



Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bologna

Commissione di Studio Imposte Dirette

*Il punto sulle opportunità previste
per le Start Up innovative (ex D.L. 179/2012)
e sulle problematiche delle imprese in fase di start up*

Convegno del 29 gennaio 2014

Presidente: *Emilio Abruzzese*

Componenti: *Marcello Braglia,
Matteo Cornacchia,
Cristiana Crispolti,
Maria Giovanna Franchi,
Francesca Rigosi,
Annunziata Sansone,
Gianluca Settepani*

Con la cortese partecipazione del Notaio Rita Merone

Precisazioni

Il presente elaborato è frutto del lavoro e dell'interpretazione dei suddetti componenti, dello stesso presidente della Commissione e del Notaio Merone, per quanto di Sua competenza, e non impegna in alcun modo il pensiero e l'orientamento dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Bologna. Allo stesso modo, non costituisce parere professionale. Ci scusiamo anticipatamente per eventuali refusi ed inesattezze che dovessero risultare; saremo grati a chi avrà la bontà di leggere il presente elaborato ed eventualmente segnalare tali errori a questa Commissione.

Testo licenziato in data 26 gennaio 2014

Capitolo 1

START UP INNOVATIVE ED INCUBATORI CERTIFICATI: DEFINIZIONE E REQUISITI

1. Introduzione alle <i>Start Up innovative</i>	<i>pag.: 10</i>
2. <i>Start Up innovative</i>	<i>pag.: 13</i>
2.1 Forma Societaria	<i>pag.: 14</i>
2.1.1 Società di capitali	<i>pag.: 14</i>
2.1.2 <i>Societas Europaea</i>	<i>pag.: 15</i>
2.2 Residenza in Italia	<i>pag.: 15</i>
2.3 Decorrenza	<i>pag.: 15</i>
2.4 Durata della disciplina di favore	<i>pag.: 16</i>
2.5 Società già costituite o di nuova costituzione	<i>pag.: 16</i>
2.5.1 Società di nuova costituzione	<i>pag.: 17</i>
2.5.2 Società già costituite	<i>pag.: 17</i>
2.6 <i>Start Up</i> a vocazione sociale	<i>pag.: 18</i>
2.6.1 Incentivi all'investimento in <i>Start Up innovative</i>	<i>pag.: 19</i>
2.6.2. Riflessione sulle <i>Start Up innovative</i> a vocazione sociale	<i>pag.: 19</i>
3. Requisiti	<i>pag.: 20</i>
3.1 Requisiti cumulativi	<i>pag.: 21</i>
3.2 Requisiti alternativi	<i>pag.: 24</i>
3.2.1 Spese di ricerca e sviluppo	<i>pag.: 25</i>
<i>Individuazione delle spese di ricerca e sviluppo</i>	<i>pag.: 25</i>
<i>Esclusione delle spese sostenute per gli immobili</i>	<i>pag.: 26</i>
<i>Calcolo del limite del 15%</i>	<i>pag.: 27</i>
3.2.2 Personale di ricerca e sviluppo	<i>pag.: 27</i>
3.2.3 Privativa industriale	<i>pag.: 27</i>
3.3 Iscrizione nel Registro delle Imprese	<i>pag.: 28</i>
3.4 Perdita dei requisiti qualificanti	<i>pag.: 28</i>
4. Nozione di Incubatore Certificato	<i>pag.: 28</i>
4.1 Disciplina applicabile e decorrenza	<i>pag.: 31</i>
4.2 Forma societaria	<i>pag.: 31</i>
4.3 Requisiti dell'Incubatore Certificato	<i>pag.: 31</i>
5. Iscrizione nel Registro delle Imprese e riduzione degli oneri per l'avvio	<i>pag.: 32</i>
5.1 Attestazione della sussistenza dei requisiti	<i>pag.: 32</i>

5.1.1 Società già costituite	<i>pag.: 33</i>
5.1.2 Incubatore certificato	<i>pag.: 34</i>
5.2 Domanda di iscrizione	<i>pag.: 36</i>
5.2.1 <i>Start Up innovative</i>	<i>pag.: 37</i>
5.2.2 Incubatore certificato	<i>pag.: 37</i>
5.2.3 Iscrizione nel Registro delle Imprese: indicazioni operative	<i>pag.: 38</i>
5.2.4 Società già costituite	<i>pag.: 38</i>
5.2.5 Nuove società	<i>pag.: 39</i>
5.2.6 Accesso alle informazioni	<i>pag.: 40</i>
5.3 Riduzione degli oneri per l'avvio	<i>pag.: 41</i>
5.3.1 Presupposti e ambito di operatività	<i>pag.: 41</i>
5.4 Adempimenti successivi all'iscrizione	<i>pag.: 41</i>
5.5 Perdita dei requisiti e cancellazione dalla sezione speciale del Registro delle Imprese	<i>pag.: 43</i>
5.5.1 Procedimento per la cancellazione	<i>pag.: 43</i>

Capitolo 2

AGEVOLAZIONI FISCALI PREVISTE NELL'INVESTIMENTO IN *START UP INNOVATIVE*

1. Premesse	<i>pag.: 45</i>
2. Presupposto soggettivo	<i>pag.: 46</i>
3. Presupposto oggettivo	<i>pag.: 48</i>
4. Agevolazione fiscale applicabile ai soggetti IRPEF	<i>pag.: 51</i>
5. Agevolazione fiscale applicabile ai soggetti IRES	<i>pag.: 55</i>
6. Ulteriori problematiche applicative e spunti di riflessione	<i>pag.: 60</i>
7. Profili IRAP	<i>pag.: 65</i>

Capitolo 3

L'OGGETTIVAZIONE DELLE QUOTE NELLE *START UP INNOVATIVE* IN FORMA DI SRL

1. Premessa	<i>pag.: 67</i>
2. La Start Up innovativa e le Srl – clausole in deroga al diritto comune	<i>pag.: 67</i>
2.1 Perdite rilevanti	<i>pag.: 68</i>
2.2 Categorie di quote	<i>pag.: 68</i>

2.3	Quote postergate nelle perdite	<i>pag.: 71</i>
2.4	I quorum richiesti per creare le quote unitarie e le categorie di quote	<i>pag.: 72</i>
2.5	Limiti delle categorie di quote	<i>pag.: 72</i>
2.6	Decisioni che possono pregiudicare i diritti di una categoria di quote unitarie	<i>pag.: 73</i>
2.7	Diritto di voto non proporzionale	<i>pag.: 73</i>
2.8	Operazioni su quote proprie	<i>pag.: 75</i>
3	Emissione di strumenti finanziari	<i>pag.: 75</i>
3.1	Disciplina di emissione	<i>pag.: 78</i>
4	Obsolescenza delle clausole aliene	<i>pag.: 79</i>
5	Conclusioni	<i>pag.: 80</i>

Capitolo 4

IL NUOVO REGIME FISCALE DEI PIANI DI STOCK OPTION PER LE START UP INNOVATIVE

1.	Premesse	<i>pag.: 82</i>
2.	I piani d'incentivazione dei manager: le stock options	<i>pag.: 82</i>
2.1	Le Stock Option, Profili Economici	<i>pag.: 82</i>
2.1.1	Vesting period	<i>pag.: 84</i>
2.1.2	Il periodo d'esercizio (<i>Strike Price</i>)	<i>pag.: 84</i>
2.1.3	Holding period	<i>pag.: 84</i>
2.2	Profili Societari	<i>pag.: 85</i>
2.2.1	Emissione di azioni a titolo gratuito (ad. 2349 cc.)	<i>pag.: 85</i>
2.2.2	Emissione di azioni a pagamento (art. 2441, comma 8, cc.)	<i>pag.: 86</i>
2.2.3	Assegnazione di azioni già esistenti (art. 2357 e 2358 cc.)	<i>pag.: 87</i>
2.2.4	Piani di azionariato a soggetti non dipendenti	<i>pag.: 88</i>
3	Il nuovo regime fiscale	<i>pag.: 88</i>
3.1	Soggetti destinatari dei piani d'incentivazione	<i>pag.: 90</i>
3.2	Soggetti emittenti piani d'incentivazione	<i>pag.: 90</i>
3.3	Strumenti finanziari oggetto del piano d'incentivazione	<i>pag.: 90</i>
3.3.1	Apporto di opere e servizi	<i>pag.: 91</i>
3.4	Confronto con la disciplina prevista dall'art. 51, comma 2, lettera g) del TUIR	<i>pag.: 91</i>

	3.5 Regime ordinario sul Capital Gain prodotto in caso di vendita	<i>pag.: 93</i>
4	Regime fiscale (IRES) delle emissioni di strumenti finanziari per società: Start Up e incubatori a fronte dell'apporto di opere o servizi	<i>pag.: 94</i>
	4.1 La Start Up innovativa costituita sotto forma di Srl	<i>pag.: 95</i>

Capitolo 5

ASPETTI FISCALI CONNESSI ALLE SOCIETÀ IN START UP

1	Premessa	<i>pag.: 99</i>
2	Aspetti di criticità fiscale per le Start Up: il trattamento degli interessi passivi	<i>pag.: 99</i>
	2.1 Capitalizzazione degli interessi passivi	<i>pag.: 100</i>
	2.2 Ipotesi di deducibilità integrale degli interessi passivi	<i>pag.: 102</i>
	2.3 Considerazioni conclusive sul trattamento degli interessi passivi	<i>pag.: 103</i>
3	Aspetti di criticità fiscale per le Start Up: il trattamento delle perdite fiscali	<i>pag.: 103</i>
	3.1 Trasferimento delle perdite nell'ambito di un CNM	<i>pag.: 104</i>
4	Aspetti IVA nelle società Start Up	<i>pag.: 105</i>
	4.1 Regime dell'IVA "per cassa"	<i>pag.: 106</i>
	4.2 Rimborso del credito IVA relativo all'acquisto di beni e servizi per studi e ricerche	<i>pag.: 107</i>
5	Start Up ed agevolazioni in tema di Ricerca e Sviluppo	<i>pag.: 108</i>
	5.1 Credito d'imposta per l'assunzione di personale altamente qualificato	<i>pag.: 108</i>
	5.2 La deducibilità ai fini IRAP dei costi sostenuti per il personale addetto alla ricerca e sviluppo	<i>pag.: 109</i>
	5.3 Nuovo credito d'imposta per gli investimenti in ricerca e sviluppo (D.L. 23.12.2013 n.145 "Destinazione Italia")	<i>pag.: 110</i>
6	Breve panoramica delle agevolazioni concesse a livello internazionale alle imprese Start Up ed agli investimenti in R&D	<i>pag.: 111</i>

Capitolo 6

SOCIETÀ NON OPERATIVE

1	Introduzione	<i>pag.: 114</i>
2	Normativa di riferimento	<i>pag.: 114</i>
	2.1 Società di comodo	<i>pag.: 114</i>

2.2	Società in perdita sistemica	<i>pag.: 116</i>
2.3	Conseguenze per i soggetti non operativi	<i>pag.: 118</i>
3	Società di comodo e Start Up Innovative	<i>pag.: 119</i>
4	Società di comodo e Start Up	<i>pag.: 122</i>
4.1	Primo periodo di imposta: causa di esclusione	<i>pag.: 122</i>
4.2	Non normale svolgimento dell'attività	<i>pag.: 124</i>
4.3	Studi di Settore	<i>pag.: 125</i>
5	Ulteriori spunti di riflessione	<i>pag.: 126</i>

Capitolo 7

LE FASI DI START UP NEL REGIME “PEX”

1	L'esercizio di impresa commerciale: una catena di rinvii di norme; quando la “norma base” (art. 55 TUIR) è interpretata in maniera non perfettamente coerente, se richiamata in combinato disposto con l'art. 87 del TUIR.	<i>pag.: 132</i>
2	Il sub-requisito temporale	<i>pag.: 133</i>
3	Asserita natura antielusiva della norma che pretende la sussistenza del requisito della commercialità: rimedi? Introduzione al tema delle fasi di Start Up	<i>pag.: 135</i>
4	La negazione tranchant della sussistenza dell'esercizio di impresa commerciale per le fasi di Start Up	<i>pag.: 137</i>
5	La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 7/E del 29 marzo 2013: effettivamente risolti i problemi delle Start Up? Interpretazioni estensive ed approcci restrittivi	<i>pag.: 139</i>
6	I settori salvati in via interpretativa	<i>pag.: 140</i>
7	Necessità di sussistenza di un'azienda?	<i>pag.: 143</i>
8	Considerazioni finali	<i>pag.: 143</i>

Capitolo 8

ESENZIONE PLUSVALENZE REINVESTITE IN START UP

	Premessa	<i>pag.: 145</i>
1	Meccanismo dell'agevolazione - articolo 68 comma 6 - bis TUIR	<i>pag.: 147</i>
2	Requisiti temporali per l'applicazione dell'agevolazione	<i>pag.: 149</i>
3	Limiti posti all'importo dell'esenzione - articolo 68 comma 6 - ter) TUIR	<i>pag.: 149</i>
4	Conseguenze in caso di mancato reinvestimento nel biennio successivo	<i>pag.: 150</i>
5	Dettagli operativi e dubbi normativi	<i>pag.: 151</i>

Prefazione

I problemi della nostra economia ci hanno costretto spesso, fra l'altro, ad affrontare problematiche, anche fiscali ma certamente non solo fiscali, afferenti la crisi d'impresa.

Purtroppo, dati i gravi momenti, si è quindi data necessariamente molta attenzione alla triste fase della fine dell'impresa, spesso anche traumaticamente connessa ad operazioni concorsuali, mentre a quanto pare più raramente si è parlato di quanto si faccia in Italia per agevolare le iniziative imprenditoriali a realizzarsi.

Lo spunto dato dal DL 179/2012, focalizzando l'attenzione su talune agevolazioni rivolte a determinate categorie di soggetti fruitori di disciplina particolare anche asseritamente agevolata, ha dato il destro per cercare di approfondire non solo questa specifica disciplina, ma anche determinate singole tematiche riguardanti le società in fase di "Start Up", non necessariamente relegata a detta disciplina agevolata.

Nel cercare di approfondire le varie problematiche, ci siamo sempre più resi conto che gli sforzi più produttivi di effetti benefici possono aversi non tanto e non solo con l'emanazione di provvedimenti che in via transitoria e fra molte difficoltà applicative tentano di riconoscere sgravi fiscali che non lasciano il segno nell'economia di un Paese, ma soprattutto col comprendere che le nuove iniziative imprenditoriali necessitano di regole certe ed in tempi ristrettissimi.

La Commissione imposte dirette dell'Ordine di Bologna si è quindi impegnata sia ad affrontare gli specifici temi fiscali derivanti dall'applicazione del DL 179/2012, e ciò in maniera più sistematica ed organica, sia a toccare alcuni altri temi, con un particolare riguardo alle problematiche ed alle situazioni che si vengono a creare nelle fasi di *Start Up*, genericamente intese, ovviamente sotto il profilo impositivo, soprattutto per quanto attiene le II.DD.

Il Notaio Rita Merone ha collaborato con la stesura del capitolo 3.

I restanti capitoli sono stati redatti da tutti i componenti della Commissione Imposte Dirette:

- Emilio Abruzzese
- Marcello Braglia
- Matteo Cornacchia
- Cristiana Crispolti
- Maria Giovanna Franchi
- Francesca Rigosi
- Annunziata Sansone
- Gianluca Settepani

capitolo 1

Start Up innovative
ed incubatori
certificati:
definizione e
requisiti

1. INTRODUZIONE ALLE *START UP INNOVATIVE*

Nelle economie moderne, l'innovazione tecnologica viene considerata un **fattore moltiplicativo** per lo **sviluppo**.

La start up si contraddistingue, infatti, per la sua capacità di veicolare e irrorare l'innovazione all'interno dei settori produttivi di un sistema economico, contribuendo allo sviluppo di una nuova **cultura industriale**. Fungendo tale modello da stimolo al rinnovamento per le imprese tradizionali, si crea un conseguente guadagno in termini di competitività e si implementa l'attitudine di uno stato a diventare meta di capitali e talenti stranieri.

Il decreto-legge 18.10.2012, n. 179, conv. con modif. con L. 17.12.2012, n. 221 (*infra* il "decreto"), ribattezzato "decreto Crescita-bis", detta un *corpus* legislativo nuovo e di notevole impatto dedicato alle *Start Up innovative*. Il "decreto" è poi stato oggetto di modifiche con l'art. 9 del DL 28/6/2013, n. 76, convertito in L. 9/8/2013, n. 99.

