nel quale i creditori hanno il diritto, se lo ritengono, di porre opposizione, al fine di ottenere la sospensione degli effetti dell’operazione. Nella dottrina erano sorti dei dubbi relativamente alla tipologia di garanzia che poteva essere concessa ai creditori. Nello specifico vi erano due filoni: quelli che sostenevano che la garanzia costituiva un principio di intangibilità della sfera giuridica altrui (filone minoritario) e quelli che, invece, ritenevano che la garanzia fosse di tipo patrimoniale generica. A conferma della seconda si è anche espresso favorevolmente il Tribunale di Milano¹⁰¹. Tuttavia, esistono dei casi in cui il decorso del termine può venire meno. Il primo caso si ha quando tutti i creditori rinunciano al termine, mentre il secondo caso si ha quando gli eventuali creditori dissenzienti vengono pagati dalla società e, infine, quando la società decide di depositare delle somme pari all’ammontare dei crediti dei soggetti dissenzienti presso la banca. In merito alla tipologia di creditori, il legislatore nulla dispone a riguardo se non relativamente al riconoscimento dei crediti sorti prima del deposito del progetto di fusione nel registro delle imprese.

La fusione, per sua natura, come elemento di concambio con la società incorporante o di nuova costituzione non ha alcun scambio di denaro, bensì il riconoscimento del diritto di ricevere delle partecipazioni della incorporante o della nuova costituita. Assume così rilievo il

¹⁰⁰ Trib. Roma 7 gennaio 2008, in D&G, 2009, p. 625 ss., con nota di V. Calderini.

¹⁰¹ circ. Milano 19 agosto 2015, in RDS, 2015, 4, p. 863 ss., con nota di L. Lopez.

cd rapporto di concambio che non è altro che un rapporto matematico nel quale i soci si vedono rideterminate le posizioni all'interno della nuova società risultante dalla fusione. Vi sono, tuttavia, dei casi in cui può non esservi alcun rapporto di cambio. Ad esempio, quando vi è l'incorporazione di una società già interamente di proprietà della controllante.

Riguardo i criteri per determinare il rapporto di concambio, la legge non dispone nulla a riguardo proprio per evitare di irrigidire l'ambito operativo, volendo lasciare di proposito più flessibilità agli operatori. Nel tempo, però, la prassi giurisprudenziale ha individuato dei criteri guida volti a circoscrivere la discrezionalità degli operatori che altrimenti sarebbe stata assoluta. Esistono due strade per la "corretta" determinazione. La prima segue il principio di "parità" secondo cui il valore della partecipazione prima della fusione deve corrispondere con il valore dopo l'operazione di fusione. La seconda, invece, si basa sul principio che ci debba essere un bilanciamento tra le minoranze e l'interesse sociale, assicurando alle prime una giusta determinazione del valore che non necessariamente deve essere uguale a quello anteriore. Non esistendo alcun metodo matematico che si possa definire "preciso", molteplici possono essere i rapporti di concambio accettati. Per congruità il legislatore ha inteso un arco di oscillazione all'interno del quale tutte le combinazioni si possono ritenere soddisfacenti. Qualora questo valore dovesse uscire da questa "banda di oscillazione" allora si ritiene che il rapporto di concambio stia danneggiando alcuni soci¹⁰².

Sempre in merito al rapporto di cambio, l'art. 2501 sexies c.c. prevede che entrambe le società facenti parte l'operazione di fusione si debbano avvalere di un esperto, che rediga una relazione sulla congruità del rapporto di cambio. Il suo compito è quello di verificare che il metodo utilizzato nel calcolo risulti congruo e adeguato. Tali figure vengono nominate dal Tribunale solo qualora si tratti di società per azioni o in accomandita per azioni e devono avere la qualifica di Revisori legali. Tuttavia, la relazione non risulta obbligatoria se, all'unanimità, i soci decidono di rinunciarvi.

Qualora il rapporto di cambio venga effettuato in maniera non congrua i soggetti legittimati, che in questo caso sono i soci e i terzi che hanno subito un danno, hanno il diritto di richiedere un risarcimento alle società coinvolte nella fusione.

¹⁰² Cassazione 21 luglio 2016 n.15025.

Il secondo procedimento essenziale nell'operazione di fusione riguarda la delibera assembleare. Ciascuna società coinvolta deve prendere la relativa decisione durante l'assemblea dei soci. Questa, qualora si trattasse di una società di capitali, deve essere presa seguendo quanto indicato nel relativo statuto riguardo la modificazione dello stesso. Qualora, invece, si trattasse di società di persone, se non è previsto nulla nello statuto, allora si segue la regola della maggioranza dei soci secondo gli utili attribuiti a ciascuno di essi. Solamente nel caso in cui entrambe le assemblee hanno deliberato sarà possibile il deposito delle stesse, il quale deve avvenire entro trenta giorni dalla loro verbalizzazione.

Solo quando le delibere sono state iscritte nel registro delle imprese allora iniziano a decorrere i sessanta giorni che, ai sensi dell'art. 2503 c.c., vengono riconosciuti per poter garantire ai creditori un'eventuale opposizione. Si ricorda che l'opposizione è possibile solo qualora dei creditori abbiano un fondato motivo che i loro crediti siano in pericolo a fronte dell'operazione straordinaria.

Inoltre, la legge vieta espressamente la sospensione della delibera di fusione dopo l'iscrizione presso il registro delle imprese. Tuttavia, due sentenze¹⁰³, hanno reso possibile, da parte dell'autorità giudiziaria, la sospensione dell'efficacia della delibera assembleare. Tale soluzione è risultata condivisibile, poiché operata prima del perfezionamento dell'operazione e, quindi, non in contrasto con l'art. 2504 quater del Codice civile¹⁰⁴. La sospensione, in questo specifico caso, non comporta alcuna instabilità né fa venire meno l'affidamento riposto dai terzi.

Passati i sessanta giorni le società possono formalizzare la fusione attraverso la stipulazione dell'atto di fusione, come indicato dall'art. 2504 del Codice civile. L'atto di fusione non è altro che un contratto, tra le società che partecipano alla fusione, nel quale si attua la volontà espressa nelle delibere assembleari avvenute in precedenza. Dal momento in cui l'atto viene depositato presso il registro delle imprese, deposito che, ai sensi dell'art. 2504 bis, deve avvenire entro i 30 giorni dal giorno dell'atto, la società risultante dalla fusione o l'incorporante assume tutti i diritti e obblighi e prosegue tutti i rapporti che erano in essere,

¹⁰³ Tribunale di Roma 7 luglio 2015 e tribunale di Milano 10 dicembre 2007.

¹⁰⁴ L'art. 2504 quater del Codice civile vieta espressamente, una volta eseguita l'iscrizione dell'atto di fusione, che l'atto possa essere pronunciato invalido.

con le rispettive società, anteriormente alla fusione. Attraverso l'ultimo dei tre passaggi "essenziali" si conclude l'iter di fusione.

4.2 La scissione omogenea e la fusione e scissione eterogenea

La scissione omogenea, al pari della fusione, riguarda le società della medesima categoria (società di capitali con società di capitali, o società di persone con società di persone), le quali decidono di scindere la propria compagine societaria, sia in modo totale (facendo scomparire la società di partenza) che in modo parziale. La scissione eterogenea, invece, prevede che la società beneficiaria sia di categoria diversa rispetto a quella che si scinde.