Questa disciplina ha come obiettivo lo sviluppo armonico di un "**ecosistema favorevole**" per l'impresa *Start Up innovativa*, attraverso un'ampia serie di agevolazioni e semplificazioni che toccano tutti gli aspetti del suo ciclo di vita, dalla nascita allo sviluppo fino alla sua eventuale chiusura. Innovativi risultano i parametri per identificare la nuova impresa innovativa, come innovativo risulta il sistema ideato per finanziarla poiché innovativa è la filosofia che sta alla base del decreto Crescita bis.

Le nuove realtà societarie ed imprenditoriali caratterizzate da una forte connotazione tecnologica sono infatti destinatarie di una normativa di favore, fortemente derogatoria rispetto al regime ordinario delle società di capitali (soprattutto in materia di Srl).

Gli interventi del Legislatore per favorire la progressiva crescita delle *Start Up* sono di varia natura e toccano numerosi temi di particolare interesse.

In particolare troviamo:

- la riduzione degli oneri di costituzione;
- il differente trattamento delle perdite di esercizio ed erosione del capitale sociale;
- la possibilità di offerta al pubblico delle quote di Srl;
- la possibilità di emissione di strumenti finanziari partecipativi per le Srl;
- la ricerca di capitali sulle piattaforme online di crowdfunding;

- la previsione di una disciplina specifica dei rapporti di lavoro con maggiore flessibilità nelle assunzioni a tempo determinato;
- agevolazioni fiscali erogate per investimenti in Start-Up;
- l'assoggettamento ad una procedura liquidatoria semplificata.

Il presente lavoro si propone di offrire un'iniziale e preliminare disamina delle norme in oggetto, ponendo l'attenzione sulle differenze previste per le *Start Up innovative* rispetto allo schema normativo tipico. L'impostazione che si è voluta dare si concentra su tali aspetti di novità assoluta e consente di apprezzare la distanza rispetto alle norme ordinarie, in modo da evidenziare appieno l'intento dell'intervento del Legislatore.

Come infatti evidenziato dalla relazione introduttiva, lo scopo dichiarato del decreto è la creazione nel nostro Paese di condizioni favorevoli per la nascita e lo sviluppo di imprese innovative in ambito tecnologico, che possano rilanciare e migliorare il tessuto imprenditoriale italiano. Le norme si ispirano al rapporto "Restart, Italia!", elaborato da una *task force* di esperti nominata dal Ministro Passera, che si è ispirata alle migliori esperienze internazionali e si è avvalsa, attraverso consultazioni pubbliche, dei contributi di centinaia di operatori del mondo start up italiano, realizzando un esperimento originale nel panorama legislativo nazionale. La creazione di un ecosistema favorevole alle *Start Up innovative* rappresenta per la prima volta un preciso strumento di politica economica teso a favorire la crescita, la creazione di occupazione, in particolare quella giovanile, l'attrazione di talenti e capitali dall'estero, e a rendere più dinamico il substrato produttivo e tutta la società italiana, promuovendo una cultura del merito e dell'assunzione di rischio.

Il settore di riferimento a cui la nuova normativa si rivolge è l'innovazione tecnologica, dove appaiono quali determinanti elementi di caratterizzazione la forte incidenza delle spese in ricerca e sviluppo, l'impiego di personale dotato di dottorato di ricerca o comunque altamente qualificato, ovvero lo sfruttamento di una privativa su un brevetto. Non sono posti vincoli di natura anagrafica in capo all'imprenditore, né di natura settoriale in capo agli ambiti di attività della *Start Up*, né di natura geografica all'interno del territorio nazionale.

I tratti salienti della disciplina comprendono benefici fiscali e importanti deroghe al diritto societario vigente per consentire una *governance* più flessibile e più funzionale alle esigenze tipiche delle piccole realtà imprenditoriali che si fondano esclusivamente su un'idea dei fondatori (spesso sprovvisti di adeguati capitali). Vengono resi più flessibili gli obblighi di ricapitalizzazione, aprendo alla possibilità di attribuzioni di titoli rappresentativi del capitale anche privi di diritti di voto, e consentendo l'offerta al pubblico di quote di partecipazione.

I benefici introdotti dalla nuova normativa mirano anche a rendere più semplice e meno onerosa la costituzione e il successivo sviluppo della realtà societaria, anche se dichiaratamente il decreto (o

meglio, la relazione introduttiva allo stesso) esclude che sia stata introdotta una nuova fattispecie di società. Come si vedrà nel corso della trattazione, però alcune deroghe al diritto societario che vengono consentite alle sole *Start Up innovative* riguardano istituti talmente fondamentali che la morfologia delle nuove *Start Up innovative*, se non può essere identificata come un nuovo tipo di società, certamente si allontana moltissimo dall'archetipo dettato per le società ordinarie (si pensi soprattutto alle deroghe in caso di obbligo di copertura perdite e alle quote "speciali" consentite alle sole *Start Up innovative*).

La nuova disciplina si inserisce in una serie di interventi posti in essere per semplificare l'avvio d'impresa, con l'introduzione della Srl semplificata per i giovani con meno di trentacinque anni e della Srl a capitale ridotto e recepisce il *favor* del Legislatore verso forme societarie sempre più semplici e meno dispendiose in termini di capitale sociale iniziale che è richiesto ai soci fondatori.

Le *Start Up Innovative* potranno anche detenere proprie partecipazioni (anche se costituite in forma di Srl), e tali partecipazioni potranno essere attribuite mediante piani di *stock options* a soggetti apicali o comunque in posizione nevralgica per la struttura imprenditoriale e societaria, come per esempio amministratori, dipendenti e collaboratori ovvero potranno costituire il compenso per la prestazione di opere e servizi da parte di soci o di terzi (*workfor - equity*). Importanti benefici fiscali e contributivi sono previsti per queste forme di retribuzione o incentivazione.

Anche il lavoro subordinato è stato oggetto di una legislazione di favore. Si prevede infatti la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato per una durata compresa tra sei mesi e quattro anni, con facoltà di uno o più rinnovi nell'ambito di questo termine. Decorso tale termine massimo di quattro anni si passa automaticamente al rapporto a tempo indeterminato, senza che possano essere utilizzate altre forme di rapporti parasubordinati. Tali agevolazioni appaiono meno allettanti, considerando quelle per favorire l'occupazione previste dal DL 28/06/2013 n. 76 .

Sono poi introdotte innovazioni determinanti sul fronte del reperimento delle risorse finanziarie a disposizione delle *Start Up*. Come lucidamente osservato dalla relazione introduttiva al testo legislativo, si è cercato di connettere maggiormente le *Start Up innovative* al tessuto produttivo italiano e a rendere facile, intuitiva ed innovativa la sottoscrizione di capitali. Da un lato infatti, vengono introdotti incentivi fiscali per incoraggiare gli investimenti in *Start Up* da parte di privati e aziende, che investano sia direttamente sia per il tramite di società di investimento specializzate. In particolare, gli incentivi per le aziende mirano a facilitare il raccordo tra mondo delle *Start Up* e il tessuto produttivo più tradizionale, grazie ad una "scommessa congiunta" sull'innovazione e la tecnologia come fattori di sviluppo industriale e competitività delle aziende.

Dall'altro lato, il decreto prevede l'introduzione di strumenti innovativi di raccolta del capitale diffuso attraverso portali *on line*, (il cd. "*crowdfunding*") e crea condizioni di accesso gratuito e semplificato per le *Start Up* alla garanzia sul credito bancario.

Vengono infine previsti gli "incubatori", ovvero società che svolgono per le *Start Up* tutta una serie di servizi e di attività propedeutiche allo sviluppo dell'attività caratteristica della nuova realtà imprenditoriale mettendo a disposizione mezzi e spazi che altrimenti le neo costituite *Start Up* non potrebbero permettersi. Gli incubatori sono appunto quelle società che meglio sanno offrire servizi adeguati all'avvio e allo sviluppo di *Start Up innovative*, e ai quali sono estese alcune delle misure di favore previste per le stesse *Start Up*.

Infine, altre misure non meno significative sono le innovazioni in materia di diritto fallimentare. Non trova infatti applicazione per le *Start Up innovative* la legge Fallimentare *tout court*, ma si prevede un assoggettamento, in via esclusiva, alle procedure concorsuali previste per la ricomposizione della crisi da sovraindebitamento per i soggetti non fallibili.

La contrazione dei tempi della risoluzione della crisi è l'esigenza da tutelare: attraverso procedure semplificate rispetto a quelle ordinarie si riesce a facilitare la ripartenza dello start upper verso nuove iniziative imprenditoriali.

2. *START UP INNOVATIVE*

Possono assumere la qualifica di *Start Up innovativa*, e fruire della disciplina di favore, le società di capitali di diritto italiano e le società europee fiscalmente residenti in Italia.

Ai sensi dell'art. 25 co. 2, primo periodo, del D.L. 179/2012, l'impresa *Start Up innovativa* è una società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una *Societas Europaea*, residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del TUIR, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione.

Tali società, per essere definite *Start Up innovative*, devono rispettare i requisiti previsti nel medesimo co. 2 del citato art. 25.

Si sottolinea che, sulla base di quanto previsto dal paragrafo 17 della Comunicazione UE del 5 dicembre 2013 e dalla bozza di decreto attuativo art. 1 co. 2 lett. b), attualmente alla firma dei ministri competenti, la disciplina di favore è stata estesa anche alle società "*non residenti in possesso dei medesimi requisiti, ove compatibili, a condizione che le stesse siano residenti in Stati membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo ed esercitino nel territorio dello Stato un'attività d'impresa mediante una stabile organizzazione*".

2.1 FORMA SOCIETARIA

Il decreto stila con rigore e precisione i requisiti necessari che un'impresa commerciale deve avere per essere definita una “*Start Up innovativa*” e per beneficiare, quindi, della legislazione di favore introdotta per tale nuovo tipo di società.

All'art. 25, c. 2 del decreto viene in primo luogo precisato che per “*Start Up innovativa*” deve intendersi: “*la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una Societas europea, residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione*”.

La *Start Up innovativa* non configura una nuova tipologia societaria, potendo essere costituita soltanto sotto forma di:

- società di capitali, anche in forma di cooperativa;
- Societas Europaea.

La scelta del Legislatore in merito a tali caratteristiche è funzionale e propedeutica alla disciplina che il decreto detta per le *Start Up innovative*.

L'esclusione delle società di persone, infatti, sembra voler rafforzare il grado di serietà che l'attività imprenditoriale deve avere, costringendo i soci ad impegnarsi con quote di capitale minimo che confermino in maniera definitiva l'intenzione di voler proseguire il progetto imprenditoriale su basi certe e definite. Molte delle norme che nel prosieguo si affronteranno, inoltre, sono tipizzate dal Legislatore solamente per le società di capitali (ed in alcuni casi solo per le società per azioni) e quindi per ragioni di coerenza sistematica e per ridurre al minimo le questioni interpretative che potrebbero emergere, il Legislatore ha opportunamente e coerentemente escluso la possibilità di utilizzare forme di società di persone per le *Start Up innovative*.

2.1.1 Società di capitali

Possono assumere la qualifica di *Start Up innovative* le società di capitali di diritto italiano. Si tratta, quindi, di Spa, Sapa, Srl, anche in forma di cooperative.

Con riferimento alla forma di srl, si osserva che, in assenza di particolari limitazioni al capitale delle *Start Up innovative*, anche le “srl semplificate” possano fruire dei benefici riconosciuti alle *Start Up innovative* in presenza dei requisiti qualificanti. Infatti, come affermato nella massima R.A.4 del Comitato Triveneto dei Notai e dalla circ. Assonime 30.10.2012 n. 29, la srl semplificata non costituisce un tipo autonomo, ma un "sotto tipo" della Srl.

In estrema sintesi, le srl semplificate sono caratterizzate dalla presenza di soci persone fisiche da un capitale sociale compreso fra uno e Euro 9.999. Lo statuto è standard (almeno nelle parti previste dal decreto D.M. 138/2012) e si applicano di rinvio le norme sulle normali srl in quanto compatibili.

2.1.2 Societas Europaea

La società europea è una forma di società che può essere costituita sul territorio dell'Unione europea, e che funziona sulla base di un regime di costituzione e di gestione unico, anziché sottoposto a normative statali differenti. Le società europee sono disciplinate dal regolamento UE 8.10.2001 n. 2157.

2.2 RESIDENZA IN ITALIA

Sulla base del combinato disposto del co. 2 primo periodo e della lett. c) del medesimo co. 2 dell'art. 25, la *Start Up innovativa* deve essere:

- residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del TUIR;
- avere la sede dei propri affari e interessi in Italia.

Ai sensi del co. 3 del citato art. 73 del TUIR, si considerano fiscalmente residenti in Italia le società che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.

Al riguardo, è stato osservato che la formulazione normativa non appare felice, posto che quest'ultimo requisito appare di fatto coincidere con quello dell'oggetto principale dell'attività in Italia, già previsto dall'art. 73 del TUIR; di conseguenza, è stato affermato che per essere considerata residente, la società dovrebbe avere non solo la sede legale o amministrativa nel territorio dello Stato per la maggior parte del periodo d'imposta, ma anche la sede principale dei propri affari e interessi in Italia, per l'intera durata del periodo d'imposta.

Sia la Comunicazione della Comunità Europea che la bozza del decreto attuativo estendono il regime di favore anche alle *Start Up innovative* che non hanno sede in Italia e soddisfano gli altri requisiti di ammissibilità, a condizione che abbiano sede in uno stato membro dell'UE o in uno stato aderente al SEE ed esercitino attività di impresa in Italia mediante una stabile organizzazione. Alla data di ultimazione del presente documento il decreto attuativo non risulta ancora emanato e quindi tale disposizione non risulta ancora definitiva.

2.3 DECORRENZA

Le misure ad hoc previste per le *Start Up innovative* dovrebbero già essere operative a decorrere dalla data di entrata in vigore del D.L. 179/2012, vale a dire dal 20.10.2012.

In realtà, l'operatività delle disposizioni agevolative risulta subordinata all'iscrizione della *Start Up innovativa*, già costituita o di nuova costituzione, in apposita sezione del Registro delle imprese. Infatti, l'art. 25 co. 8 del D.L. 179/2012 dispone che l'iscrizione della *Start Up* in tale sezione è necessaria al fine di poter beneficiare della disciplina di favore.

Autorizzazione della Commissione Europea per le misure fiscali

Inoltre, il co. 9 dell'art. 29 del citato decreto subordina l'efficacia degli incentivi fiscali all'investimento in *Start Up innovative* all'autorizzazione della Commissione Europea, che è intervenuta con comunicazione del 5 dicembre 2013, che ha ritenuto le misure agevolative in materia di *Start Up* compatibili con il mercato interno ai sensi dell'art. 107 par. 3, lett. c) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. L'approvazione della Commissione era infatti attesa verso metà ottobre, secondo il Ministero dello Sviluppo economico (MISE) poi rinviata a dicembre. La norma è retroattiva, sottolineano dal MISE, e quindi saranno agevolati anche gli investimenti compiuti prima del via libera di Bruxelles. Si ricorda, altresì, che la misura, inizialmente prevista per il triennio 2013-2015, nel frattempo è stata estesa anche al 2016 dall'art. 9 comma 16ter del D.L. 76/2013. Si precisa tuttavia, che il provvedimento UE sopracitato, estende l'agevolazione solo fino all'anno 2015, a differenza di quanto emerge dal documento "Panoramica sullo stato di attuazione normativa Start Up" consultabile sul sito del MISE.

Disposizioni attuative

Il comma 8 dell'art. 29 prevede che debba essere emanato un decreto che individui le modalità di attuazione delle agevolazioni fiscali ad oggi non ancora pubblicato ed attualmente alla firma dei ministri competenti.

2.4 DURATA DELLA DISCIPLINA DI FAVORE

In linea generale, la disciplina di favore prevista per le *Start Up innovative* può essere fruita per 4 anni dalla data di costituzione. Per le *Start Up* già costituite, invece, il periodo di applicazione delle discipline varia a seconda dell'anzianità della società.

2.5 SOCIETÀ GIÀ COSTITUITE O DI NUOVA COSTITUZIONE

A prescindere dalla forma societaria, la *Start Up innovativa* può essere un'impresa di nuova costituzione o già costituita; in quest'ultimo caso, è prevista una durata variabile della disciplina di favore collegata all'anzianità della società.

Occorre inoltre sottolineare che, ai sensi del co. 3 dell'art. 25 del D.L. 179/2012, per le società già costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto sviluppo e che siano già in possesso di tutti i requisiti di seguito indicati, la qualifica di *Start Up innovativa* è

subordinata al deposito presso il Registro delle imprese¹, di una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale che attesti l'esistenza dei relativi requisiti. A tal proposito si sottolinea che un comunicato del MISE ha chiarito che le *Start Up innovative* già costituite possono iscriversi nella sezione speciale del Registro anche successivamente al 17 febbraio 2013 (si veda il paragrafo 5.1).

2.5.1 Società di nuova costituzione

L'art. 25 co. 2 lett. b) del D.L. 179/2012 prevede, tra i requisiti qualificanti, che la *Start Up Innovativa* svolga attività d'impresa da non più di 48 mesi. L'art. 31 co. 4 del D.L. 179/2012 dispone altresì che *"in ogni caso, una volta decorsi i quattro anni dalla data di costituzione, cessa l'applicazione della disciplina prevista nella presente sezione, incluse le disposizioni di cui all'art. 28, ferma restando l'efficacia dei contratti a tempo determinato stipulati dalla start up innovativa sino alla scadenza del relativo termine"*.

Ne consegue che decorsi 4 anni dalla data di costituzione della *Start Up innovativa*, non è più possibile avvalersi della disciplina di favore riconosciuta dagli artt. 25 - 32 del D.L. 179/2012 in ambito societario, fiscale e occupazionale.

2.5.2 Società già costituite

Con riferimento alle società già costituite al 19.12.2012 (data di entrata in vigore della legge di conversione) che possiedono i requisiti necessari per soddisfare la qualifica di *Start Up innovativa*, l'art. 25 co. 3 del D.L. 179/2012 prevede una durata della disciplina di favore differente in base alla data di costituzione di tali società.

Al riguardo, si osserva che il primo periodo del co. 3 dell'art. 25 fa riferimento alle società già costituite *"alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto"* (19.12.2012), mentre nel secondo periodo sembra che la data di costituzione della società sia da considerare in relazione alla data di entrata in vigore del D.L. (20.10.2012).

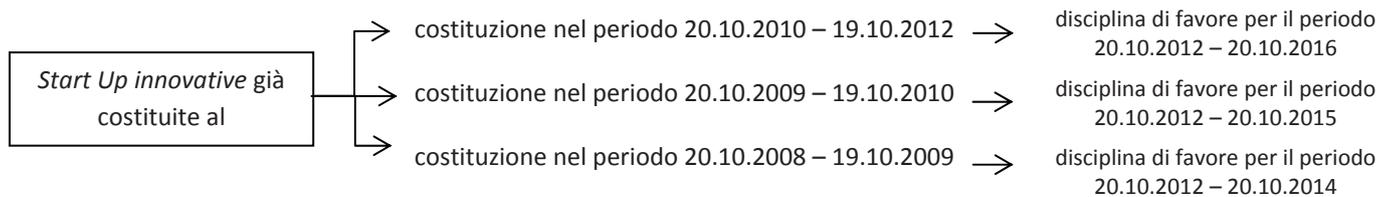
Tanto premesso, viene stabilito che:

- se la *Start Up innovativa* è stata costituita entro i 2 anni precedenti, la disciplina troverà applicazione per un periodo di 4 anni dalla data di entrata in vigore del decreto;
- se la società è stata costituita entro i 3 anni precedenti, la disciplina troverà applicazione per un periodo di 3 anni dalla data di entrata in vigore del decreto;
- se la società è stata costituita entro i 4 anni precedenti, la disciplina troverà applicazione per un periodo di 2 anni dalla data di entrata in vigore del decreto.

¹ L'inciso "entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 179/2012 (dunque, entro il 17.2.2013)" è stato eliminato dal comma 16 bis dell'art. 9 del D.L. 76/2013, conv. in L. 99/2013.

In buona sostanza:

- se la *Start Up innovativa* è stata costituita nel periodo 20.10.2010 - 19.10.2012, la disciplina troverà applicazione dal 20.10.2012 al 20.10.2016;
- se la *Start Up innovativa* è stata costituita nel periodo 20.10.2009 - 19.10.2010, la disciplina troverà applicazione dal 20.10.2012 al 20.10.2015;
- se la *Start Up innovativa* è stata costituita nel periodo 20.10.2008 - 19.10.2009, la disciplina troverà applicazione dal 20.10.2012 al 20.10.2014.



Appare, tuttavia, dubbia la durata della disciplina di favore con riferimento alle società già costituite tra la data di entrata in vigore del decreto (20.10.2012) e la data di entrata in vigore della legge di conversione in legge del decreto (19.12.2012).

In assenza di chiarimenti ufficiali, si ritiene che tali società possano fruire della disciplina di favore sino al 20.10.2016, analogamente a quanto previsto per le società costituite entro i 2 anni precedenti alla data di entrata in vigore del decreto.

2.6 *START UP* A VOCAZIONE SOCIALE

L'Art. 25 del D.L. 179/2012, al comma 4 prevede una ulteriore categoria di *Start Up*: le *Start Up innovative* a vocazione sociale, le quali presentano tutti i requisiti generali previsti dall'art 2 co.1 del citato decreto, ma operano in via esclusiva nei settori indicati dall'art 2 co.1 del D.lgs. 24/03/2006 n. 155, che disciplina l'impresa sociale.

L'art 2 co.1 del D.lgs. 24/03/2006 n. 155 precisa che “si considerano beni e servizi di utilità sociale quelli prodotti o scambiati nei seguenti settori:

- a) Assistenza sociale, ai sensi della legge 8 novembre 2000, n.328, recante legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.
- b) Assistenza sanitaria, per l'erogazione delle prestazioni di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 29 novembre 2001 recante “Definizione dei livelli essenziali di assistenza” e successive modificazioni.
- c) Assistenza socio sanitaria ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 14 febbraio 2011 recante “Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio- sanitarie”.

- d) Educazione, istruzione e formazione, ai sensi ai sensi della legge 28 marzo 2003 n.53, recante delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale.
- e) Tutela dell'ambiente e dell'eco sistema, ai sensi della legge 15 dicembre 2004, n.308 recante delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione con esclusione delle attività, esercitate abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi.
- f) Valorizzazione del patrimonio culturale, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n.42.
- g) Turismo sociale, di cui all'art. 7 co. 10, della legge 29 marzo 2001 n. 135, recante riforma della legislazione nazionale del turismo.
- h) Formazione universitaria e post-universitaria.
- i) Ricerca ed erogazione di servizi culturali.
- j) Formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo.
- k) Servizi strumentali alle imprese sociali, residenti composti in misura superiore al settanta per cento da organizzazioni che esercitano un'impresa sociale. Indipendentemente dall'esercizio delle attività di impresa nei settori di cui al comma 1, possono acquisire la qualifica di impresa sociale, le organizzazioni che esercitano attività d'impresa, al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti che siano:
 1. lavoratori svantaggiati ai sensi dell'art.2 primo paragrafo 1, lettera f), punti I) IX) X) del regolamento (CE) n. 2204/2002
 2. lavoratori disabili ai sensi dell'art.2, primo paragrafo 1, lettera g) del regolamento (CE) n. 2204/2002.”

2.6.1 Incentivi all'investimento in *Start Up innovative*

L'art. 29 al co. 7 chiarisce che, per le *Start Up* a vocazione sociale, così come definite all'art. 25 comma 4 e per le *Start Up* che sviluppano e commercializzano esclusivamente prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico, in ambito energetico la detrazione di cui al comma 1 è pari al 25% della somma investita e la deduzione di cui al comma 4 è pari al 27% della somma investita (vedere capitolo 2).

2.6.2 Riflessione sulle *Start Up innovative* a vocazione sociale.

L'art.3 del D.lgs. 155/2006, che regola la normativa in materia di impresa sociale, prevede il divieto assoluto di distribuzione degli utili e precisa che:

1. L'organizzazione che esercita un'impresa sociale destina gli utili e gli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio.
2. A tale fine è vietata la distribuzione, anche in forma indiretta, di utili e avanzi di gestione, comunque denominati, nonché fondi e riserve in favore di amministratori, soci, partecipanti, lavoratori o collaboratori. Si considera distribuzione indiretta di utili:
 - a) la corresponsione agli amministratori di compensi superiori a quelli previsti nelle imprese che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ed, in ogni caso, con un incremento massimo del venti per cento;
 - b) la corresponsione ai lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori a quelli previsti dai contratti o accordi collettivi per le medesime qualifiche, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche professionalità;
 - c) la remunerazione degli strumenti finanziari diversi dalle azioni o quote, a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, superiori di cinque punti percentuali al tasso ufficiale di riferimento.

La nuova disciplina fa emergere la possibilità di realizzare imprese socialmente rilevanti, ma fuori dall'area non profit, in quanto il vincolo di non distribuzione di utili è richiesto solo per un periodo limitato.

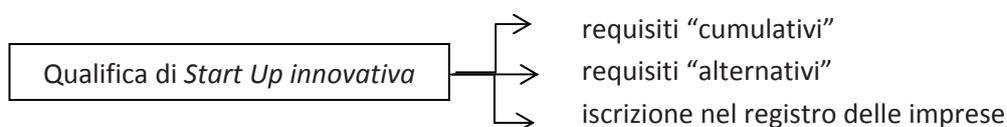
Sostanzialmente si profila un'apertura verso un nuovo ambito dove l'impresa non viene vista solo nel suo aspetto giuridico ma anche sulla base dei risultati economici e sociali.

3. REQUISITI

L'art. 25 del D.L. 179/2012 definisce i requisiti richiesti alle società di capitali per essere qualificate come *Start Up innovative* e beneficiare della disciplina di favore.

Le *Start Up innovative*, per essere qualificate tali e fruire della disciplina di favore, devono rispettare alcuni requisiti, definiti dall'art. 25 co. 2 del D.L. 179/2012.

Le società che possiedono tutti i requisiti non conseguono automaticamente il titolo di *Start Up innovativa*, ma devono provvedere ad apposita iscrizione nel Registro delle imprese.



3.1 REQUISITI CUMULATIVI

Ai sensi dell'art. 25 co. 2 del D.L. 179/2012, le *Start Up innovative* come sopra definite devono rispettare contemporaneamente tutti i seguenti requisiti:

- a) *Nella prima versione della legge, era richiesta la partecipazione al capitale maggioritaria da parte di persone fisiche. Tale requisito è stato eliminato col comma 16, lett. a) dell'art. 9, D.L. 28/6/2013, n. 76.*
- b) *l'impresa è costituita e svolge attività d'impresa da non più di 48 mesi (lett. b);*

Il requisito in oggetto non presenta particolari difficoltà interpretative e serve a "recuperare" quali *Start Up innovative* società che ne abbiano i relativi requisiti e che siano già state costituite alla data di entrata in vigore del decreto (con il limite dei quarantotto mesi).

- c) *ha la sede principale dei propri affari e interessi in Italia (lett. c);*

Anche questa previsione non implica particolari questioni di esegesi ed esclude che i benefici possano essere vantati in caso l'attività imprenditoriale espletate principalmente all'estero.

- d) *a partire dal secondo anno di attività della Start Up innovativa, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non è superiore a 5 milioni di euro (lett. d);*

Questa previsione individua nelle *Start Up innovative* al secondo anno di esercizio ancora realtà imprenditoriali di limitate dimensioni, i cui progetti di sviluppo sono ancora ad uno stadio primordiale e non in grado di generare importanti flussi di reddito. Quando infatti la *Start Up* si sia trasformata in qualcosa di più grande, quale risultato di un progetto rilevatosi vincente, dovrà applicarsi la normativa societaria e fiscale ordinaria e verranno persi i benefici previsti dal decreto.

L'Assonime (Circ. Assonime n. 11 del 6/05/2013) chiarisce che la verifica sul rispetto di questo parametro deve essere condotta a partire dal "secondo anno di attività" della società. Non è chiaro al riguardo se il rispetto del parametro riferito al totale del valore della produzione annua debba essere verificata alla chiusura del secondo esercizio dalla costituzione oppure alla chiusura del secondo esercizio di durata annuale. Poiché la norma fa riferimento al secondo anno di attività, sembra ragionevole ritenere che la verifica vada compiuta con riferimento al secondo esercizio di durata annuale. Questa impostazione sembra la più corretta anche sotto un profilo sostanziale, perché consente di valutare interamente il periodo di due anni dall'inizio dell'attività. Così, ad esempio, se una società è costituita il 15 aprile 2013 e l'esercizio sociale termina il 31 dicembre, il superamento del parametro andrà verificato nel bilancio relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2015.

- e) *non distribuisce, e non ha distribuito, utili (lett. e);*

Le stesse ragioni sopra esposte in ordine alla dimensione della società previste per il requisito alla lettera d) valgono anche per quest'ulteriore requisito.

Presumibilmente, infatti, per autofinanziare un progetto ancora “in erba” non sarà possibile o opportuno drenare liquidità dalla società mediante la distribuzione di utili che invece rimarranno in società ed impiegati per “dare benzina” all'attività caratteristica da sviluppare.

La distribuzione di utili è uno dei casi che potrebbe far venir meno il regime agevolativo; tale situazione non sembra vada ad annullare le agevolazione dei periodi pregressi, in quanto la norma dispone che alla perdita dei requisiti la società viene cancellata dalla sezione speciale, ma questo avviene entro 60 giorni e non è stato stabilito con effetto retroattivo. Il dubbio che lo statuto debba prevedere l'eliminazione della possibilità di distribuire utili, sembra essere chiarito dall'art 25 co.9 e 12 del decreto stesso, che indica un particolare regime pubblicitario che comprende l'iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese. La domanda d'iscrizione in formato elettronico deve essere accompagnata da un'apposita autocertificazione (cap. 1 par.5), prodotta dal legale rappresentante della società; è in questo documento che si attesta il possesso dei requisiti per entrare nella categoria delle *Start Up innovative*.

f) ha, quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico (lett. f);

La formulazione risulta eccessivamente generica e difficilmente contestualizzabile nel caso concreto delle singole *Start Up*. Potrebbero, infatti, sorgere dubbi interpretativi con riferimento al concetto di innovazione ad alto valore tecnologico. L'interpretazione letterale suggerirebbe che il concetto di innovazione sia connesso esclusivamente allo sviluppo di tecnologia di alto valore (e che quindi non ci possa essere innovazione, ai fini del decreto, senza un elevato valore tecnologico). Tale limitazione “a priori” non sembra opportuna in quanto ogni campo delle attività economiche potrebbe essere un trampolino per lo sviluppo di prodotti o servizi ad alto tasso di innovazione tecnologica.

Tuttavia, la disposizione non fornisce alcun parametro per meglio precisare il suddetto "alto valore tecnologico" e non fornisce una definizione di "prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico" che al contrario sarebbe stata certamente opportuna. Un servizio offerto via internet totalmente nuovo e non presente sul mercato, ma che si basa su tecnologie digitali "normali" e largamente diffuse, potrà essere oggetto dell'attività caratteristica delle start up innovative? Se così non fosse, lo spirito della norma rimarrebbe notevolmente frustato, dovendosi identificare quali *Start Up Innovative* solo le realtà che sfruttano o implementano tecnologie nuove (che solitamente hanno bisogno di una forte capitalizzazione per l'acquisto delle immobilizzazioni necessarie e che quindi sarebbero in contrasto con l'intento del Legislatore di favorire la crescita di giovani realtà imprenditoriali, che si basano quasi esclusivamente sul talento e l'idea dei fondatori).

Una chiave di lettura potrebbe essere quella attribuita da Assonime nella sua più volte citata Circolare 11/2013.²

Interessante, sul punto, anche quanto riportato nel Rapporto *Restart Italia* presentato pubblicamente il 3 settembre 2012 dalla task force istituita dal Ministero dello Sviluppo Economico (documento citato anche dalla relazione governativa al D.l. 179/2012). In tale documento emerge come da un'analisi comparata dei requisiti d'innovatività stabiliti dalla Comunità Europea e da altri ordinamenti europei, si arriva ad affermare come la presenza dei seguenti indicatori (alternativi) possa configurare l'esistenza di un'attività innovativa: a) percentuale di spese R&S b) personale altamente specializzato c) spin off universitario. Sulla base di questo documento si potrebbe sostenere come i requisiti alternativi previsti nell'art. 25, comma 2 punto 1) possano essere indicatori utili per definire l'attività innovativa.