In merito alla disciplina della scissione, il legislatore rimanda, per la maggior parte di questa, alla disciplina relativa alla fusione. Pertanto, a partire dall'art.2506 cc, che regola la scissione, sono molteplici i riferimenti che rimandano agli articoli che normano la fusione.

Con riferimento alla scissione omogenea, l'articolo 2506 e seguenti del Codice civile hanno come oggetto le sole società con scopo di lucro, escludendo tanto le società irregolari quanto le società semplici. Secondo la precedente normativa, ovvero l'art. 2504 septies (ora non più in vigore¹⁰⁵), la scissione non era consentita a tutte quelle società che erano sottoposte a procedure concorsuali o che, con riguardo alla liquidazione, avevano già avviato la distribuzione dell'attivo. L'attuale disciplina, invece, non dispone più in questo modo, poiché l'operazione è consentita fin tanto che, nel solo caso di liquidazione, sia già incominciata la distribuzione dell'attivo.

I principali motivi che hanno fatto sorgere diverse controversie relativamente alla scissione eterogenea riguardano i diversi obblighi in tema di adempimenti pubblicitari degli enti senza scopo di lucro, i quali non sono iscritti nel registro delle imprese. I motivi per cui un ente senza scopo di lucro non può iscrivere gli atti dell'operazione nel registro delle imprese derivano dal fatto che l'art. 2188 del c.c., che racchiude le tipologie di soggetti che hanno l'obbligo di essere iscritti, non ricomprende alcuno degli enti senza scopo di lucro. Altro motivo, conseguente al primo, è che, per la medesima ragione, non vi è la possibilità di pubblicizzare gli atti che non risultano iscritti. Al fine di risolvere tale problematica la scelta è stata quella di applicare la

¹⁰⁵ L'articolo in questione con la riforma è stato modificato ed è confluito all'interno del nuovo art. 2506 c.c.

disciplina della scissione omogenea a quella eterogenea, prevedendo l'iscrizione degli atti nel registro delle imprese per l'ente societario e l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche per l'ente non societario. A supporto di questa tesi si è anche espresso il Tribunale di Milano¹⁰⁶ affermando che il principio di tassatività delle iscrizioni deve essere inteso nel senso che si ritengono iscrivibili solamente gli atti a cui la legge fa espresso riferimento. In merito, invece, al tema della pubblicità si ritiene che entrambe le società che sono coinvolte nella scissione eterogenea debbano rispettare i relativi adempimenti, utilizzando il sistema pubblicitario previsto dal loro ente di riferimento. La norma richiamata in questo caso è l'art. 2500, comma secondo del Codice civile. Lo stesso è valido anche per la restante documentazione richiesta dalla legge riguardo la fusione e la scissione. Pertanto, la s.r.l. deposita la documentazione richiesta presso il registro delle imprese, mentre l'ente senza scopo di lucro la deposita presso il registro delle persone giuridiche. Inoltre, al fine di permettere ai creditori e ai terzi di venire a conoscenza della documentazione economico-patrimoniale dell'altra società facente parte l'operazione, ogni ente ha l'obbligo di depositarla presso il proprio registro, così da garantire una massima trasparenza e conoscibilità del progetto di fusione di scissione.

Esiste, tuttavia, il caso di fusioni o scissioni in cui un ente potrebbe non essere iscritto né sul registro delle imprese né sul registro delle persone giuridiche. Si tratta delle società irregolari, ovvero quelle società che, seppur costituite con un atto scritto, non risultano iscritte presso alcun registro. Qualora dovesse avvenire un'operazione eterogenea di questo tipo, la si ritiene ammissibile poiché i creditori della società iscritta nel registro delle imprese hanno a disposizione, in ogni caso, tutta la documentazione necessaria, inclusa quella della società irregolare, per poter valutare la convenienza dell'operazione. Per quanto riguarda, invece, i creditori dell'ente non iscritto in alcun registro, si ritiene che anch'essi non riceverebbero alcun trattamento differenziato rispetto ai creditori dell'altro ente.¹⁰⁷

4.3 Fusione e scissione eterogenea delle società cooperative

A seguito della fusione e della scissione eterogenea descritte in precedenza, in questo paragrafo viene approfondita una particolare fattispecie, che è già stata affrontata

¹⁰⁶ Giud. Reg. del tribunale di Milano del 03/12/2001.

¹⁰⁷ MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., p. 67-73 e 80-84; ID., *La scissione delle società*, cit., p. 96-103 e 111-115; Comitato interregionale dei consigli notarili delle tre Venezie, op. cit., p. 345 e 350.

relativamente alla trasformazione, ovvero la fusione e la scissione delle società cooperative. In merito a questa tematica l'interprete ha dovuto affrontare e rispondere a diversi interrogativi, al fine di chiarirla. Anzitutto ha dovuto affrontare la fattibilità delle fusioni e scissioni eterogenee sotto un duplice aspetto: il primo riguarda, in generale, quella dell'operazione eterogenea con riguardo alle fusioni e scissioni; il secondo, invece, quella specifica per le società cooperative. Ammesso sia il primo che il secondo punto, poiché tanto la dottrina quanto il legislatore si sono espressi positivamente in merito alla fattibilità dell'operazione, sono emerse ulteriori perplessità relativamente ad altri aspetti. Il più rilevante ha riguardato l'ammissibilità alla fusione o alla scissione eterogenea di una società cooperativa a mutualità prevalente. In tema di trasformazioni eterogenee le società cooperative rientrano come enti di approdo dalle società di capitali, come indicato dall'art. 2500 septies del Codice civile. Al contrario, non vengono menzionate come enti di partenza per la loro trasformazione in società di capitali, come indicato dall'art 2500 octies.

A seguito della riforma societaria è stata ammessa e riconosciuta la trasformazione delle società cooperative in società di capitali; si è resa possibile, in via interpretativa, anche la fusione e scissione eterogenea delle società cooperative, nei limiti stabiliti dalle norme della trasformazione eterogenea corrispondente. Questa tipologia di operazione, come è appena stato illustrato, racchiude al suo interno una duplice combinazione di procedimenti: sia quello derivante dalla trasformazione in altra tipologia di ente, a cui si applicano le norme degli art. 2498/2500 novies del c.c. o, più in particolare, quelle degli art. 2545 decies e undicies in tema di società cooperative, sia quelle relative alla fusione e scissione, disciplinate dagli articoli 2501/2505 e 2506 del Codice civile. Un aspetto importante da chiarire è che la disciplina della fusione o scissione dell'ente, la quale comporta anche la trasformazione implicita, viene applicata alla sola società che decide di fondersi o scindersi e non anche a quella risultante dalla fusione o dalla scissione¹⁰⁸. Tuttavia, in caso di contrasto tra le diverse discipline normative, viene applicata quella che risulta essere la più rigorosa.