Inoltre, per assicurare che i prodotti o servizi commercializzati abbiano un effettivo contenuto innovativo, la società deve possedere almeno uno dei requisiti alternativi di cui al successivo paragrafo 3.2.

g) non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda (lett. g).

Il progetto imprenditoriale deve essere nuovo e la società rappresenta l'involucro societario nuovo in cui tale progetto viene sviluppato. Non potrà conseguentemente essere parte di una società già costituita che precedentemente stia già sviluppando il progetto (troppo facili altrimenti avrebbero potuto essere le elusioni alla norma per l'ottenimento dei benefici).

Si evidenzia tuttavia la nota del Ministero dello Sviluppo Economico, protocollo n. 164029 dell'8 ottobre 2013 che ha risposto ad un quesito della Camera di Commercio di Rimini. Nel caso in questione, un soggetto-imprenditore individuale, titolare di una privata industriale, volendo avviare l'attività in forma societaria aveva creato ex novo una Srl unipersonale, alla quale aveva successivamente trasmesso il patrimonio aziendale (compreso il know-how oggetto della privata), con separato atto di cessione alla società neocostituita, stante l'impossibilità di procedere alla trasformazione dell'impresa individuale in società di capitali. La fattispecie in esame non rispettava quindi il requisito soggettivo di cui all'articolo 25, comma 2, lettera g), pertanto la società procedeva con l'istanza di iscrizione come *Start Up innovativa*, lasciando però la pratica sprovvista

² pag. 13 “Tendenzialmente ogni campo dell'attività economica può consentire lo sviluppo di prodotti o servizi ad alto tasso d'innovazione . Non è ammissibile quindi una limitazione a priori dei campi d'attività in cui l'impresa start up innovativa può operare, ivi compresi quelli tecnologicamente maturi. Non sembra giustificato inoltre che questa indicazione importi una limitazione ai sistemi innovativi applicati alla produzione industriale. La locuzione dovrebbe essere intesa in senso ampio, come riferita a ogni attività economica da cui possa discendere l'introduzione di nuovi prodotti e nuovi servizi, nonché a nuovi metodi per produrli, distribuirli e usarli”.

della dichiarazione sostitutiva prescritta, per evitare il rischio di mentire in relazione alla lettera g) del modello ministeriale.

Il Ministero dello Sviluppo economico interviene quindi con nota dell'8 ottobre eliminando il regime di discriminazione verso quegli imprenditori individuali che seppur titolari di una privativa industriale non potrebbero avvalersi del regime speciale agevolativo previsto per le *Start Up innovative* in quanto non costituiti in forma societaria e, al contempo, impediti a trasformarsi in società. L'estromissione – precisa il Ministero – porterebbe, infatti, all'esclusione del beneficio previsto a favore delle *Start Up innovative* per tale categoria di soggetti, che, anche se titolari di una privativa industriale, “*non concorrerebbero al rilancio produttivo del Paese e potrebbero essere costretti ad emigrare all'estero per lo sviluppo del know-how*”. Ed è proprio questo lo spirito della norma: creare il maggior numero di *Start Up innovative* per il rilancio imprenditoriale e, dunque, per la crescita del Paese.

Per tali motivi il Mise estende anche alle Srl unipersonali costituite tramite cessione o conferimento di una ditta individuale l'accesso al regime della sez. IX del D.L. 179/2012, precisando che a margine della domanda deve essere indicato l'iter costitutivo della fattispecie, di cui dare evidenza in sede di certificazione.

3.2 REQUISITI ALTERNATIVI

Oltre ai requisiti sopra esposti, la *Start Up* deve, al fine di dimostrare il suo carattere innovativo, possedere almeno uno tra i seguenti requisiti (art. 25 co. 2 lett. h) del D.L. 179/2012):

1. le spese in ricerca e sviluppo³ devono essere uguali o superiori al 15% del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della *Start Up innovativa*;
2. impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero, ovvero, in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di laurea magistrale⁴ ai sensi dell'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 22 ottobre 2004, n. 270;
3. la *Start Up* deve essere titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto

³ L'art. 9, c. 16, lett. b) del D.L. 76/2013 ha modificato la percentuale del peso delle spese di ricerca e sviluppo portandola dal 20% al 15%.

⁴ Novità introdotta dall'art. 9, c. 16, lett. d) del D.L. 76/2013, conv. in L. 99/2013.

a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività d'impresa ovvero sia titolare⁵ dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purchè tali privative siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa.

L'attitudine delle *Start Up* a sviluppare o realizzare prodotti o servizi innovativi può derivare, pertanto, sia dall'entità delle spese di ricerca e sviluppo sostenute, sia dall'impiego di personale altamente qualificato, sia, infine, dal possesso di particolari brevetti o altre privative industriali.

3.2.1 Spese di ricerca e sviluppo

Le spese di ricerca e sviluppo rilevanti risultano, secondo quanto precisato dall'art. 25 citato, dall'ultimo bilancio approvato e sono descritte in Nota integrativa.

In assenza di bilancio nel primo anno di vita, la loro effettuazione è assunta tramite dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della *Start Up innovativa*.

Individuazione delle spese di ricerca e sviluppo

Sotto il profilo civilistico, ai sensi dell'art. 2426 co. 1 n. 5 c.c., i costi di ricerca e sviluppo possono essere iscritti nell'attivo con il consenso del Collegio sindacale e devono essere ammortizzati per un periodo non superiore a 5 anni.

Per quanto concerne l'ambito contabile, il documento OIC 24 afferma che è possibile distinguere tra:

- costi per la ricerca di base;
- costi per la ricerca applicata o finalizzata ad uno specifico prodotto o processo produttivo;
- costi per lo sviluppo.

La ricerca di base viene definita dal documento OIC 24 come quell'insieme di studi, esperimenti, indagini e ricerche che non hanno una finalità definita con precisione, ma che è da considerarsi di utilità generica all'impresa. I costi per la ricerca di base sono costi di periodo e, in quanto tali, devono essere rilevati nel Conto economico dell'esercizio in cui sono sostenuti. Essi, infatti, rientrano nella ricorrente operatività dell'impresa e sono, nella sostanza, supporto ordinario all'attività imprenditoriale della stessa.

La ricerca applicata o finalizzata ad uno specifico prodotto o processo produttivo consiste nel complesso di studi, esperimenti, indagini e ricerche che si riferiscono direttamente alla possibilità ed utilità di realizzare uno specifico progetto. Lo sviluppo è invece l'applicazione dei risultati della ricerca o di altre conoscenze possedute o acquisite in un progetto o programma per la produzione di

⁵ Novità introdotta dall'art. 9, c. 16, lett. d) del D.L. 76/2013, conv. in L. 99/2013.

materiali, strumenti, prodotti, processi, sistemi e servizi nuovi o sostanzialmente migliorati, prima dell'inizio della produzione commerciale o dell'utilizzazione.

I costi relativi alla ricerca applicata e allo sviluppo che attengono a specifici progetti possono essere capitalizzati, vale a dire iscritti nell'attivo patrimoniale del bilancio d'impresa (voce B.II "Immobilizzazioni immateriali"), al verificarsi di alcune condizioni.

In particolare, l'iscrivibilità dei costi di ricerca e sviluppo nello Stato patrimoniale è vincolata al preventivo accertamento della loro utilità futura.

Gli oneri in esame possono essere capitalizzati qualora siano:

- relativi ad un prodotto o un processo chiaramente definito;
- identificabili e misurabili;
- riferiti ad un progetto realizzabile;
- recuperabili attraverso i ricavi che nel futuro si svilupperanno a seguito della realizzazione del progetto.

A titolo esemplificativo, i costi di ricerca e sviluppo (riferiti allo specifico prodotto o processo chiaramente definito) includono, ove applicabili:

- gli stipendi, i salari e gli altri costi relativi al personale impegnato nelle attività di ricerca e sviluppo;
- i costi dei materiali e dei servizi impiegati nelle attività di ricerca e sviluppo;
- l'ammortamento di impianti e macchinari, nella misura in cui tali beni sono impiegati nelle attività di ricerca e sviluppo;
- i costi indiretti, diversi dai costi e dalle spese generali ed amministrativi, relativi alle attività di ricerca e sviluppo;
- gli altri costi, quali l'ammortamento di brevetti e licenze, nella misura in cui tali beni sono impiegati nell'attività di ricerca e sviluppo.

Ai fini della disciplina in esame, viene precisato che, in aggiunta a quanto previsto dai principi contabili, sono altresì annoverate tra le spese in ricerca e sviluppo:

- le spese relative allo sviluppo precompetitivo e competitivo, quali la sperimentazione, prototipazione e sviluppo business plan;
- le spese relative ai servizi di incubazione forniti da incubatori certificati;
- i costi lordi di personale interno e consulenti esterni impiegati nell'attività di ricerca e sviluppo, inclusi soci e amministratori;
- le spese legali per la registrazione e protezione di proprietà intellettuale, termini e licenze d'uso.

Esclusione delle spese sostenute per gli immobili

Il co. 2 dell'art. 25 esclude espressamente dal computo per le spese in ricerca e sviluppo le spese sostenute per l'acquisto e la locazione di beni immobili.

Calcolo del limite del 15%

Secondo quanto previsto dalla norma, le spese in ricerca e sviluppo devono essere uguali o superiori al 15% del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della *Start Up innovativa*.

Il confronto deve essere, quindi, effettuato tra:

- le spese di ricerca e sviluppo risultanti dall'ultimo bilancio approvato;
- il maggiore valore tra la voce A "Valore della produzione" e B "Costi di produzione" dello Schema di Conto economico civilistico di cui all'art. 2425 c.c..

3.2.2 Personale di ricerca e sviluppo

In alternativa al requisito delle spese di ricerca, l'impresa può dimostrare il suo carattere "innovativo" nel caso in cui almeno 1/3 della forza lavoro sia costituita da:

- personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure
- personale in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno 3 anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero.

L'art. 9 comma 16 del D.L. n. 76/2013 ha introdotto una condizione alternativa a quelle sopra elencate, che consiste nella possibilità di inserire personale in possesso di laurea magistrale ai sensi dell'art. 3 del decreto ministeriale 22 ottobre 2004, n. 270. In questo caso, la percentuale prevista corrisponde ai 2/3 della forza lavoro complessiva, in luogo del terzo stabilito per i primi due casi.

3.2.3 Privativa industriale

Con riferimento al terzo requisito, con il termine privativa industriale s'intendono i diritti di utilizzazione esclusiva delle creazioni intellettuali. In particolare, il nostro ordinamento tutela e disciplina l'uso delle creazioni intellettuali attraverso il riconoscimento dei diritti d'autore e la disciplina dei brevetti di invenzione industriale.

Il punto 3 delimita le fattispecie rilevanti ai fini della dimostrazione del carattere innovativo della *Start Up*, ammettendo:

- un'invenzione industriale;
- un'invenzione biotecnologica;
- una topografia di prodotto a semiconduttori;
- una nuova varietà vegetale direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività d'impresa.

L'art. 9 comma 16 del D.L. n. 76/2013 ha esteso la possibilità di utilizzo del regime premiale anche alle *Start Up* titolari dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purché tali private siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa. In particolare tale software deve essere registrato presso la SIAE.

3.3 ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE

Oltre ai summenzionati requisiti previsti nel citato co. 2, giova sin qui sottolineare che il co. 8 del medesimo art. 25 prevede l'obbligo di iscrizione della *Start Up innovativa* in apposita sezione speciale del Registro delle imprese.

3.4 PERDITA DEI REQUISITI QUALIFICANTI

Il co. 4 dell'art. 31 del D.L. 179/2012 dispone che qualora la *Start Up innovativa* perda uno dei requisiti qualificanti previsti dall'art. 25 co. 2 del D.L. 179/2012, prima del termine dei 4 anni dalla data di costituzione, o del diverso termine stabilito per le *Start Up* già costituite, secondo quanto risultante dal periodico aggiornamento dell'apposita sezione del Registro delle imprese, cessa l'applicazione della disciplina prevista per le *Start Up innovative*.

In caso di perdita anche di un solo requisito, quindi, viene meno la possibilità di fruire della disciplina di favore riconosciuta in ambito societario, fiscale e occupazionale prevista per le *Start Up innovative*.

Si sottolinea inoltre che per mantenere l'iscrizione alla sezione speciale del Registro Imprese, le informazioni relative al possesso dei requisiti devono essere aggiornate entro 30 giorni dell'approvazione del bilancio e comunque entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, pena la cancellazione d'ufficio dalla sezione speciale. Una seconda guida nazionale redatta alla fine di settembre 2013 dalla Camera di Commercio con il coordinamento del Ministero dello Sviluppo Economico fornisce le istruzioni per il corretto deposito dell'aggiornamento periodico delle informazioni iscritte al Registro Imprese e per il mantenimento dell'iscrizione nella sezione speciale delle *Start Up*.

4. NOZIONE DI INCUBATORE CERTIFICATO

Prima di analizzare le novità introdotte dal decreto in materia di incubatori certificati delle *Start Up innovative* è opportuna qualche breve riflessione sul concetto di *incubatore di impresa*.

Nel nostro ordinamento non esiste una definizione normativa di *incubatore di impresa* ma è stato il decreto per la prima volta a dare rilevanza giuridica a tale fenomeno, considerando che il processo

di incubazione di un'impresa si è dimostrato essere sempre più un elemento essenziale ai nuovi imprenditori per sviluppare la loro idea di business. Come sarà più dettagliatamente esposto nei paragrafi successivi, il decreto ha specificato la funzione, i requisiti e le modalità di costituzione di tali incubatori.

Gli *incubatori di imprese* sono aziende (o divisioni aziendali) che raccolgono idee imprenditoriali ad alto potenziale di ritorno economico, ma non ancora pronte per essere adeguatamente finanziate. Il concetto di *incubatore* si avvicina molto a quello di laboratorio in cui managers con elevate competenze in strategia aziendale, marketing, finanza e contabilità direzionale partono da un'idea, la studiano, la analizzano e la sperimentano.

Non solo vengono analizzate le idee di business per vagliarne la fattibilità tecnica, economica e finanziaria ma vengono anche svolte attività di selezione delle idee semplificando il lavoro di chi concede finanziamenti, fungendo da anticamera ai progetti da finanziare.

Gli *incubatori di impresa*, in altre parole, sono delle strutture che accelerano e “mettono a sistema” il processo di creazione di imprese innovative mediante l'utilizzo di infrastrutture comuni e l'erogazione di servizi specifici a sostegno del business.

Tali strutture aiutano le imprese a sopravvivere e crescere nella fase in cui sono maggiormente vulnerabili (ovvero proprio in quella di *Start Up*).

Gli *incubatori* forniscono assistenza manageriale, accesso a finanziamenti, consentono l'esposizione ad attività imprenditoriali critiche e l'utilizzo di servizi di supporto tecnico.

Inoltre offrono l'opportunità di contatto con altre aziende del territorio.

Gli scopi di un *incubatore* possono essere così sintetizzati:

- ✓ generare imprese di successo;
- ✓ fare in modo che le imprese lascino il programma di incubazione finanziariamente autonome;
- ✓ fare in modo che le nuove imprese incubate saranno in grado di commercializzare nuova tecnologia e rafforzare l'economia locale.

E' possibile individuare tre diversi modelli di *incubatori*:

1. *incubatori no profit*: sono delle strutture spesso di matrice pubblicistica che non si pongono l'obiettivo del profitto, bensì obiettivi macroeconomici o sociali (es: riconversione produttiva, diffusione dell'innovazione, crescita dell'occupazione). Tale modello è principalmente diffuso in Europa e in Italia;
2. *incubatori profit*: sono delle strutture quasi sempre di origine privata che si pongono l'obiettivo di creare profitto, normalmente intervenendo nel capitale di rischio delle nuove imprese. Si tratta di un modello ampiamente diffuso negli Stati Uniti e in Gran Bretagna;

3. *incubatori universitari*: nascono all'interno di strutture universitarie e ospitano spinoff di ricerca provenienti da studenti, laureati, ricercatori e docenti. Possono disporre di capitale privato e pubblico.

Gli elementi chiave che definiscono un *incubatore* sono:

- la condivisione di uno spazio immobiliare concesso in affitto alle *Start Up*;
 - un insieme di servizi di supporto condivisi in modo da ridurre le spese che la singola impresa dovrebbe sostenere;
 - l'attività di training imprenditoriale;
 - l'inserimento dell'impresa incubata in un network di attori che le consentono di accedere a competenze e risorse necessarie al suo sviluppo (tecnologia, capitale umano e finanziario).
- Gli *incubatori* operano, quindi, come intermediari tra le imprese incubate e l'ambiente esterno.

Le fasi dell'incubazione sono principalmente tre:

1. *preincubazione*: in questa fase vengono comprese tutte le attività necessarie al supporto dell'imprenditore nello sviluppo della sua idea di business. Si tratta di un percorso molto strutturato, costituito da lezioni, seminari, tutoraggio e accompagnamento alla costruzione e alla preparazione del business plan. Tale fase è finalizzata a fornire alcuni strumenti essenziali a formare la cultura dell'imprenditore, a cui non bastano forti basi tecniche, ma necessitano fondamentali capacità manageriali per poter giungere alla creazione di una *Start Up* di valore. E' questo il momento in cui l'aspirante imprenditore deve riflettere sia sulla validità della propria idea imprenditoriale sia sulle proprie attitudini e capacità. Solitamente gli incubatori affiliati agli istituti universitari sono *pre incubatori*;
2. *incubazione*: questa è la fase essenziale poiché viene dato all'imprenditore tutto il sostegno della fase di *Start Up* imprenditoriale fino alla vera e propria espansione. Questa fase solitamente comprende i primi tre anni di attività della nuova impresa, periodo durante il quale è possibile valutare se l'impresa sia "pronta a camminare con le proprie gambe";
3. *post incubazione*: è la fase in cui l'impresa riesce a camminare da sola e può lasciare l'incubatore anche se potrebbe aver bisogno ancora di ulteriori servizi come miglioramento dei processi produttivi o servizi per l'internazionalizzazione che saranno sempre resi dall'incubatore. Tali incubatori possono essere definiti anche *acceleratori di impresa*.

Il D.L. 179/2012 ha affiancato alla nuova *Start Up* innovativa "*l'incubatore di Start Up innovative certificato*", con compiti di sostegno della nascita e dello sviluppo della stessa *Start Up* innovativa.

Con lo scopo di sostenerne ulteriormente la nascita e lo sviluppo, il D.L. 179/2012 ha affiancato alla nuova *Start Up innovativa* "*l'incubatore di Start Up innovative certificato*", la cui costituzione è

funzionale alla offerta di "servizi per sostenere la nascita e lo sviluppo" della stessa *Start Up innovativa* (art. 25 co. 5 del D.L. 179/2012).

A favore dell'incubatore certificato, che deve possedere una serie di requisiti, sono previste alcune agevolazioni, fra le quali l'esenzione dagli oneri relativi al Registro delle imprese. A tal fine, l'incubatore deve essere iscritto in apposita sezione speciale del Registro delle imprese.

4.1 DISCIPLINA APPLICABILE E DECORRENZA

La disciplina relativa all'incubatore certificato è contenuta, in particolare, nei seguenti articoli:

- 25 co. 5 - 7 del D.L. 179/2012, in tema di requisiti qualificanti, con richiami anche all'art. 25 co. 8 - 11, 13 - 16;
- 26 co. 8, in tema di Registro delle imprese;
- 26 co. 7, in tema di deroghe al diritto societario;
- 27 co. 1, in tema di remunerazione con strumenti finanziari.

il decreto del Ministro dello Sviluppo economico del 21 febbraio 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 18 aprile, ha definito indicatori e valori minimi per l'autocertificazione dei necessari requisiti qualificanti.

4.2 FORMA SOCIETARIA

L'incubatore certificato può assumere la forma di società di capitali, costituita anche in forma cooperativa di diritto italiano ovvero "Societas Europaea", residente in Italia ex art. 73 del TUIR (art. 25 co. 5 del D.L. 179/2012).

4.3 REQUISITI DELL'INCUBATORE CERTIFICATO

L'incubatore certificato deve essere in possesso dei seguenti requisiti (art. 25 co. 5 del D.L. 179/2012):

- disporre di strutture, anche immobiliari, adeguate ad accogliere *Start Up innovative*, quali spazi riservati per poter installare attrezzature di prova, test, verifica o ricerca (lett. a);
- disporre di attrezzature adeguate all'attività delle *Start Up innovative*, quali sistemi di accesso in banda ultralarga alla rete Internet, sale riunioni, macchinari per test, prove o prototipi (lett. b);
- essere amministrato o diretto da persone di riconosciuta competenza in materia di impresa e innovazione e ha a disposizione una struttura tecnica e di consulenza manageriale permanente (lett. c);

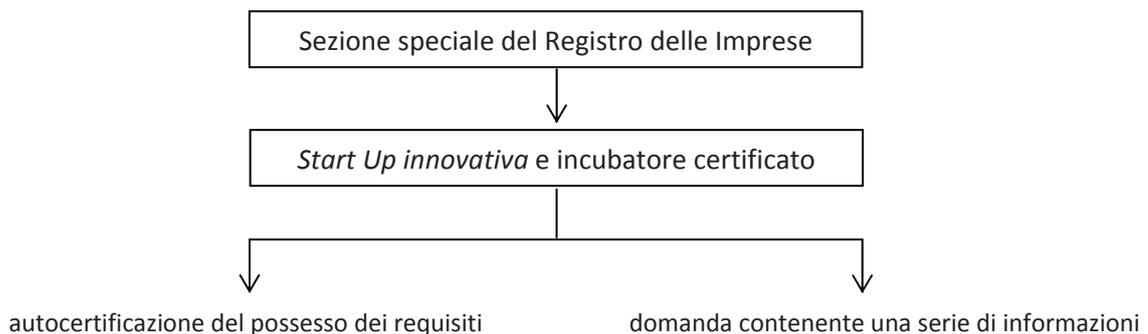
- avere regolari rapporti di collaborazione con università, centri di ricerca, istituzioni pubbliche e partner finanziari che svolgono attività e progetti collegati a *Start Up innovative* (lett. d);
- avere adeguata e comprovata esperienza nell'attività di sostegno a *Start Up innovative* (lett. e).

5. ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE E RIDUZIONE DEGLI ONERI PER L'AVVIO

Al fine di poter beneficiare della disciplina di favore prevista dal D.L. 179/2012, la *Start Up innovativa e l'incubatore certificato* - di cui all'art. 25, rispettivamente, co. 2 e 5 del D.L. 179/2012 - devono essere iscritte in una apposita sezione speciale del Registro delle imprese di cui all'art. 2188 c.c. (art. 25 co. 8 del D.L. 179/2012).

Ai fini dell'iscrizione occorre:

- l'autocertificazione del possesso di tutti i requisiti previsti;
- la presentazione di una domanda completa di una serie di elementi.



5.1 ATTESTAZIONE DELLA SUSSISTENZA DEI REQUISITI

L'attestazione circa la sussistenza dei requisiti per l'identificazione della *Start Up innovativa e dell'incubatore certificato* avviene mediante apposita autocertificazione:

- prodotta dal legale rappresentante;
- depositata presso l'ufficio del Registro delle imprese (art. 25 co. 9 del D.L. 179/2012).

Il rispetto dei requisiti fissati dall'articolo 25 del decreto 179/2012 attiene al controllo di legittimità e impone al collegio sindacale o al sindaco unico, se esistenti, un dovere di vigilanza sull'operato degli amministratori. Sotto questo profilo, si deve ritenere che il rappresentante legale della società debba sottoporre all'organo di controllo la dichiarazione che attesta il possesso dei requisiti indicati dall'articolo 25 prima di depositarla presso il registro imprese. I sindaci, una volta verificata la sussistenza dei requisiti, devono controllare che l'organo amministrativo provveda al successivo

deposito della dichiarazione. Infatti, senza questo adempimento, la società potrebbe perdere la qualifica di *Start Up innovativa* pur possedendo i requisiti. Infatti, l'articolo 25, al comma 16, dispone che il mancato deposito della dichiarazione è equiparato alla perdita dei requisiti di legge e comporta la cancellazione d'ufficio della società dalla speciale sezione del Registro imprese destinata alle *Start Up innovative*. L'articolo 25, comma 9, non prevede alcuna verifica preventiva da parte del registro delle imprese, ma si limita a stabilire che il possesso dei requisiti è attestato con «autocertificazione prodotta dal legale rappresentante e depositata presso l'ufficio del registro delle imprese». Il deposito di dichiarazioni false potrebbe dunque consentire di godere di benefici non spettanti e, una volta scoperto, farebbe insorgere responsabilità in capo ad amministratori e sindaci. Si pensi, ad esempio, alle conseguenze derivanti dall'illegittimo sfruttamento delle deroghe in materia di contratti di lavoro dipendente o delle norme poste a tutela del capitale sociale.

Il modello di autodichiarazione è reperibile al seguente link:

http://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Modello_Autodichiarazione_Startup_Innovativa-settembre2013_rev.pdf.

5.1.1 Società già costituite

Per le società già costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 179/2012 (19.12.2012), viene previsto che l'attestazione del possesso dei requisiti qualificanti la "*Start Up innovativa* " dovrà avvenire entro 60 giorni "dalla stessa data" (quindi, dalla data di entrata in vigore della L. 221/2012, cioè entro il 17.2.2013), depositando presso l'ufficio del Registro delle imprese una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale (art. 25 co. 3 del D.L. 179/2012).

Il Ministero dello Sviluppo economico, con apposito comunicato stampa, emanato in risposta ad un quesito di InfoCamere, ha chiarito che le *Start Up innovative* già costituite possono iscriversi nella sezione speciale del Registro delle imprese anche oltre il 17 febbraio; rimane, tuttavia, fermo il termine del 19 dicembre 2012 per il possesso dei requisiti richiesti dall'art. 25 del D.L. n. 179/2012 per la qualifica di *Start Up innovativa*.

In particolare, InfoCamere ha posto al Ministero dello Sviluppo economico un quesito relativo all'applicazione delle norme sulle *Start Up innovative*, con riferimento a quelle società di capitali che erano già state costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 179/2012 (19 dicembre 2012). Per tali società, è, infatti, previsto un termine di 60 giorni, ai sensi del comma 3 dell'art. 25 del D.L. n. 179/2012 dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del citato D.L., per depositare presso il Registro delle imprese la dichiarazione che attesti il possesso dei requisiti di *Start Up innovativa*, al fine di beneficiare delle misure previste

dalla legge. Il termine entro cui depositare tale dichiarazione sarebbe scaduto, quindi, il 17 febbraio 2013.

Non essendo l'interpretazione della norma univoca, InfoCamere ha chiesto al Ministero dello Sviluppo economico di chiarire se sia possibile, per queste società, depositare la dichiarazione anche nel caso in cui siano decorsi i 60 giorni, vale a dire in data successiva al 17 febbraio 2013.

Riferendosi alla finalità della norma, individuabile nella scelta del legislatore di estendere le misure previste per le nuove *Start Up* anche alle imprese già operanti, il Ministero dello Sviluppo economico ha argomentato come la dichiarazione di attestazione del possesso dei requisiti previsti sia ricevibile dalle Camere di Commercio anche in data successiva al 17 febbraio 2013.

Contestualmente, il MISE ha tuttavia precisato che il termine per il possesso dei requisiti (data di entrata in vigore della legge di conversione), così come il termine di durata massima della *Start Up innovativa* (decorrente dalla medesima data), sono invece inderogabili.

5.1.2 Incubatore certificato

Rispetto alla *Start Up innovativa*, per l'incubatore certificato viene specificato che il possesso dei requisiti qualificanti di cui alle lettere a), b), c), d) è autocertificato mediante dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale al momento dell'iscrizione alla sezione speciale del Registro delle imprese, sulla base di indicatori e relativi valori minimi stabiliti con apposito decreto attuativo del Ministero dello sviluppo economico in data 21 febbraio 2013 (art. 25 co. 6 e 7 del D.L. 179/2012).

Il Decreto ha introdotto un meccanismo a punti, da attribuire in base a una griglia di requisiti, che servirà a certificare gli incubatori di imprese *Start Up innovative* per accedere alle relative agevolazioni previste dal Decreto Sviluppo bis.

Lo schema prevede una griglia di requisiti, a ognuno dei quali è assegnato un punteggio, necessario per superare il test e accedere alle agevolazioni.

Se l'*incubatore* supera il test, può presentare la necessaria documentazione per attestare il possesso dei requisiti e accedere alle relative agevolazioni.

Il modulo attesta il raggiungimento di una serie di valori minimi, che bisogna calcolare sulla base di due tabelle allegate al decreto che attribuiscono a ognuno un determinato punteggio. Per essere "promossi" bisogna totalizzare 30 punti con gli indicatori presenti nella tabella A, e almeno 40 punti in quelli nella tabella B. Il modello di autodichiarazione è reperibile al seguente link: http://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Modello_Autodichiarazione_Incubatore_certificato_giugno2013.pdf

La **tabella A** elenca e dettaglia i requisiti previsti dalle lettere a), b), c), d), dell'articolo 25 comma 5 del decreto sviluppo bis.

La lettera a) prevede che l'incubatore disponga di strutture, anche immobiliari, adeguate ad accogliere *Start Up innovative*, quali spazi riservati per poter installare attrezzature di prova, test, verifica o ricerca. Il decreto attribuisce 10 punti per ogni 400 metri quadrati di superficie adibiti ad uso esclusivo dell'incubazione di imprese.

La lettera b) riguarda le attrezzature, come sistemi di accesso alla rete internet, sale riunioni, macchinari per test, prove o prototipi. Il decreto attribuisce 10 punti per il possesso di almeno uno dei seguenti requisiti:

- Velocità Internet (banda simmetrica garantita) a 10 Mbps.
- Macchinari per test (in sede o presso strutture convenzionate specificate).
- Sale prove prototipi (in sede o presso strutture convenzionate specificate).

La lettera c) riguarda amministratori e dirigenti, di riconosciuta competenza in materia di impresa e innovazione e con a disposizione una struttura tecnica e di consulenza manageriale permanente. Il decreto attribuisce 10 punti al possesso di entrambi i seguenti requisiti:

- Struttura tecnica di consulenza operativa con almeno tre unità di lavoro, collaboratori o professionisti, che operino con continuità, a tempo pieno, al supporto e alla consulenza alle *Start Up innovative*, e abbiano competenze ed esperienze specifiche.
- Personale tecnico con almeno, cumulativamente, 15 anni di esperienza in materia di impresa e innovazione.

La lettera d) riguarda le collaborazioni di ricerca. Il decreto attribuisce 10 punti all'esistenza di almeno uno dei seguenti contratti e/o convenzioni quadro attualmente attivi, finalizzati allo sviluppo delle *Start Up innovative*, attualmente attivi:

- centri di ricerca e Università.
- partner finanziari, finalizzati allo sviluppo delle *start-up innovative* (istituti di credito, fondi di Venture Capital).
- istituzioni pubbliche (Pubbliche Amministrazioni, CCIAA, finanziarie regionali, ecc.).

La **tabella B** riguarda il requisito previsto dalla lettera e) del decreto: adeguata e comprovata esperienza nell'attività di sostegno a *Start Up innovative*, in base a parametri elencati nel comma 7, a ognuno dei quali sono attribuiti 10 punti:

- Ogni 100 candidature (idee progettuali iniziali) prevenute all'incubatore nell'ultimo anno, registrate con mezzi cartacei e/o elettronici.
- Ogni 10 *Start Up innovative* attualmente ospitate.