Le società cooperative a mutualità prevalente non sono ammesse tanto nella trasformazione eterogenea quanto nella fusione e scissione eterogenea. Questo divieto deriva innanzitutto dal fatto che, secondo l'articolo 2500 octies, questa fattispecie non è ammessa come ente di

¹⁰⁸ CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2004.

partenza, bensì, solo l'art. 2500 septies, con riferimento alla trasformazione da ente societario a ente senza scopo di lucro, ammette la cooperativa a mutualità prevalente come ente di approdo della trasformazione. In secondo luogo, questa particolare fattispecie, se si dovesse avverare, comporterebbe un effetto al quale il legislatore pone un divieto espresso¹⁰⁹. Qualora dovesse fondersi o scindersi con una società il cui scopo è di lucro, si realizzerebbe l'effetto che i beni contenuti all'interno della cooperativa, i quali hanno un vincolo di destinazione di tipo mutualistico, fuoriuscirebbero dal patrimonio e verrebbero assegnati ai soci¹¹⁰.

Qualora la società volesse, in ogni caso, procedere a una fusione o scissione di tipo eterogeneo si renderebbe necessario rimuovere il vincolo di destinazione dei beni del tipo mutualistico, attraverso la soppressione delle clausole statutarie di prevalenza, per poi procedere alla fusione o scissione con annessa trasformazione implicita. Questa operazione è resa possibile poiché sia la dottrina che la giurisprudenza è giunta alla conclusione che il divieto sia principalmente di tipo apparente, piuttosto che di tipo reale.

In merito alla delibera di approvazione del progetto di fusione o di scissione, parte della dottrina sostiene che può avvenire solo dopo che gli amministratori abbiano proceduto alla redazione di un apposito bilancio, al fine di far emergere l'effettivo valore del patrimonio per poi imputarlo a una riserva indivisibile. Inoltre, questa deliberazione può avvenire solo dopo che risulti eliminata la mutualità prevalente dal registro delle imprese e dall'albo delle cooperative, come indicato dall'art. 2545 octies del Codice civile¹¹¹. Un'altra parte della dottrina, invece, sostiene che sia la deliberazione relativa alla fusione o scissione che quella relativa all'eliminazione della mutualità prevalente possano essere adottate in un'unica assemblea. In aggiunta, la redazione del bilancio straordinario perderebbe di valore di fronte a una relazione giurata di stima di più ampio raggio, poiché comprenderebbe anche l'intero valore effettivo del patrimonio dell'impresa. Si ritiene, pertanto, che la relazione giurata di

¹⁰⁹ Il divieto è contenuto all'interno della disciplina della trasformazione eterogenea, più precisamente all'art. 2514 c.c.

¹¹⁰ ID., *Brevi considerazioni sul problema della trasformazione di società cooperativa in società lucrativa contestuale alla perdita della mutualità prevalente*, Studio n. 7-2006/I approvato dal Gruppo di studio sulla riforma delle società cooperative del Consiglio Nazionale del Notariato il 14 gennaio 2006, in *Notariato*, 2006, p. 360.

¹¹¹ PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, cit., p. 31-34; ID., *Formulario notarile commentato. Diritto societario. Società cooperative*, cit., p. 444-445.

stima possa offrire maggiore imparzialità garantendo un maggiore rigore, così da garantire una migliore tutela dei creditori.¹¹²

Per quanto riguarda, invece, la fusione o la scissione di società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente, si applica la disciplina dell'art. 2545 undecies. Questa tipologia di operazione implica anche la trasformazione eterogenea della società cooperativa fusa o scissa che, abbandonando la causa mutualistica (che si ricorda essere, comunque, presente in una cooperativa), comporta la devoluzione, a favore di fondi mutualistici per lo sviluppo e la promozione della cooperazione, del valore effettivo del patrimonio dedotti alcuni componenti, come il capitale e i dividendi ancora non distribuiti. L'operazione deve anche essere sottoposta a una revisione da parte dell'autorità di vigilanza, che deve avvenire non oltre l'anno che precede la fusione o la scissione. Il tutto deve essere accompagnato da una relazione di stima che ne attesti il suo effettivo valore.

Come per la trasformazione anche per la fusione o la scissione di un'associazione, che abbia ricevuto liberalità o contributi pubblici, è vietata l'attribuzione del proprio patrimonio a una società cooperativa, poiché si realizzerebbe il divieto dettato dall'art. 2500 octies, comma 3 del Codice civile.

L'intera disciplina della fusione e della scissione, ricompresa all'interno degli articoli 2501 e 2506 del Codice civile, è valida anche per le società cooperative. In particolare, è possibile attuare tutte le forme di fusione e scissione enunciate ai rispettivi commi 1, vale a dire la fusione attraverso la costituzione di una nuova società o attraverso l'incorporazione in una o di una società; relativamente alla scissione è ammessa sia l'assegnazione dell'intero patrimonio della scissa a favore di una o più società beneficiarie preesistenti o di nuova costituzione. Anche il procedimento di fusione e di scissione risulta essere il medesimo indicato dall'art. 2501 e poi ripreso anche dall'art. 2506, con tutte le fasi descritte in precedenza.

¹¹² TRIMARCHI, *Le nuove società cooperative*, Ipsoa, Milano 2004, cit., p. 190.

4.3.1 Il rapporto di cambio nelle società cooperative

La questione sul rapporto di cambio nelle società cooperative in caso di fusione o scissione ha fatto sorgere diversi orientamenti e discussioni che hanno portato domandarsi se risulti necessario determinare il rapporto di cambio e poi indicarlo nel progetto di fusione, come indicato dall'art. 2501 ter per la fusione e richiamato dall'art. 2506 bis per la scissione.

Una parte della dottrina ha sostenuto che se nel progetto di fusione o scissione si dovesse determinare il rapporto di cambio, questo comporterebbe un'incompatibilità con la normativa vigente delle società cooperative. I sostenitori di questa tesi ritengono che se alle partecipazioni detenute dai soci si attribuisce un valore diverso da quello del valore normale (e in particolare un valore più elevato), si darebbe luogo a una distribuzione di parte delle riserve indivisibili, operazione vietata nell'attuale normativa¹¹³. A conferma di ciò vi è anche l'art. 13 comma 49 del D.Lgs. 30 settembre 2003 n. 269, il quale ha ritenuto che non fosse necessario redigere la relazione degli esperti indicata all'art. 2501 sexies, poiché il rapporto di cambio viene determinato sulla base del valore normale, in modo proporzionale.

L'altra parte della dottrina, invece, sostiene che il rapporto di cambio può avvenire anche nelle operazioni straordinarie di fusione e scissione e, pertanto, la relazione di congruità del rapporto di cambio appare indispensabile. In particolare, con riguardo alle società cooperative non a mutualità prevalente risulta possibile effettuare il rapporto di cambio, dal momento che non vi è alcun divieto o restrizione nella distribuzione delle riserve. Invece, per le società cooperative con mutualità prevalente non rileva la regola appena descritta ma, a determinate condizioni, potrebbe risultare necessario determinarlo¹¹⁴. A favore di questa tesi si è espresso positivamente anche l'art. 2545 novies, comma 2 del Codice civile, contenendo al suo interno un rinvio generale della disciplina che regola la fusione e la scissione, nonché l'art. 2501 sexies, il quale, al comma 8, consente di evitare la relazione sulla congruità del rapporto di cambio ma alla sola condizione che vi rinuncino tutti i soci e tutti gli eventuali possessori di strumenti finanziari a cui è attribuito il diritto di voto.

¹¹³ Bonfante, Cusa, Genco, Iengo e Cavanna, *La società cooperativa*, in Tratt. dir. comm., diretto da Cottino, vol.V, t. III, Padova, 2014, p. 426 e 431.