- Ogni tre *Start Up innovative* che hanno terminato il percorso di incubazione, in stato attivo nell'ultimo anno.
- Ogni 30 collaboratori (dipendenti o soci operativi) che operano nelle *Start Up* attualmente presenti nell'incubatore, escludendo il suo personale.
- Per la variazione percentuale del numero degli occupati rispetto a quelli dell'anno precedente, in base a una formula di calcolo prevista dal decreto.
- Per la variazione percentuale del valore complessivo della produzione delle *Start Up innovative* incubate dell'ultimo anno rispetto a quello dell'anno precedente.
- Per almeno uno dei seguenti due requisiti: 500mila euro di capitale di rischio raccolto dalle *Start Up innovative* attualmente incubate nell'ultimo anno e 500 mila euro di fondi pubblici di sostegno a *Start Up innovative*, progetti di ricerca e innovazione, (per la sola quota finanziata dall'ente pubblico, escludendo la parte di cofinanziamento) nell'ultimo anno.
- Ogni tre brevetti registrati e domande di brevetto presentate nell'ultimo anno da parte delle *Start Up* attualmente incubate

Si tratta, come è possibile notare, di una serie di indicatori che rivelano la vitalità dell'attività di sostegno svolta dall'incubatore anche se, utilizzare esclusivamente degli indicatori quantitativi per individuare i requisiti che devono possedere gli incubatori (*i.e.* numero di candidature ricevute, numero di *Start Up* incubate, numero di *Start Up* uscite), potrebbe essere fuorviante o quantomeno insufficiente. Gli indicatori di efficacia dovrebbero indicare i risultati conseguiti dall'incubatore, i valori creati quali, ad esempio, il fatturato cumulato dalle *Start Up*, gli accordi commerciali conclusi dalle *Start Up* attraverso l'attività di incubazione, l'occupazione generata, ecc.

E' possibile osservare che, a differenza dell'autocertificazione relativa ai requisiti richiesti ai sensi del co. 5, art. 25 del decreto (*i.e.* lettera a),b),c),d)), il co. 7, art. 25, in riferimento all'autocertificazione sui requisiti di cui alla lettera e) del co. 5 dell'art. 25 del decreto, non specifica che tale dichiarazione debba essere presentata al momento dell'iscrizione alla sezione speciale del Registro delle imprese ma si limita genericamente a prevedere che l'autocertificazione deve essere presentata al Registro delle imprese. Da ciò può desumersi che tale autocertificazione possa essere presentata al Registro imprese anche in un momento successivo all'iscrizione (il che tra l'altro risulta ovvio e logico in quanto è impossibile la certificazione di un *track record* di esperienze pregresse per società in fase di costituzione).

5.2 DOMANDA DI ISCRIZIONE

L'iscrizione avviene in maniera automatica, a seguito della compilazione e presentazione della domanda in formato elettronico.

5.2.1 *Start Up innovative*

La domanda deve contenere le seguenti informazioni:

- data e luogo di costituzione, nome e indirizzo del notaio;
- sede principale ed eventuali sedi periferiche;
- oggetto sociale;
- breve descrizione dell'attività svolta, comprese l'attività e le spese in ricerca e sviluppo;
- elenco dei soci, con trasparenza rispetto a fiduciarie, holding, con autocertificazione di veridicità;
- elenco delle società partecipate;
- indicazione dei titoli di studio e delle esperienze professionali dei soci e del personale che lavora nella start up innovativa, esclusi eventuali dati sensibili;
- indicazione dell'esistenza di relazioni professionali, di collaborazione o commerciali con incubatori certificati, investitori istituzionali e professionali, università e centri di ricerca;
- ultimo bilancio depositato, nello standard XBRL;
- elenco dei diritti di privativa su proprietà industriale e intellettuale (art. 25 co. 12 del D.L. 179/2012).

5.2.2 **Incubatore certificato**

La domanda deve contenere le seguenti informazioni recanti i valori degli indicatori conseguiti dall'incubatore certificato alla data di iscrizione:

- data e luogo di costituzione, nome e indirizzo del notaio;
- sede principale ed eventuali sedi periferiche;
- oggetto sociale;
- breve descrizione dell'attività svolta;
- elenco delle strutture e attrezzature disponibili per lo svolgimento della propria attività;
- indicazione delle esperienze professionali del personale che amministra e dirige l'incubatore certificato, esclusi eventuali dati sensibili;
- indicazione dell'esistenza di collaborazioni con università e centri di ricerca, istituzioni pubbliche e partner finanziari;
- indicazione dell'esperienza acquisita nell'attività di sostegno a *Start Up innovative* (art. 25 co. 13 del D.L. 179/2012).

5.2.3 Iscrizione nel Registro delle imprese: indicazioni operative

Con la Guida operativa delle Camere di Commercio, redatta con il coordinamento del Ministero dello Sviluppo economico, sono stati chiariti gli "adempimenti amministrativi ed informatici sulle nuove imprese dedicate all'innovazione - Legge n. 221 del 17 dicembre 2012".

La Guida fornisce le indicazioni operative per l'iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese nel periodo di prima applicazione della norma, in attesa dell'adeguamento dei decreti sulle specifiche telematiche dei formati delle domande per il Registro delle imprese.

In generale:

✓ la domanda di iscrizione si presenta in forma telematica con firma digitale mediante

Comunicazione unica a:

- Registro delle imprese;
- Agenzia delle Entrate;
- INPS;
- INAIL;

Si segnala l'importanza che sia compilato il campo relativo all'indirizzo del **sito internet** (cioè il riquadro 5 del modello S1 per le società di nuova costituzione e il riquadro 5 del modello S2 per le imprese già costituite) nel quale le società start-up devono rendere disponibili, secondo quanto dettato dall'art. 25 comma 11 della legge.

La guida sintetica alla registrazione delle *Start Up* reperibile al seguente link:

http://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Guida_Startup_Innovativa_eRegistroImprese-versione_pubblica-settembre_2013rev.pdf

La guida sintetica alla registrazione degli incubatori è invece reperibile al link:

http://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Guida_Incubatore_certificato_eRegistroImprese-versione_pubblica_settembre_2013rev.pdf

5.2.4 Società già costituite

In generale, in relazione alle società già costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 179/2012 (19.12.2012):

- l'iscrizione nella sezione speciale si aggiunge alla iscrizione già effettuata alla costituzione nella sezione ordinaria del Registro delle imprese;
- per il deposito dell'autodichiarazione sul possesso dei requisiti e per la presentazione della domanda di iscrizione nell'apposita sezione speciale si ha il termine, poi abolito, di 60 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 179/2012 (quindi, entro il 17.2.2013).

Inoltre, per il periodo di prima applicazione, occorre:

- utilizzare il modello informatico "S5", indicando le informazioni richieste per la start up nel quadro dell'attività prevalente dell'impresa;
- allegare l'autocertificazione (in formato PDF/A con firma digitale).

Per quanto riguarda le informazioni richieste, si segnala che vanno indicate nel testo dedicato all'"attività prevalente":

- l'attività svolta, comprese l'attività e le spese in ricerca e sviluppo;
- i titoli di studio e le esperienze professionali dei soci e del personale che lavora nella *Start Up innovativa*, con esclusione di eventuali dati sensibili;
- l'esistenza di relazioni professionali, di collaborazione o commerciali con incubatori certificati, investitori istituzionali e professionali, università e centri di ricerca;
- l'elenco dei diritti di privativa su proprietà industriale e intellettuale.

Salvo non sia stato già comunicato al Registro delle imprese, è necessario integrare il testo dell'"attività prevalente" con i seguenti dati:

- elenco dei soci, con trasparenza rispetto a fiduciarie, holding, con autocertificazione di veridicità;
- elenco delle società partecipate.

Le suddette informazioni vanno aggiornate con cadenza non superiore a 6 mesi. Va presentata, poi, una nuova autodichiarazione contestualmente al deposito del bilancio.

Le seguenti informazioni, invece, non sono necessarie in quanto già oggetto di comunicazione al Registro delle imprese:

- data e luogo di costituzione, nome e indirizzo del notaio;
- sede principale ed eventuali sedi periferiche;
- oggetto sociale;
- ultimo bilancio depositato.

5.2.5 Nuova società

In relazione alle società di nuova costituzione, l'impresa deve avviare l'attività contestualmente alla costituzione.

Qualora l'impresa non comunichi l'inizio attività contestualmente alla costituzione, non può chiedere l'iscrizione nella sezione speciale, procedendosi dunque alla mera iscrizione nella sezione ordinaria, con imposta di bollo e diritti di segreteria.

La domanda di iscrizione, al quale va allegata l'autocertificazione (in formato PDF/A con firma digitale), si presenta tramite:

- il modello informatico "S1" e "S", nel quale vanno indicate le seguenti informazioni:
 - data e luogo di costituzione, nome e indirizzo del notaio;
 - sede principale ed eventuali sedi periferiche;
 - oggetto sociale;
 - elenco dei soci, con trasparenza rispetto a fiduciarie, holding, con autocertificazione di veridicità;
- il modello informatico "S5", per il periodo di prima applicazione, ai fini dell'iscrizione alla sezione speciale, indicando le seguenti informazioni richieste per la *Start Up* nel quadro dell'attività prevalente dell'impresa:
 - l'attività svolta, comprese l'attività e le spese in ricerca e sviluppo; titoli di studio e le esperienze professionali dei soci e del personale che lavora nella *Start Up* innovativa, con esclusione di eventuali dati sensibili;
 - l'esistenza di relazioni professionali, di collaborazione o commerciali con incubatori certificati, investitori istituzionali e professionali, università e centri di ricerca;
 - l'elenco dei diritti di privativa su proprietà industriale e intellettuale.

Le suddette informazioni vanno aggiornate con cadenza non superiore a 6 mesi. Va presentata, poi, una nuova autodichiarazione contestualmente al deposito del bilancio.

5.2.6 Accesso alle informazioni

In generale, la condivisione delle informazioni relative alle *Start Up* e agli incubatori certificati da parte della sezione speciale del Registro delle imprese, nel rispetto della normativa sulla tutela dei dati personali, è consentita per:

- le *Start Up innovative* su:
 - anagrafica;
 - attività svolta;
 - soci fondatori;
 - altri collaboratori;
 - bilancio;
 - rapporti con gli altri attori della filiera quali incubatori o investitori.
- gli incubatori certificati su:
 - anagrafica;
 - attività svolta;
 - bilancio;

- requisiti qualificanti l'"incubatore di *Start Up innovative* certificato" di cui all'art. 25 co. 5 del D.L. 179/2012 (art. 25 co. 10 del D.L. 179/2012).

Con riferimento specifico, poi, alle informazioni contenute nella domanda di iscrizione alla sezione speciale del Registro delle imprese, viene previsto che le suddette informazioni:

- sono rese disponibili, assicurando la massima trasparenza e accessibilità, per via telematica o su supporto informatico in formato tabellare gestibile da motori di ricerca, con possibilità di elaborazione e ripubblicazione gratuita da parte di soggetti terzi. La *Start Up innovativa* e l'incubatore certificato devono assicurare l'accesso informatico alle suddette informazioni dalla home page del proprio sito Internet (art. 25 co. 11 del D.L. 179/2012);
- devono essere aggiornate con cadenza non superiore a 6 mesi e sono sottoposte al medesimo regime di pubblicità dettato per le informazioni generali di cui all'art. 25 co. 10 del D.L. 179/2012 (art. 25 co. 14 del D.L. 179/2012).

5.3 RIDUZIONE DEGLI ONERI PER L'AVVIO

Le *Start Up innovative* e gli incubatori certificati sono esonerati, dal momento della loro iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese, dal pagamento:

- dell'imposta di bollo e dei diritti di segreteria dovuti per gli adempimenti relativi alle iscrizioni nel Registro delle imprese;
- del diritto annuale dovuto in favore delle Camere di Commercio (art. 26 co. 8, primo periodo, del D.L. 179/2012).

5.3.1 Presupposti e ambito di operatività

L'esenzione:

- è subordinata al mantenimento dei requisiti qualificanti;
- ha un ambito temporale limitato, decadendo dopo il quarto anno di iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese (art. 26 co. 8 secondo periodo e art. 31 co. 4 del D.L. 179/2012).

5.4 ADEMPIMENTI SUCCESSIVI ALL'ISCRIZIONE

Nella fase successiva alla iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese, le *Start Up innovative* e gli *incubatori* certificati devono aggiornare le informazioni di cui ai commi 12 e 13 dell'art. 25 del DL 179/2012 ed attestare il mantenimento del possesso dei requisiti qualificanti.

Aggiornamento delle informazioni iscritte nel Registro Imprese

A norma dell'art. 25, comma 14, del citato DL 179/2012, le informazioni comunicate dalle società *Start Up* devono essere aggiornate con cadenza non superiore a sei mesi. Al riguardo occorre sottolineare che, in caso di primo adempimento di questa natura, la Guida operativa delle Camere di Commercio cita testualmente che “la comunicazione va effettuata, al più tardi, entro sei mesi dall'iscrizione della società nella sezione speciale del registro delle imprese”, mentre le indicazioni interne fornite dal Registro delle imprese alle Camere di Commercio specificano che:

- le informazioni devono essere aggiornate due volte l'anno, entro il 30 giugno e il 31 dicembre;
- se si tratta del primo adempimento di questa natura, la comunicazione va effettuata entro la data successiva, fra le predette due, più vicina alla scadenza dei sei mesi dall'iscrizione. Ad esempio, se l'iscrizione nella sezione speciale è avvenuta nel mese di marzo, il primo adempimento avrà scadenza il 31 dicembre.

L'adempimento deve essere costante e, pertanto, anche nel caso in cui non vi siano aggiornamenti da segnalare, la società *Start Up* deve comunque confermare che le informazioni già depositate nella sezione speciale del Registro Imprese sono aggiornate.

Tale adempimento non è soggetto ad imposta di bollo e diritti di segreteria.

Mantenimento dell'iscrizione

A norma dell'art. 25, comma 15, del citato DL 179/2012, l'iscrizione nella sezione speciale deve essere periodicamente verificata e confermata. Tale disposizione, infatti, prevede che: "entro trenta giorni dall'approvazione del bilancio e comunque entro sei mesi dalla chiusura di ciascun esercizio, il rappresentante legale della *Start Up innovativa* o dell'incubatore certificato attesta il mantenimento del possesso dei requisiti previsti rispettivamente dal comma 2 e dal comma 5 e deposita tale dichiarazione presso l'ufficio del registro delle imprese".

Si evidenzia che è stato interpretato (si veda p. 10 della Guida) che, in caso di società neo costituita, la *Start Up* sia tenuta a presentare la dichiarazione per il mantenimento dei requisiti fin dal primo esercizio. La prima scadenza è fissata entro 30 giorni dall'approvazione del primo bilancio o al massimo entro 6 mesi dalla chiusura del primo esercizio. Ad esempio, una *Start Up* iscritta nella sezione nel corso del 2013 dovrà presentare la dichiarazione dal 2014 (entro 30 giorni dall'approvazione del bilancio o non oltre i 6 mesi dalla chiusura dell'esercizio 2013).

La conferma del possesso dei requisiti va comunicata mediante modello S2, riquadro 20/altri atti e fatti soggetti a iscrizione ed a deposito, con il codice 001, cui va allegata l'autocertificazione firmata digitalmente dal legale rappresentante.

Anche tale adempimento non è soggetto ad imposta di bollo e diritti di segreteria.

5.5 PERDITA DEI REQUISITI E CANCELLAZIONE DALLA SEZIONE SPECIALE DEL REGISTRO DELLE IMPRESE

Alla perdita dei requisiti qualificanti e al mancato deposito entro i termini sopra richiamati della dichiarazione di attestazione del mantenimento del possesso dei medesimi consegue la cancellazione d'ufficio dalla sezione speciale del Registro delle imprese (entro 60 giorni dalla perdita dei requisiti stessi), "permanendo l'iscrizione alla sezione ordinaria del registro delle imprese" (art. 25 co. 16 del D.L. 179/2012).

5.5.1 Procedimento per la cancellazione

Si rinvia per il procedimento di cancellazione all'art. 3 del DPR 23.7.2004 n. 247, in tema di cancellazione delle società di persone (art. 25 co. 16 ultimo periodo del D.L. 179/2012).

In particolare, il procedimento viene avviato invitando gli amministratori, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, a comunicare l'eventuale mantenimento del possesso dei requisiti.

capitolo 2

Agevolazioni fiscali previste nell'investimento in Start Up innovative

1. Premesse

La disciplina prevista in tema di *Start Up innovative* (di cui al D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito con modificazioni dalla Legge 17 dicembre 2012, n. 221, di seguito “decreto”) prevede agli articoli da 25 a 29, una serie di norme di carattere fiscale tese ad incentivare e favorire la nascita di tali società. La finalità dell’istituto in commento è quella di creare uno strumento flessibile che consenta lo sviluppo, attraverso la ricerca scientifica, di nuove tecnologie che permettano al sistema Paese di guadagnare competitività e stare al passo con le economie più avanzate.