¹¹⁴ Trimarchi, *Profili problematici delle operazioni di fusione (scissione) delle società cooperative: in particolare la controversa questione del rapporto di cambio*, cit., p. 9-12.

Pertanto, per riassumere, la disciplina delle fusioni e delle scissioni tra società cooperativa e società lucrativa impone sempre di applicare la disciplina del rapporto di cambio, a condizione che non sussista il rischio di distribuzione delle riserve (in modo surrettizio), altrimenti, in tal caso, si rende necessario devolvere preventivamente le riserve a fondi mutualistici. Per quanto riguarda, invece, la disciplina delle fusioni e scissioni eterogenee tra società cooperative ed enti non societari, risulta necessaria la redazione del rapporto di cambio solo qualora il patrimonio venga assegnato a una società cooperativa preesistente, in modo da tutelare i suoi soci. Risulta, invece, non sussistere l'obbligo nella previsione inversa, ovvero quando è il patrimonio della società cooperativa a essere assegnato a un ente non societario, poiché la quota di partecipazione all'ente non attribuisce alcun diritto patrimoniale differenziato e, pertanto, viene giustificata la non applicabilità degli articoli 2501 quinquies e sexies, nonché dell'art. 2501 ter, comma 1¹¹⁵.

4.3.2 Ultime considerazioni sulla disciplina della fusione o scissione eterogenea di società cooperative

Quando la fusione e la scissione eterogenea coinvolgono le società cooperative e le società lucrative o di tipo consortile, la relazione giurata di stima sul patrimonio delle società che partecipano all'operazione straordinaria non è richiesta, perché tutte le società interessate sottostanno ai medesimi criteri della valutazione del bilancio nonché della valutazione dei conferimenti. Al contrario, quando vengono coinvolte società di persone consortili o lucrative ed enti non societari, la redazione di stima sul patrimonio risulta necessaria ogni qualvolta frutto dell'operazione straordinaria sia una società di capitali lucrativa (o consortile) o una società cooperativa, che aumenti il proprio capitale sociale per effetto della fusione o scissione, indipendentemente che derivi da una nuova costituzione o da una già preesistente¹¹⁶.

¹¹⁵ Racugno, *La fusione di società cooperative*, in: *Riv. soc.*, 2012 cit., p. 372-375; Magliulo, *La fusione delle società*, in: *Notariato e nuovo diritto societario*, diretto da Laurini, 2^a ed., Milano, 2009 cit., p. 89-90.

¹¹⁶ Facendo così si garantisce la corretta formazione del capitale sociale rispettando le norme 2501 sexies, comma 7, per la fusione, l'art. 2506 ter, comma 3, per la scissione e l'art. 2500 ter, comma 2, per la trasformazione.

Ponendo attenzione sulle tutele, la disciplina della fusione e della scissione eterogenea garantisce che, per i soggetti illimitatamente responsabili, non venga meno la loro responsabilità derivante dalle obbligazioni sociali sorte anteriormente alla scissione o fusione, come indicato dall'art. 2504 bis del c.c. in materia di fusione. Nella disciplina della scissione non trova applicazione alcun articolo ma, una parte della dottrina, ritiene che si possa estendere il campo applicativo dell'art. 2504 bis, comma 5¹¹⁷. Invece, un'altra parte della dottrina sostiene che si possa applicare, in via estensiva, la disciplina delle trasformazioni, più in particolare l'art. 2500 quinquies, comma 1¹¹⁸.

Con riguardo alla tutela dei creditori viene riconosciuto loro il diritto di opposizione, così come indicato dagli articoli 2500 novies, 2503 e 2506 ter del Codice civile. Più precisamente, come nelle trasformazioni, viene garantito un lasso temporale di sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari così da permettere ai creditori di porre eventualmente opposizione al progetto di fusione o scissione.

4.4 Aspetti fiscali della fusione e scissione eterogenea

Il testo unico delle imposte sui redditi disciplina, agli articoli 172 e 173, rispettivamente la fattispecie della fusione e la fattispecie della scissione. Questi due articoli, in particolare, regolano le fattispecie omogenee, ovvero quelle operazioni in cui possono fare parte solo le società di capitali e di persone, escludendo, appunto, gli enti non commerciali, come associazioni, consorzi o fondazioni.

All'articolo successivo, ovvero il 174 del TUIR, si fa riferimento alla fusione e scissione eterogenea, ma con un semplice richiamo delle discipline sopra accennate (art. 172 e 173). Nello specifico, per regolare la disciplina della fusione e scissione eterogenea vengono richiamati gli articoli della fattispecie omogenea e, per quanto applicabili, regolano le relative fattispecie riguardanti le operazioni con enti diversi dalle società.

¹¹⁷ Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, 8ª ed., vol. II, Torino, 2014, p. 678.

¹¹⁸ Trimarchi, *La trasformazione da e in società cooperativa: profili problematici e questioni applicative*, cit., p. 268.

Per comprendere al meglio le due discipline si procede con la descrizione e l'analisi degli art. 172 e 173 del TUIR.

4.4.1 Art. 172 del TUIR: La fusione

La fusione è considerata, al comma 1, un'operazione fiscalmente neutrale, poiché si conclude senza alcuna emersione di plusvalenze o minusvalenze derivanti dai beni delle società fuse o incorporate, compreso il valore dell'avviamento e le rispettive rimanenze. Questo regime di neutralità risulta coerente con l'operazione disciplinata dal Codice civile, in quanto favorisce la modificazione degli atti costitutivi, al fine di integrare e concentrare le società in un unico soggetto.

Al comma 2 viene specificato che la non emersione di plus o minusvalenze comporta, in capo alle società partecipanti, la continuità dei valori fiscali, nonché continuano a non assumere rilevanza gli avanzi e disavanzi da concambio o annullamento¹¹⁹.

Con riguardo alla neutralità fiscale, essa viene riconosciuta non solo alle società facenti parte all'operazione, bensì anche ai loro rispettivi soci. Pertanto, il concambio delle partecipazioni detenute non costituisce alcun evento realizzativo e il valore delle partecipazioni mantiene il medesimo valore delle partecipazioni detenute prima della fusione o della scissione. Invece, l'eventuale conguaglio in denaro è sottoposto a tassazione, secondo le regole degli articoli 47, comma 7, 58 e 87 del TUIR. Valendo la regola della neutralità fiscale, ogni eventuale maggior valore civilistico rispetto a quello fiscale, è considerato fiscalmente irrilevante.

Tuttavia, la società risultante dalla fusione ha la possibilità di far riconoscere gli eventuali maggiori valori delle sole immobilizzazioni materiali e immateriali. Per fare ciò è, però, necessario versare un'imposta sostitutiva, determinata dall'art. 176, comma 2 ter del TUIR¹²⁰.

¹¹⁹ Gli avanzi e disavanzi da concambio sono la differenza fra il valore dell'aumento di capitale sociale risultante dalla fusione, o dalla incorporante, e i rispettivi patrimoni netti delle società fuse. Invece, gli avanzi e disavanzi da annullamento emergono solo in caso di fusione per incorporazione e corrispondono alla differenza tra il valore della partecipazione nella società incorporata risultante nel bilancio della incorporante e la quota di patrimonio netto dell'incorporata ma di competenza della società incorporante.

¹²⁰ Nella dichiarazione dei redditi si applicherà un'imposta sostitutiva pari al 12% per maggiori valori inferiori a 5 milioni di euro, del 14% da 5 a 10 milioni di euro e, infine, del 16% per maggiori valori superiori a 10 milioni di euro.

Altro aspetto assai importante è l'obbligo, da parte della società risultante dalla fusione o dell'incorporante, di subentrare “negli obblighi e nei diritti delle società fuse o incorporate”¹²¹.

L'art. 172 comma 5, invece, regola in modo molto dettagliato il trattamento delle riserve e delle società incorporate o fuse sotto l'aspetto fiscale. In particolare, suddivide le riserve nelle seguenti 3 categorie: (i) quelle già tassate, (ii) quelle in sospensione d'imposta, tassabili in ogni caso, e (iii) quelle in sospensione d'imposta, tassabili solo nel momento della loro distribuzione.

Le riserve già tassate, avendo già scontato la tassazione, possono anche non essere ricostituite nel patrimonio della nuova società fusa o incorporata. Le riserve tassabili in ogni caso, invece, devono essere ricostituite nel patrimonio dopo la fusione e, perciò, concorrono a formare il reddito della società se e nella misura in cui sia stato utilizzato prioritariamente l'eventuale avanzo di fusione. Per quanto riguarda le riserve tassabili solo in caso di distribuzione, queste possono essere ricostituite solo nella misura in cui dalla fusione emerge un eventuale avanzo o aumento di capitale “esuberante” (ovvero superiore alla somma dei capitali facenti parte alla fusione). La parte che non viene ricostituita, al contrario, viene sottoposta a tassazione, ma solo qualora vi sia la distribuzione, ai soci, dell'avanzo o del capitale definito “esuberante”.

Al comma 7, viene concesso alle società partecipanti alla fusione di riportare le eventuali perdite pregresse. Questo può avvenire, però, solo a determinate condizioni: la prima è che l'ammontare massimo di perdite pregresse da riportare non deve superare il patrimonio netto della società che le ha prodotte, la seconda è che venga superato, da parte della società con perdite pregresse, un “test di validità”¹²².

Il procedimento di fusione, se avviene nel corso dell'esercizio, prevede che il periodo di imposta venga suddiviso in due parti, nelle quali verranno applicate le regole in base al tipo di società corrispondente, prima e dopo la fusione. Per semplificare e agevolare il calcolo, evitando di presentare autonome dichiarazioni, è ammesso, se l'atto di fusione lo prevede, di retrodatare, cioè di anticipare, gli effetti della fusione rispetto alla data di iscrizione dell'atto nel registro delle imprese. La retrodatazione, che riguarda solamente ai fini sull'imposizione dei redditi, è ammessa solo a una data posteriore a quella in cui si è chiuso l'ultimo bilancio di

¹²¹ Art. 172, comma 4 del TUIR.

¹²² La regola prevede che la società abbia un livello di ricavi e costi per il personale superiore al 40% di “quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori”. Tale regola viene applicata anche nell'art. 84 del TUIR.

esercizio (pertanto, se il bilancio è stato chiuso il 31/12/n e il progetto di fusione è avvenuto il 15/06/n+1, gli effetti sull'imposizione dei redditi possono essere anticipati al massimo fin al 01/01/n+1).

4.4.2 Art. 173 del TUIR: La scissione

La disciplina della scissione, similmente a quanto regolato nel Codice civile, richiama buona parte della normativa in materia di fusioni. Come per la fusione, anche la scissione viene considerata neutrale dal punto di vista fiscale, essendo previsto che l'operazione in questione non dà luogo né a distribuzione né a realizzo di plusvalenze e minusvalenze, compreso il valore d'avviamento e le rimanenze. L'utilizzo di avanzi o disavanzi da concambio o annullamento non producono alcun effetto sotto il profilo impositivo e il valore fiscalmente riconosciuto del patrimonio della società viene mantenuto anche in capo alla beneficiaria. Pure per le scissioni vale la regola del riconoscimento dei maggiori valori contabili attraverso il pagamento di un'imposta sostitutiva, come indicato dall'art. 176, comma 2 ter del TUIR.

Anche relativamente al trattamento dei soci, la scissione ricalca quanto detto nella disciplina della fusione, prevedendo che il concambio derivante dalle partecipazioni detenute dai soci sia irrilevante dal punto di vista fiscale, non creando alcuna imposizione fiscale ma, eventualmente, il solo conguaglio in denaro risulterebbe imponibile¹²³.

In merito alle posizioni soggettive della società scissa e i relativi obblighi, dal momento in cui la scissione inizia a produrre i suoi effetti, essi saranno attribuiti alla beneficiaria, qualora la scissione sia di tipo totale, oppure saranno suddivisi in capo alla società scissa e alla beneficiaria, qualora si opti per una scissione parziale. Con riguardo agli obblighi tributari in capo alla scissa (come, ad esempio, i versamenti relativi alla dichiarazione) nel periodo che intercorre tra l'inizio dell'esercizio e il giorno della scissione, gli obblighi ricadranno: in capo alla scissa, qualora si tratti di scissione parziale, e in capo alla beneficiaria, qualora si tratti di scissione totale (poiché la scissa non esisterà più a conclusione dell'operazione di scissione).

¹²³ Per concambio si intende quell'operazione in cui si annullano le partecipazioni del socio della scissa in cambio di nuove partecipazioni ricevute nella società beneficiaria.

Pure le disposizioni che riguardano le riserve e il riporto delle perdite pregresse, che vengono disciplinate al comma 9 e 10 dell'art. 173 del TUIR, sono le medesime previste dall'art. 172 del TUIR in merito alla fusione. Per concludere, anche nella scissione il legislatore ha permesso la retrodatazione degli effetti fiscali, come per la fusione, ma a condizione che si tratti della sola fattispecie di scissione totale e che la chiusura dell'esercizio sia coincidente tra la società scissa e quella beneficiaria.

4.5 Fusione per incorporazione di una società di capitali da parte di un ente non commerciale

Di seguito viene descritta una particolare fattispecie di fusione eterogenea, la quale ha visto una fondazione (ente non commerciale), effettuare un'operazione di fusione per incorporazione nei confronti di una società di capitali (più in particolare una società a responsabilità limitata). In merito a questa situazione è stata interrogata l'Agenzia delle Entrate, attraverso l'interpello n.102/E del 9 aprile 2009. In particolare, è stato chiesto un parere sul fatto che l'operazione possa legittimamente effettuarsi sotto il profilo fiscale. Posto che un ente non commerciale possa svolgere, in maniera non prevalente, anche un'attività commerciale, risulta necessario determinare quali siano gli effetti fiscali dell'imputazione dei beni, che vengono incorporati, nell'attività commerciale dell'ente incorporante (ovvero la fondazione). Si può ritenere che l'operazione in questione, sotto l'aspetto fiscale, non sia di tipo realizzativo e, quindi, possa beneficiare della neutralità fiscale concessa dall'art. 172, comma 1, del TUIR, grazie al richiamo effettuato dall'art. 174 del TUIR. Questa neutralità, in base anche a quanto esposto in precedenza, opera solo nel caso in cui detti beni confluiscono nell'attività commerciale (o di impresa) della fondazione incorporante. Qualora, invece, i beni non vadano a confluire all'interno dell'attività d'impresa ma, ad esempio, all'interno della sfera istituzionale della fondazione, allora si considereranno realizzati al valore normale, generando così delle plusvalenze, come indicato dall'art. 171, comma 1 del TUIR in materia di trasformazione eterogenea. Con riguardo alle riserve di utili in capo alla società di capitali al momento della fusione, sempre secondo l'art. 171, comma 1, queste vengono assoggettate a tassazione, nei confronti dei soci, in due occasioni. La prima occasione si ha quando vengono utilizzate per scopi diversi dalla copertura delle perdite di esercizio e, pertanto, vengono

tassate nel periodo di imposta corrispondente all'utilizzo. Nella seconda occasione, invece, qualora non vengano indicata nel bilancio della nuova società fusa o incorporante, vengono tassate nel periodo di imposta successivo alla fusione. Si ritiene, quindi, che la trasformazione implicita in sé non crei alcun problema dal punto di vista impositivo. Tuttavia, tale condizione può soddisfarsi solo quando il soggetto trasformato continua ad operare un'attività commerciale, poiché solo questa sarebbe in grado di utilizzare le riserve per coprire eventuali perdite¹²⁴.