Prima di procedere nel dettaglio all’analisi di tale disciplina, preme sottolineare che già in passato il legislatore fiscale era intervenuto con l’introduzione di provvedimenti o normative specifiche aventi caratteristiche analoghe a quella prevista in materia di *Start Up innovative*. A tale riguardo, intendiamo far riferimento, solo per citare gli ultimi provvedimenti che si sono succeduti in ordine di tempo, al c.d. *bonus capitalizzazione*⁶, alla c.d. *Tremonti-ter*⁷ e all’agevolazione denominata *Aiuto alla Crescita Economica* (per brevità ACE)⁸.

In questo capitolo ci occuperemo nello specifico dell’analisi delle agevolazioni fiscali introdotte dall’art. 29 del predetto decreto, che prevede la possibilità per i soggetti che investono risorse finanziarie nel capitale delle *Start Up innovative* di portare in detrazione (con riferimento ai soggetti IRPEF) o in deduzione (con riferimento ai soggetti IRES) le somme investite con specifici limiti e condizioni che verranno dettagliatamente analizzati nel prosieguo del presente capitolo.

Si rileva che l’efficacia delle disposizioni contenute nel provvedimento in commento è subordinata i) da un alto, sulla base di quanto previsto dall’art. 29, comma 8 dello stesso provvedimento,

⁶ Il c.d. *bonus capitalizzazione* è stato introdotto dall’art. 5, comma 3-ter, del D.L. 1° luglio 2009, n. 78 al fine di potenziare le strutture produttive delle imprese mediante strumenti di incentivazione alla loro capitalizzazione. In estrema sintesi, tale agevolazione consiste in una detassazione ai fini IRES ed ai fini IRAP di un importo pari al 3% (con un massimo di Euro 500.000) dell’ammontare complessivamente investito in aumenti di capitale di soggetti giuridici italiani posti in essere tra il 5 agosto 2009 e il 5 febbraio 2010.

⁷ La c.d. *Tremonti-ter* è stata introdotta dall’art. 5, comma 1 del D.L. 1° luglio 2009, n. 78 fine di incentivare gli investimenti in determinate tipologie di beni strumentali compresi nella divisione 28 della tabella ATECO di cui al provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate del 16 novembre 2007, effettuati dal 1° luglio 2009 al 30 giugno 2010. I soggetti che effettuavano tali investimenti potevano pertanto beneficiare di una deduzione IRES par al 50% dell’investimento effettuato.

⁸ La normativa ACE è stata introdotta dall’art. 1 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. Decreto «Salva Italia») e successivamente regolamentata dal Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze del 14 marzo 2012, allo scopo di incentivare le imprese che trattengono in azienda e reinvestono gli utili conseguiti in un determinato periodo d’imposta anziché distribuirli ai soci o che ricevono nuove risorse finanziarie a titolo di apporto di capitale di rischio e non di finanziamento. L’agevolazione consiste in una deduzione dal reddito complessivo netto dichiarato (diminuito di eventuali perdite pregresse) dell’importo corrispondente al rendimento nozionale (ad oggi fissato nella misura del 3%) della variazione in aumento del capitale proprio rispetto a quello esistente alla chiusura dell’esercizio in corso al 31 dicembre 2010 senza tener conto dell’utile 2010.

all'emanazione, entro 60 giorni della data della sua entrata in vigore (19 dicembre 2012), di un decreto ministeriale recante le disposizioni attuative della normativa fiscale relativa alle *Start Up innovative* (di seguito “decreto attuativo”) e ii) dall'altro, in base a quanto previsto dall'art. 29, comma 9 dello stesso provvedimento, al “via libera” da parte della Commissione UE. Alla data di ultimazione del presente documento il decreto attuativo non risulta ancora emanato (anche se nei successivi paragrafi verranno svolti commenti ed osservazioni sulla base di quanto previsto dalla bozza di decreto attuativo che, per quanto ci consta, è attualmente alla firma dei ministri competenti e, quindi, non dovrebbe essere soggetta ad ulteriori modifiche) mentre la Commissione UE, con Comunicazione del 5 dicembre 2013 (allegata al presente documento), ha ritenuto le misure agevolative in materia di *Start Up innovative*, di cui all'art 29 in commento, compatibili “*con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del TFUE*”, autorizzandone, di conseguenza, l'adozione da parte dello Stato italiano.

2. Presupposto soggettivo

Con riferimento al presupposto soggettivo si rileva come l'agevolazione in esame si rende applicabile agli investimenti effettuati in una o più *Start Up innovative* sia da soggetti IRPEF che da soggetti IRES residenti nel territorio dello Stato.

L'investimento nella *Start Up innovativa* può essere effettuato sia direttamente che per il tramite di OICR⁹ che investono prevalentemente in *Start Up innovative*, ovvero di altre società di capitali che investono prevalentemente in *Start Up innovative*.

Sulla base di quanto previsto dai paragrafi 21 e 22 della Comunicazione UE del 5 dicembre 2013 (in linea con quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, lett. e) della bozza di decreto attuativo) il requisito della prevalenza sembra integrato:

- con riferimento agli OICR qualora “*al termine del periodo d'imposta in corso al 31 dicembre dell'anno in cui è effettuato l'investimento agevolato, detengano azioni o quote di start-up innovative di valore almeno pari al 70% del valore complessivo degli investimenti in strumenti finanziari risultanti dal rendiconto di gestione o dal bilancio chiuso nel corso dell'anzidetto periodo d'imposta*”;
- con riferimento alle altre società di capitali che investono prevalentemente in *Start Up innovative* qualora, “*al termine del periodo d'imposta in corso al 31 dicembre dell'anno in cui è effettuato l'investimento agevolato, detengono azioni o quote di start-up innovative,*

⁹ OICR è l'acronimo che indica gli "Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio", ai sensi della lettera m) del comma 1 dell'art. 1 del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF, Testo Unico della Finanza). Sono organismi con forma giuridica variabile che investono somme di denaro raccolte tra il pubblico dei risparmiatori in strumenti finanziari o altre attività similari, operando secondo il principio della ripartizione dei rischi.

classificate nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie, di valore almeno pari al 70% del valore complessivo delle immobilizzazioni finanziarie iscritte nel bilancio chiuso nel periodo d'imposta considerato”.

Al riguardo occorre evidenziare che l'estensione anche ai soggetti IRPEF dell'agevolazione derivante da investimenti indiretti effettuati per il tramite di altre società che investono prevalentemente in *Start Up innovative* si pone in contrasto con una interpretazione letterale del primo comma dell'art. 29 in esame che, trattando appunto dell'agevolazione fruibile dai soggetti IRPEF, prevede letteralmente che la stessa sia applicabile solo con riferimento agli investimenti indiretti posti in essere per il tramite di OICR e non anche per quelli effettuati per il tramite di altre società che investono prevalentemente in *Start Up innovative*.

Al riguardo si rileva, infatti, come l'estensione dell'agevolazione agli investimenti indiretti effettuati per il tramite di altre società che investono prevalentemente in *Start Up innovative* è prevista solo dal successivo comma 4 dell'art. 29 che si occupa esclusivamente della deduzione fruibile dai soggetti IRES.

Tutto ciò premesso, è parere di chi scrive, che una diversità di trattamento tra soggetti IRPEF (che non vedrebbero agevolati gli investimenti indiretti effettuati per il tramite di società che investono prevalentemente in *Start Up innovative*) e soggetti IRES (che invece godrebbero di tale estensione), seppure aderente al dettato normativo, non risulti logica e tantomeno giustificabile da specifiche esigenze o tutele di sorta e, pertanto, appare più il frutto di una svista del legislatore che il decreto attuativo sembra voler sanare con una interpretazione estensiva che consenta, pertanto, anche ai soggetti IRPEF di considerare agevolabili gli investimenti indiretti effettuati per il tramite di società che investono prevalentemente in *Start Up innovative*.

Passando ad altro aspetto, si evidenzia che l'art. 2, comma 3, della bozza di decreto attuativo, prevede che le agevolazioni in esame non siano applicabili:

“a) nel caso di investimenti effettuati tramite organismi di investimento collettivo del risparmio e società, direttamente o indirettamente, a partecipazione pubblica;

b) nel caso di investimenti in start-up innovative che si qualifichino come:

1) imprese in difficoltà di cui alla definizione della comunicazione della Commissione europea “Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà” (2004/C 244/02)¹⁰;

¹⁰ Tale esclusione, non prevista dall'art. 29 del D.L. 179/2012, è stata introdotta nella bozza di decreto attuativo per consentirne l'approvazione da parte della Commissione Ue delle norme agevolative in esame in quanto espressamente prevista dagli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti in capitale di rischio nelle piccole e medie imprese n. 2006/C 194/02 (pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. 194 del 18 agosto 2006).

- 2) imprese del settore della costruzione navale e dei settori del carbone e dell'acciaio¹¹;
- c) alle start-up innovative e agli incubatori certificati, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, nonché alle altre società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative;
- d) nel caso di investimento diretto, o indiretto per il tramite delle altre società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative, ai soggetti che, alla data in cui l'investimento si intende effettuato ai sensi dell'articolo 3, possiedono partecipazioni, titoli o diritti nella start-up innovativa oggetto dell'investimento che rappresentino complessivamente una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria o di partecipazione al capitale o al patrimonio della start-up innovativa superiore al 30 per cento; a questi fini si tiene conto anche delle partecipazioni, titoli o diritti posseduti dai familiari di tali soggetti individuati ai sensi dell'art. 230 bis, comma 3, c.c., ovvero da società controllate ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, numero 1), c.c.”.

Al riguardo si rileva che l'ultima ipotesi di esclusione sopra richiamata è di estrema rilevanza e rischia di limitare molto la portata applicativa dell'agevolazione in esame. Viene previsto, infatti, che non siano agevolabili gli investimenti diretti o indiretti effettuati in una *Start Up innovativa* qualora il soggetto che li effettui detenga, alla data in cui l'investimento si considera effettuato, una partecipazione rilevante nella *Start Up innovativa*, ossia detenga partecipazioni, titoli o diritti rappresentativi complessivamente una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria o di partecipazione al capitale o al patrimonio della *Start Up innovativa* superiori al 30%. Sul punto sarà opportuno un chiarimento dell'Agenzia delle Entrate, che aiuti a comprendere se detto limite percentuale, pur nella sua chiara connotazione di definizione soggettiva, possa avere in realtà una valenza indirettamente anche oggettiva.

In altri termini, si dovrà chiarire se un soggetto, che alla data dell'effettuazione dell'investimento possieda ad esempio il 25% del capitale, possa usufruire dell'agevolazione con riferimento, in estremo, al residuo 75%, oppure se nel caso di specie, limitatamente ad un aggiuntivo 5%.

3. Presupposto oggettivo

Con riferimento alla qualificazione degli investimenti agevolabili si evidenzia come dalla lettura dell'art. 29 non sia possibile ricavare particolari indicazioni in quanto lo stesso si limita ad utilizzare la locuzione “*somma investita [...] nel capitale sociale di una o più Start-Up innovative*”, facendo implicitamente supporre che assumano rilevanza a questi fini solamente i conferimenti sottoscritti a

¹¹ Si veda nota precedente.

fronte di un aumento di capitale sociale. Tale interpretazione trova le sue fondamenta nel voler attribuire massima importanza all'esigenza di circoscrivere l'agevolazione in oggetto solamente agli incrementi reali di capitale. Confrontando la disciplina *de qua* con quella relativa al c.d. *Bonus capitalizzazioni*, si rileva come l'Amministrazione finanziaria, in quest'ultimo caso, avesse chiarito che il beneficio spettasse con riferimento anche ad altre forme di apporto purché idonee ad incrementare il patrimonio sociale. Il beneficio veniva pertanto esteso anche ai versamenti a fondo perduto che non comportassero l'obbligo di restituzione e alle rinunce incondizionate dei soci al diritto di restituzione dei crediti vantati nei confronti della società. Sul tema, anche a parere di Assonime¹², si riteneva e si auspicava un'analogia impostazione, che permettesse così un allargamento del perimetro delle operazioni idonee ad originare investimenti agevolabili.

Sempre con riferimento al concetto di "incrementi reali di capitale", è inoltre opportuno segnalare come nella disciplina ACE sia stato chiarito quali siano le fattispecie che danno origine a variazioni positive del capitale proprio (ovvero fattispecie rilevanti ai fini della determinazione della base imponibile ACE), tra le quali, oltre ai versamenti in denaro, si rammentano anche le rinunce dei soci ai crediti vantati nei confronti della società partecipata, la conversione di obbligazioni in azioni e le compensazioni di crediti in sede di sottoscrizione di aumenti di capitale (solo se aventi natura finanziaria).

Diversamente, si ritiene invece che debbano escludersi dal novero degli investimenti agevolabili i conferimenti in natura. La norma fa infatti letteralmente riferimento alle sole "somme" investite¹³, escludendo implicitamente i conferimenti in natura. Sul punto si segnala che tale interpretazione restrittiva sarebbe in linea sia con la disciplina del c.d. *Bonus capitalizzazioni* che con la disciplina ACE, nelle quali i conferimenti in natura non assumono alcuna rilevanza¹⁴.

Tutto ciò premesso, si evidenzia come la bozza di decreto attuativo, ponendosi per molti aspetti ancora una volta in analogia con quanto previsto in materia di ACE, all'art. 3 prevede che siano considerati investimenti agevolati quelli derivanti da:

- *“conferimenti in denaro iscritti alla voce del capitale sociale e della riserva da sovrapprezzo delle azioni o quote delle start-up innovative o delle società di capitali che investono prevalentemente in start-up innovative”;*
- *“anche in seguito alla conversione di obbligazioni convertibili in azioni o quote di nuova emissione”;*

¹² Sul punto si veda Assonime, circolare n. 11 del 6 maggio 2013, pag. 75.

¹³ L'art. 29 del D.L. n. 179/2012, ai commi 1 e 4 afferma rispettivamente che *“si detrae un importo pari al 19 per cento della somma investita dal contribuente nel capitale sociale di una o più start up innovative”* e *“non concorre alla formazione del reddito dei soggetti passivi IRES il 20 per cento della somma investita nel capitale sociale di una o più start up innovative”*.

¹⁴ Si rammenta infatti che il conferimento in natura non può essere né considerato né assimilato ad un incremento reale di capitale sociale.

- “*nonché agli investimenti in quote degli organismi di investimento collettivo del risparmio*”;

Inoltre, così come auspicato, il comma 2 del medesimo art. 3 della bozza di decreto attuativo, prevede che sia assimilabile al conferimento in denaro anche “*la compensazione dei crediti in sede di sottoscrizione di aumenti del capitale, ad eccezione dei crediti risultanti da cessioni di beni o prestazioni di servizi diverse da quelle previste dall’articolo 27 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179*”.

Al riguardo, si rileva tuttavia che la disciplina ACE prevede l’ulteriore ipotesi di rinuncia a crediti non effettuata in sede di aumento di capitale. Tale ultima fattispecie si sostanzia in un aumento del patrimonio netto della società conferitaria attraverso la rilevazione di una riserva di capitale che non viene utilizzata per un incremento del capitale sociale. La bozza di decreto attuativo in materia di *Start Up innovative* non pare prendere in considerazione (e quindi esclude) questa ipotesi.

Venendo al momento di rilevanza, ai fini dell’applicazione dell’agevolazione in esame, delle fattispecie di investimenti sopra illustrati si rileva come, ancora una volta, nel silenzio del dettato normativo ci si debba basare sulle previsioni contenute nella bozza di decreto attuativo che sempre all’interno dell’art. 3 prevede che “*I conferimenti di cui al comma 1 rilevano nel periodo d’imposta in corso alla data del deposito per l’iscrizione nel registro delle imprese dell’atto costitutivo o della deliberazione di aumento del capitale sociale ovvero, se successiva, alla data del deposito dell’attestazione che l’aumento del capitale è stato eseguito ai sensi degli articoli 2444¹⁵ e 2481-bis¹⁶ del codice civile. I conferimenti derivanti dalla conversione di obbligazioni convertibili rilevano nel periodo d’imposta in corso alla data in cui ha effetto la conversione*”.