Inoltre, detta fusione, comporta anche una trasformazione implicita di tipo eterogeneo per la società di capitali, con la conseguenza che, come indicato dal Consiglio Notarile di Milano nella massima n. 52 di novembre 2004, l'incorporata è assoggettata, oltre che alla disciplina della fusione, anche alle norme fiscali indicate in materia di trasformazione eterogenea e deve rispettare i limiti imposti da quest'ultima. Da ciò, ne consegue l'applicazione delle norme indicate dall'art. 171 del TUIR e, in particolare, quelle afferenti alle riserve costituite prima dell'operazione straordinaria, devono essere rispettate in modo da evitare che l'errata applicazione comporti dei salti d'imposta.

La retrodatazione degli effetti prevista dalla fusione, ai sensi dell'art. 172, comma 9 del TUIR, non può avverarsi se a fronte di una fusione, si realizza anche una trasformazione tra ente commerciale ed ente non commerciale. Come già affermato precedentemente, le norme che disciplinano la fusione, di fronte a una fattispecie eterogenea, devono coordinarsi prioritariamente con le norme della trasformazione, ed è per questo che l'art. 174 del TUIR richiama le norme dell'art. 172 del TUIR, specificando "in quanto compatibile"¹²⁵.

¹²⁴ Art. 171, comma 1, lettera a), (secondo periodo) del TUIR.

¹²⁵ Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 102/E del 09/04/2009.

Conclusioni

Questo elaborato è stato scritto con l'obiettivo di analizzare la trasformazione eterogenea nel suo complesso e, in particolare, come siano state affrontate alcune problematiche della fattispecie, sia da parte della giurisprudenza che della dottrina. Pertanto, è stata presentata l'evoluzione della disciplina della trasformazione e, nello specifico, come si sia arrivati ad affrontare la trasformazione eterogenea. Dopodiché, è stata analizzata la riforma del diritto societario del 2003, soprattutto relativamente alla trasformazione eterogenea che fino a quel giorno, seppure tanto discussa, non era ancora ammessa all'interno del nostro ordinamento giuridico. Dall'analisi svolta in questo elaborato è emerso che il legislatore, nel disciplinare la trasformazione eterogenea progressiva e regressiva all'interno del Codice civile, non ha ricompreso le medesime categorie di enti. Per tale motivo, sono stati approfonditi tutti questi enti, così da comprendere la giustificazione per cui alcuni di essi non sono stati ricompresi nella fattispecie chiamata "progressiva". Successivamente, individuata la collocazione e illustrato il procedimento della trasformazione all'interno del Codice civile, si è potuta approfondire l'operazione anche dal punto di vista fiscale. L'analisi è iniziata osservando e comprendendo l'art. 171 del TUIR, ovvero la norma in cui viene disciplinata la fattispecie oggetto di studio. Tale norma ha il compito di regolare l'operazione relativamente al cambio di categoria tributaristica di appartenenza, con particolare riguardo alla valorizzazione dei beni che costituiscono l'ente che ha intenzione di avviare la trasformazione eterogenea. Sin da subito è stato possibile evidenziare la principale differenza che contraddistingue questa disciplina da quella civilistica, ovvero il diverso ambito soggettivo tra le due discipline. Il TUIR, infatti, considera come trasformazione eterogenea l'operazione che coinvolge gli enti commerciali e gli enti non commerciali, i quali ricomprendono una diversa classificazione rispetto alla disciplina civilistica. Nel Codice civile, dunque, la distinzione si ha tra le società disciplinate nei capi V, VI e VII (quindi le società di capitali), che più genericamente vengono chiamate enti con scopo di lucro, e i restanti enti, che più genericamente vengono classificati come enti senza scopo di lucro. Dal punto di vista fiscale, la regola generale sulla tassazione impone che questa debba avvenire sui beni dell'ente che si trasforma da commerciale a non commerciale. Questo accade poiché il legislatore ha dovuto conciliare l'esigenza di far concludere il ciclo reddituale dei beni fin tanto che erano all'interno dell'impresa, attraverso

l'emersione degli eventuali plusvalori latenti, ossia quelli in sospensione di imposta. Si potrebbe, pertanto, assimilare la trasformazione eterogenea a una sorta di "vendita" dei beni poiché nel tempo si è potuto godere di una serie di deduzioni. L'ipotesi opposta, ovvero la trasformazione da ente non commerciale a ente commerciale, è stata configurata dal TUIR, all'art. 171, comma 2, come un conferimento in società e, per questo motivo, anch'essa non gode della neutralità fiscale tipica delle trasformazioni omogenee. Tuttavia, l'assimilazione a conferimento è limitata ad alcune categorie di beni e, più in particolare, a quei beni che appartengono alla finalità istituzionale dell'ente, come indicato dall'art. 67, comma 1, lett. n) del Codice civile. Con riguardo alla neutralità fiscale nelle trasformazioni eterogenee sono state numerose le interpretazioni dottrinali, le quali hanno portato alla creazione di un filone di pensiero la cui tesi sostiene che la tassazione debba essere rimandata fino all'effettivo distacco del bene dall'ente. L'obiettivo è quello di garantire una simmetria fiscale più equa e rappresentativa dell'effettiva operazione. Tale tesi, però, rimane ancora irrealizzata, dal momento che la necessità di porre fine al ciclo reddituale tramite una tassazione che faccia emergere gli eventuali plusvalori viene giustificata dalla diversa destinazione che avranno i beni. A mio avviso, l'interpretazione maggioritaria, che giustifica la tassazione nel momento in cui i beni subiscono un cambio di destinazione, risulta più corretta poiché così facendo si evita di rimandare, potenzialmente all'infinito, la tassazione. Lo studio realizzato in questa tesi si è poi focalizzato nel capire, per entrambe le fattispecie di trasformazione eterogenea, quale sia la corretta valutazione dei beni oggetto di tassazione. Relativamente alla fattispecie progressiva è emerso che i beni appartenenti alla sfera istituzionale vengono valorizzati al valore normale, al fine della tassazione. Al contrario, per i beni che appartengono alla sfera commerciale dell'ente non commerciale non è stato disposto nulla dal legislatore, pertanto potranno godere della neutralità fiscale, poiché fanno già parte della sfera aziendale. Questa interpretazione data dalla maggioranza della giurisprudenza e applicata nella prassi risulta coerente con il principio di omogeneità poiché i beni non subiscono alcun mutamento. Da ciò ne consegue che la neutralità fiscale adottata sia la migliore soluzione per garantire agli operatori una più corretta e coerente tassazione. Per quanto riguarda, invece, la fattispecie regressiva, tutti i beni devono essere valorizzati al valore normale, poiché subiranno il passaggio a un diverso regime impositivo, come indicato dall'art. 171, comma 1 del TUIR. Infine, sono stati analizzati dei particolari casi di detenzione di partecipazioni di società di capitali da parte di enti non commerciali e, attraverso degli interpelli all'Agenzia dell'entrate,

è stato possibile trarre diverse conclusioni. Una prima conclusione a cui si è giunti è che la semplice detenzione di partecipazioni, anche se di maggioranza, non comporta alcun problema per l'ente non commerciale, a condizione che venga però gestita secondo le modalità e finalità di un ente che non ha alcun scopo di natura commerciale, ovvero con un'attività statico-conservativa. Rimane, invece, non ancora condivisibile l'interpretazione fornita dall'Agenzia delle entrate in merito al trasferimento di partecipazioni, dalla sfera istituzionale alla sfera commerciale, detenute da una fondazione. Sebbene l'Agenzia assimili l'operazione di trasferimento a un'operazione di cessione, alla stregua di una trasformazione eterogenea, rimangono numerosi i dubbi in merito alla sua fattibilità. L'Agenzia, infatti, ha assimilato l'operazione a un conferimento di partecipazioni all'interno dei beni di d'impresa; tuttavia, il conferimento prevede la presenza di almeno due soggetti che, nel caso specifico, non sono presenti dal momento che il soggetto è uno solo. Dopodiché, L'Agenzia sostiene che il corretto metodo di tassazione sia quello applicato dall'art. 67 del TUIR, relativo ai redditi diversi. Pure in questo caso, però, leggendo l'articolo non si trova alcun riferimento al passaggio di una partecipazione dalla sfera istituzionale a quella commerciale di un ente non commerciale. Pertanto, non essendoci una norma chiara a riguardo e non essendo vincolante, almeno per altri casi analoghi, il parere dato dell'Agenzia delle entrate, si attende chiarezza sulla questione da parte della dottrina e della giurisprudenza.

Nel quarto capitolo viene affrontata un'altra fattispecie, differente dalla trasformazione, facente parte delle operazioni straordinarie. Si tratta della fusione e scissione eterogenea che, sebbene non espressamente disciplinate dal legislatore, come si è potuto analizzare nel corso del capitolo, viene comunque riconosciuta e ammessa. Tale operazione ha molto in comune con la trasformazione eterogenea poiché permette, attraverso un'unica operazione, di fondere o scindere due enti che, non appartenendo alla medesima categoria, necessitano anche di una trasformazione implicita. Per consentire tutto ciò, a seguito di numerose interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, si è giunti alla conclusione di utilizzare le regole procedurali indicate dalla fusione e scissione omogenea e, al contempo, utilizzare, per quanto compatibili, le regole che disciplinano la trasformazione eterogenea. Non essendoci a oggi una norma che regolamenti in modo completo l'operazione, la prassi adottata risulta adatta alla situazione poiché nella fusione o scissione eterogenea vi è tanto la necessità di completare l'operazione quanto la necessità di garantire che la trasformazione dell'ente

avvenga seguendo i canoni indicati dalle norme sulla trasformazione eterogenea, così da garantire ai creditori, ma anche ai soci, tutte le tutele a loro spettanti. Dopodiché è stata esaminata la disciplina sotto l'aspetto fiscale. A differenza della Codice civile, il TUIR all'art. 174, seppur richiamando, per quanto compatibili, le norme che regolano la fusione e la scissione omogenea, regola l'operazione eterogenea. Tale regolamentazione, a mio avviso, risulta ancora troppo generica e pertanto frutto di possibili interpretazioni differenti da parte degli operatori, in merito alla compatibilità con la fattispecie omogenea.

Alla luce di quanto approfondito in questo elaborato, ritengo che lo sforzo intrapreso da parte della giurisprudenza e della dottrina nel cercare di colmare i vuoti normativi del legislatore abbia permesso di regolamentare e chiarire gran parte della fattispecie. Tuttavia, alcune questioni rimangono ancora non del tutto delucidate e sono ancora oggi frutto di scontri interpretativi. Ciò che nell'attuale scenario normativo, sia a livello civilistico che fiscale, sembra mancare è una migliore e più sistematica regolamentazione della fattispecie. A causa della mancata certezza giuridica dell'operazione, tutt'ora facilmente opinabile, viene meno la possibilità, da parte del legislatore, di porre delle basi per un migliore sistema economico e sociale. A mio parere, si riterrebbe necessaria una riforma che regolamenti in modo preciso ed esaustivo quanto l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale ha fatto sino ad oggi, in modo da permettere agli operatori una più agevole comprensione della fattispecie eterogenea, tanto in materia di trasformazione quanto in materia di fusione e scissione.

Bibliografia

Berto G. (1945), *Studi preliminari sulle trasformazioni delle società*, Giappichelli editore, Torino;

Bonfante, Cusa, Genco, Iengo e Cavanna (2014), *La società cooperativa*, in Tratt. dir. comm., diretto da Cottino, vol. V, t. III, Padova;

Borgioli A. (1987), *Consorti e società consortili*, Giuffrè, Milano;

Cagnasso O. (1990), *La trasformazione delle società*, nel Comm. Schlesinger, Milano;

Campobasso (2014), *Diritto commerciale. Diritto delle società*, 8a ed., vol. II, Torino;

Carpentieri L. (1997), *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Giuffrè, Milano;

Civerra E. (2004), *Le operazioni di fusione e scissione*, IPSOA, Milano;

Cociani S. F. (2005), *La trasformazione eterogenea nel diritto tributario. Primi spunti critici*, in: Riv. Dir. Trib.;

Cociani S. F. (2005), *Libro Bianco - L'IRES due anni dopo: considerazioni critiche e proposte*, Milano;

Corvese C. (2003), *La riforma delle società a responsabilità limitata*, Aa.Vv. a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino;

D'Agostino S. (2008), *La trasformazione eterogenea*, in Riv. Del Notariato, n. 2, Parte I Dottrina, Argomenti e Attualità;

De Angelis L. (2003), *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in Le Società;

De Angelis (2003), *Osservazioni sull'invalidità della trasformazione*, in Società;

De Angelis L. (2021), *Effetti della fusione*, in: Wolters Kluwer;

De Angelis L. (2021), *Effetti della scissione*, in: Wolters Kluwer;

Escalar G. (1999), *Il riordino della tassazione dei redditi diversi di natura finanziaria*, in: M. Miccinesi, Commento agli interventi di riforma tributaria, CEDAM, Padova;

Falsitta G. (1986), *Fusione e trasformazione tra società e realizzo di plusvalenze*, in: La tassazione delle plusvalenze e delle sopravvenienze nelle imposte sui redditi, Padova;

Falsitta G. (1986), *Il presupposto di imponibilità delle plusvalenze patrimoniali*, in La tassazione delle plusvalenze nelle imposte sui redditi, Padova;

Falsitta G. (2005), *L'eterno ritorno della questione fiscale delle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. trib.*;

Fantozzi A. (2003), *Il diritto tributario*, UTET, Torino;

Galgano F. (1987), *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, CEDAM;

Galgano F. (2006), *Delle persone giuridiche*, Zanichelli e del Foro italiano;

Gallo F. (2003), *Schema di decreto legislativo recante "Riforma dell'imposizione sul reddito delle società (IRES)"*, in *Rass. Trib.*;

Garcea D. (2003), *Note sistematiche sulla fuoriuscita dei beni dall'impresa*, in *Riv. dir. trib.*;

Gonnella E. – Nazaro A. (2004), *La relazione di stima nella trasformazione societaria. Prime note interpretative dell'articolo 2500-ter Cod. Civ.*, Giuffrè, Milano;

Guerrera F. (2003), *Trasformazione, fusione e scissione*, in *Aa.Vv.*, *Diritto delle società di capitali (manuale breve)*, Milano;

Il fisco (30 novembre 2020), n. 45, Wolters Kluwer;

Il Foro (1906), I, p.1018;

Logozzo M. (1994), *I beni relativi all'impresa*, in *AA.Vv.*, *IRPEF*, in: *Giur. sist. Tesaurus*, II, Torino;

Loria S. (2010), *La trasformazione societaria ante riforma*, ResearchGate.net;

Lupi R. (1986), *Profili tributari della fusione di società*, CEDAM, Padova;

Lupi R. (2002), *La specificazione legislativa del concetto di reddito, i riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie*, in *AA.VV.*, *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, a cura di R. Lupi e D. Stevanato, Giappichelli, Milano;

- Magliulo F. (2009), *La fusione delle società*, in: Notariato e nuovo diritto societario, diretto da Laurini, 2a ed., IPSOA, Milano;
- Magliulo F. (2012), *La scissione delle società*, IPSOA, Milano;
- Maltoni M. (2007), *La trasformazione eterogenea da o in consorzi e società consortili*, in *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Fondazione Notariato, Milano;
- Marasa G. (1994), *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, *Rivista di diritto civile*;
- Maro A. - Tilde C.- Maurizio C. – Stefano A. C. – Marcella S. (2011), *Le operazioni societarie straordinarie*, Cedam, Wolters Kluwer Italia, Milano;
- Melis G. (2008), *Pluralità di sistemi contabili*, diritto commerciale e diritto tributario: l'esperienza italiana, in: *Rass. Trib.*;
- Miola M. (2004), *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle S.p.a.*, diretto da G. E. Colombo, G.B. Portale, Vol. I, Milano;
- Nussi M. (1997), *Il regime dei beni d'impresa tra esigenze di coerenza impositiva e referenti privatistici*, in *Rass. Trib.*;
- Odetto G. (2006), *Trasformazione delle società semplici in società di persone commerciali*, in: "Pratica fiscale e professionale";
- Paciello A. (1991), *Contributo allo studio della trasformazione e della fusione eterogenea*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli;
- Petrelli G. (2004), *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, in *Consiglio Nazionale del Notariato*;
- Pistone P. (2001), *Il trattamento delle perdite e l'evoluzione del diritto tributario primario in materia di imposte dirette*, in: *Riv. Dir. Trib.*;
- Pistone P. (2007), *Profili comunitari ed internazionali della riforma fiscale*, in: Tesauro, F. (coord.), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Torino;
- Racugno (2012), *La fusione di società cooperative*, in: *Riv. soc.*;

- Rescigno P. (1968), *voce Fondazione*, in Enc. dir., XVII, Milano;
- Ripa G. (2003), *Le trasformazioni societarie*, Finanze & Lavoro, Gruppo editoriale Esselibri-Simone, Napoli;
- Sarale M. (2009), *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, Bologna;
- Spada P. (20/02/2004), *La disciplina delle trasformazioni societarie nel nuovo diritto dell'economia: contenuti e opportunità per le imprese*, relazione al Convegno organizzato da Paradigma a Milano;
- Spolidoro M. S. (1984), *Le società consortili*, in giurisprudenza cfr. Cass. Civ., sez. I, 27 novembre 2003, n. 18113, Milano;
- Stevanato D. (1994), *Inizio e cessazione dell'impresa nel diritto tributario*, CEDAM, Padova;
- Tesouro F. (2004), *L'assimilazione ai conferimenti delle trasformazioni di enti non commerciali in società*, in: Dialoghi di dir. trib.;
- Trimarchi (2004), *Le nuove società cooperative*, Ipsoa, Milano;
- Trimarchi (2006), *La trasformazione da e in società cooperativa: profili problematici e questioni applicative*, in Fondazione Italiana del Notariato, Roma;
- Trimarchi (2006), *Brevi considerazioni sul problema della trasformazione di società cooperativa in società lucrativa contestuale alla perdita della mutualità prevalente*, Studio n. 7-2006/I approvato dal Gruppo di studio sulla riforma delle società cooperative del Consiglio Nazionale del Notariato il 14 gennaio 2006, in Notariato;
- Trimarchi (2008), *Profili problematici delle operazioni di fusione (scissione) delle società cooperative: in particolare la controversa questione del rapporto di cambio*, studio n.153, in Consiglio Nazionale del Notariato;
- Varia M. (2004), *Comm. sub art. 2500 bis cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna;
- Varia V., *Sub art. 2500 bis.*, in Commentario Cottino;
- Viotto A. (2020), *Lezioni sull'IRES delle società di capitali residenti*, Cacucci Editore, Bari;

Visconti A. (2009), *Lo scambio di partecipazioni tra soggetti interni e quello tra soggetti comunitari nella disciplina del testo unico delle imposte sul reddito: un caso irrisolto di disapplicazione della direttiva 90/434/CE*, in: Riv. Dir. Trib.;

Vittoria D. (1992), *Il cambiamento del tipo per gli enti del libro I del Codice civile*, in Contratto e impresa.

Riferimenti giurisprudenziali

App. Torino 13 marzo 1906;

Cass. 17 ottobre 1904;

Cass. 11 giugno 1911;

Cass. 21 dicembre 1998, n. 12739;

Cass. 21 luglio 2016, n.15025;

Trib. Milano 3 dicembre 2001;

Trib. Milano 10 dicembre 2007;

Trib. Milano 19 agosto 2015;

Trib. Prato 4 maggio 2011;

Trib. Roma 7 gennaio 2008;

Trib. Roma 7 luglio 2015.

Riferimenti di Prassi

Circolare Ministeriale, n. 137/E del 15 maggio 1997;

Circolare Ministeriale, n. 124/E del 12 maggio 1998;

Circolare Trib. Milano 19 agosto 2015;

C.T.C., n. 597 del 23 febbraio 1994;

Direttiva 90/434/CEE;

Interpello, n.481/2020 Agenzia delle Entrate;

interpello, n.489/2020 Agenzia delle Entrate;

Massima, n. L.A.2. del 09/04 del Consiglio Notarile delle Tre Venezie;

Massima, n. 20/2004 del Consiglio Notarile di Milano;

Massima, n. 52/2004 del Consiglio Notarile di Milano;

Nota, n. 9/373 del 20 aprile 1979 del Ministero delle finanze;

Raccomandazione della commissione europea 94/1069/CE;

Risoluzione Agenzia delle Entrate, n.102/E del 9 aprile 2009.