Al riguardo si rileva come la previsione testé richiamata, che prevede che i conferimenti rilevino nel periodo d’imposta in corso alla data del deposito dell’atto costitutivo o della deliberazione di aumento del capitale sociale ovvero, se successiva, alla data del deposito dell’attestazione che l’aumento del capitale è stato eseguito, si discostano da quanto previsto in materia di ACE. In tale ultima normativa era infatti previsto¹⁷ che “*Gli incrementi derivanti da conferimenti in denaro rilevano a partire dalla data del versamento*”. La differenza tra i due istituti si giustifica per il fatto che l’ACE prevede un meccanismo di rilevanza *pro rata temporis* dei conferimenti effettuati che va calcolata a partire dal momento del versamento delle somme. L’agevolazione in materia di *Start Up innovative* non pare, invece, prevedere un analogo meccanismo che commisuri l’entità

¹⁵ Nei trenta giorni dall’avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori devono depositare per l’iscrizione nel registro delle imprese un’attestazione che l’aumento del capitale è stato eseguito. Fino a che l’iscrizione nel registro non sia avvenuta, l’aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società.

¹⁶ Nei trenta giorni dall’avvenuta sottoscrizione gli amministratori devono depositare per l’iscrizione nel registro delle imprese un’attestazione che l’aumento di capitale è stato eseguito.

¹⁷ Art. 5, comma 4 del Decreto del Ministro dell’economia e delle finanze del 14 marzo 2012.

dell'investimento agevolabile alla data in cui lo stesso è stato effettuato. In altre parole, l'agevolazione spetta a condizione che l'investimento sia effettuato nel corso del periodo d'imposta. Con riferimento invece all'ipotesi di conversione di obbligazioni in azioni, la previsione che ne fa coincidere la rilevanza con il periodo d'imposta in corso alla data in cui ha effetto la conversione è in linea con quanto ricavabile, in materia di ACE, dalla relativa relazione illustrativa al decreto.

Da ultimo, si rileva che il più volte richiamato art. 3, comma 5 della bozza di decreto attuativo prevede che *“Con riguardo alle start-up innovative non residenti che esercitano nel territorio dello Stato un'attività di impresa mediante una stabile organizzazione, le agevolazioni spettano in relazione alla parte corrispondente agli incrementi del fondo di dotazione delle stesse stabili organizzazioni”*.

4. Agevolazione fiscale applicabile ai soggetti IRPEF

Con riferimento ai soggetti IRPEF, il comma 1 dell'art. 29 del decreto in esame prevede un'agevolazione, fruibile limitatamente ai periodi d'imposta 2013, 2014, 2015 e 2016¹⁸¹⁹, consistente in una detrazione dall'imposta lorda di un importo pari al 19%²⁰ della somma investita dal contribuente nel capitale sociale di una o più *Start Up innovative*, sia direttamente che per il tramite di OICR che investono prevalentemente in *Start Up innovative*²¹ [o in società che investono prevalentemente in *Start Up innovative*²²].

Con riferimento alla misura dell'agevolazione merita evidenziare che l'art. 2 comma 2, ultimo periodo della bozza di decreto attuativo sembra prevedere che, qualora l'investimento in *Start Up*

¹⁸ L'art. 9, comma 16-ter del D.L. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. *Decreto Lavoro*, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 99 ha esteso l'applicazione della suddetta agevolazione anche al periodo d'imposta 2016.

¹⁹ L'Autorizzazione UE, di cui all'art. 29, comma 9 del decreto in esame, concessa dalla Commissione Europea con Comunicazione del 5 dicembre 2013 (allegata al presente documento) prevede, al paragrafo 23, che *“per essere considerati agevolabili, gli investimenti devono essere effettuati negli anni d'imposta 2013, 2014 e 2015”*. Al riguardo, si evidenzia la possibilità che l'estensione dell'agevolazione al periodo d'imposta 2016, prevista dall'art. 9, comma 16-ter del D.L. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. *Decreto Lavoro* (si veda la nota precedente) possa non risultare ancora autorizzata dalla Commissione UE. Tuttavia, merita rilevare che la stessa comunicazione di autorizzazione, al paragrafo 84, prevede che *“ai sensi dell'art. 108, paragrafo 3, del TFUE tutti i piani di rifinanziamento o modifica della misura di aiuto in questione devono essere notificati alla Commissione”*. L'utilizzo del termine *“notificati”* in luogo del termine *“autorizzati”* potrebbe significare che per rendere efficace l'estensione delle misure agevolative anche al periodo d'imposta 2016 sia sufficiente che il Governo italiano proceda alla notifica alla Commissione UE di tale modifica normativa senza necessità che quest'ultima ne autorizzi l'adozione.

²⁰ L'art. 29, comma 7 del decreto in esame prevede che *“per le start-up a vocazione sociale così come definite all'articolo 25, comma 4 e per le start-up che sviluppano e commercializzano esclusivamente prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico in ambito energetico la detrazione di cui al comma 1 e' pari al 25 per cento della somma investita [...]”*.

²¹ Al riguardo si rileva che, così come previsto dall'art. 29, comma 6, del decreto, tali soggetti non beneficiano dell'agevolazione fiscale in esame, la quale è applicabile solo nei confronti dei contribuenti che indirettamente investono per il tramite di OICR [o altre società di capitali] che a loro volta investono prevalentemente in *Start Up innovative*, così come tra l'altro previsto anche dall'art. 2, comma 3 della bozza di decreto attuativo.

²² Con riferimento alla possibile estensione dell'agevolazione anche ai soggetti IRPEF in relazione agli investimenti indiretti effettuati per il tramite di società che investono prevalentemente in *Start Up innovative* si rimanda alle considerazioni esposte nel precedente paragrafo 2.

innovative sia effettuato indirettamente per il tramite di società di capitali che investono prevalentemente in *Start Up innovative*, le agevolazioni fiscali spettino “*in misura proporzionale agli investimenti effettuati nelle start-up innovative da tali società, come risultanti dal bilancio chiuso relativo all’esercizio in cui è effettuato l’investimento agevolato*”. Inoltre, qualora l’investimento sia effettuato attraverso una società in nome collettivo o in accomandita semplice, l’art. 4, comma 1, ultimo periodo della bozza di decreto attuativo dovrebbe prevedere che per i soci di tali società di persone “*l’importo per il quale spetta la detrazione è determinato in proporzione alle rispettive quote di partecipazione agli utili*” e che il limite quantitativo dell’investimento agevolabile, di cui si dirà di seguito, viene determinato con riferimento all’investimento effettuato tali società di persone.

Il comma 2 dello stesso articolo 29 prevede che tale detrazione debba essere considerata in maniera autonoma, senza cioè tenere conto di eventuali altre detrazioni spettanti allo stesso contribuente e, qualora di ammontare eccedente l’imposta lorda di periodo, possa essere riportata a nuovo ed utilizzata nei periodi d’imposta successivi, ma non oltre il terzo. Tale ultima previsione sancisce una deroga al principio generale secondo il quale le detrazioni fiscali relative ai soggetti IRPEF assumono rilevanza fiscale fino a concorrenza dell’imposta lorda di periodo, senza possibilità di riporto a nuovo negli esercizi successivi.

Dal punto di vista quantitativo, il comma 3 dell’art. 29, prevede che l’investimento massimo agevolabile, fruibile da ciascun contribuente nel singolo periodo d’imposta, non possa eccedere l’importo massimo di Euro 500.000, corrispondente ad un’imposta massima detraibile pari a Euro 95.000 ($500.000 \times 19\%$).

Alla luce di quanto sopra affermato, si evidenzia che la locuzione contenuta nel comma 2 del citato art. 29, ai sensi della quale “*non si tiene conto delle altre detrazioni eventualmente spettanti al contribuente*”, non chiarisce, ai fini della verifica concernente la capienza della detrazione dall’imposta lorda, quali siano le modalità e l’ordine di utilizzo della stessa in presenza di eventuali altri oneri detraibili. In altre parole, non è chiaro se, nell’ipotesi in cui in un determinato periodo d’imposta un singolo contribuente presenti oltre all’agevolazione di cui in oggetto anche altri oneri detraibili, l’utilizzo della detrazione spettante a seguito dell’investimento di capitali in *Start Up innovative* debba avvenire in maniera prioritaria rispetto alle altre detrazioni d’imposta ordinariamente previste dal D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), ovvero se sia lasciato libero arbitrio al contribuente beneficiario dell’agevolazione di valutare discrezionalmente, (sulla base della propria convenienza fiscale) quale comportamento adottare. In tal caso è ragionevole ritenere che il contribuente sia portato ad utilizzare dapprima le altre detrazioni fiscali a lui spettanti (che altrimenti andrebbero perse in quanto non riportabili in esercizi successivi) e, solo qualora residui

un imposta lorda a debito, che la compensi mediante la detrazione spettante per l'investimento in *Start Up innovative*. Tale ultima agevolazione, come detto, in caso di parziale o totale incapienza dell'imposta lorda di periodo, potrà essere riportata a nuovo nei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il terzo.

Seguendo la tesi opposta (ossia quella che prevedrebbe l'utilizzo prioritario della detrazione derivante dall'investimento in *Start Up innovative*), il contribuente sarebbe costretto a ridurre l'importo riportabile a nuovo e detraibile in annualità successive, con una complessiva penalizzazione per lo stesso, in quanto gli eventuali altri oneri detraibili a lui spettanti risulterebbero non riportabili nei successivi periodi d'imposta. In altre parole, questa ipotesi causerebbe un obbligo di utilizzo prioritario dell'agevolazione in *Start Up innovative* e, nel caso di imposta incapiente, la riduzione dell'importo riportabile in avanti, con la conseguente perdita degli altri oneri detraibili che non trovassero capienza nell'imposta lorda di periodo.

Non rinvenendo una specifica previsione né all'interno del dettato normativo né all'interno della bozza di decreto attuativo che disciplini tale aspetto applicativo della legge, appare plausibile convenire con la prima delle due ipotesi testé proposte, ovvero quella che consentirebbe al contribuente una libera scelta nell'ordine degli oneri detraibili da utilizzare ad abbattimento della propria imposta lorda di periodo²³.

Infine si evidenzia che la Comunicazione UE del 5 dicembre 2013 (così come l'art. 4, comma 8 della bozza di decreto attuativo), prevede, al paragrafo 24, che *“l'ammontare complessivo dei conferimenti in denaro ricevuti dalla start-up innovativa ammissibile è limitato a 2,5 milioni di EUR per ciascun periodo d'imposta ammissibile. Qualora una start-up ammissibile riceva una tranche d'investimento annua superiore a detto importo, gli investitori perdono il diritto alle agevolazioni fiscali anche per la parte dell'investimento inferiore al massimale annuo di 2,5 milioni di EUR”*.

Tale ultima previsione lascia piuttosto perplessi in quanto sembra dedursi che se la *Start Up innovativa* riceva investimenti annui per importi superiori a 2,5 milioni di euro, gli investitori perdano *in toto* il diritto all'agevolazione, ossia anche in relazione agli investimenti di ammontare pari a detta soglia.

Tuttavia si rileva che, ancorché l'art. 29 non contenga una disposizione come quella appena illustrata, la stessa, con tutta probabilità, si è resa necessaria per poter ottenere l'autorizzazione della Commissione UE. Infatti, in base a quanto previsto dagli Orientamenti comunitari sugli aiuti di

²³ Al riguardo si rileva che le istruzioni al Modello Unico PF 2014 (al momento della pubblicazione del presente documento ancora in bozza) sembrano avere accolto la tesi più favorevole al contribuente che si sostanzia nella possibilità per lo stesso di scomputare dall'imposta dovuta prima le altre detrazioni eventualmente spettanti (e non riportabili a nuovo) e, solo per l'eccedenza, utilizzare quella relativa all'investimento in *Start Up innovative*.

Stato destinati a promuovere gli investimenti in capitale di rischio nelle piccole e medie imprese n. 2006/C 194/02 (pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. 194 del 18 agosto 2006), così come modificati da ultimo dalla Comunicazione della Commissione n. 2010/C 329/05 (pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. 329 del 7 dicembre 2010) è previsto che, a decorrere dal primo gennaio 2011, *“La misura a favore del capitale di rischio deve prevedere tranche di investimento, finanziate in tutto o in parte attraverso l'aiuto di Stato, che non superino 2,5 milioni di EUR per la PMI destinataria su un periodo di dodici mesi”*.

Da ultimo si rileva come l'art. 5 della bozza di decreto attuativo prevede una serie di ulteriori adempimenti di carattere documentale che il contribuente deve porre in essere per poter beneficiare dell'agevolazione.

In particolare l'articolo citato prevede che il contribuente riceva e conservi:

- a) *“una certificazione della start-up innovativa che attesti il rispetto del limite di cui all'articolo 4, comma 8 [rispetto del limite annuo di investimenti agevolabili ricevuti pari a Euro 2,5 milioni], relativamente al periodo di imposta in cui è stato effettuato l'investimento;*
- b) *copia del piano di investimento della start-up innovativa, contenente informazioni dettagliate sull'oggetto della prevista attività della medesima start-up innovativa, sui relativi prodotti, nonché sull'andamento, previsto o attuale, delle vendite e dei profitti;*
- c) *per gli investimenti effettuati ai sensi dell'articolo 4, comma 7 [le start-up a vocazione sociale così come definite all'articolo 25, comma 4 e per le start-up che sviluppano e commercializzano esclusivamente prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico in ambito energetico], una certificazione rilasciata dalla start-up innovativa attestante l'oggetto della propria attività”*.

Inoltre, sempre la bozza di decreto attuativo prevede che il possesso dei requisiti di prevalenza con riferimento agli investimenti indiretti effettuati per il tramite di OICR o altre società che investono prevalentemente in *Start Up innovative* e l'entità dell'investimento agevolabile sia certificato, previa richiesta dell'investitore, a cura dei medesimi soggetti entro il termine per la presentazione della dichiarazione delle imposte sui redditi relativa al periodo d'imposta in cui l'investimento si intende effettuato²⁴.

²⁴ Ed inoltre che *“qualora l'esercizio delle start-up innovative, degli organismi di investimento collettivo del risparmio o delle altre società che investono prevalentemente in start-up innovative non coincida con il periodo di imposta dell'investitore e l'investitore riceva la certificazione nel periodo di imposta successivo a quello in cui l'investimento si intende effettuato, le agevolazioni di cui all'articolo 4 spettano a partire da tale successivo periodo d'imposta”*.

5. Agevolazione fiscale applicabile ai soggetti IRES

Con riferimento ai soggetti IRES, il comma 4 dell'art. 29 del decreto in esame prevede, limitatamente ai periodi d'imposta 2013, 2014, 2015 e 2016²⁵, che *“non concorre alla formazione del reddito dei soggetti passivi IRES il 20%²⁷ della somma investita [...] nel capitale sociale di una o più start up innovative”*.

Tale previsione normativa solleva una serie di problematiche interpretative, prima fra le quali la scelta del legislatore di utilizzare, con riferimento all'investimento in *Start Up innovative*, la locuzione *“non concorre alla formazione del reddito”*. Invero, da un punto di vista contabile, le modalità di investimento in *Start Up innovative* (in proposito si veda quanto illustrato nel precedente paragrafo 3) non determinano in capo al soggetto investitore la rilevazione di alcun componente positivo a conto economico, ma si sostanziano in operazioni con impatti esclusivamente patrimoniali. Ciò premesso, non si comprende quindi la necessità di prevedere un'esclusione dalla formazione del reddito degli ammontari investiti²⁸. Al riguardo, si ritiene che la locuzione utilizzata dal legislatore meglio debba essere intesa (ancorché il dato letterale non venga in sostegno di una tale lettura) come il diritto, per il soggetto che ha effettuato l'investimento agevolabile, di effettuare una variazione in diminuzione dal proprio reddito imponibile pari al 20% della somma investita. Tale interpretazione trova conforto nell'art. 4, comma 3 della bozza di decreto attuativo nella quale si legge che *“i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società possono dedurre dal proprio reddito complessivo un importo pari al 20 per cento dei conferimenti rilevanti effettuati...”*.

La lettura della norma pone un secondo ordine di problemi, che riguarda la determinazione dell'ammontare massimo agevolabile. Come precedentemente evidenziato per i soggetti IRPEF,

²⁵ L'art. 9, comma 16-ter del D.L. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. *Decreto Lavoro*, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 99 ha esteso l'applicazione della suddetta agevolazione anche al periodo d'imposta 2016.

²⁶ L'Autorizzazione UE, di cui all'art. 29, comma 9 del decreto in esame, concessa dalla Commissione Europea con Comunicazione del 5 dicembre 2013 (allegata al presente documento) prevede, al paragrafo 23, che *“per essere considerati agevolabili, gli investimenti devono essere effettuati negli anni d'imposta 2013, 2014 e 2015”*. Al riguardo, si rileva pertanto la possibilità che l'estensione dell'agevolazione al periodo d'imposta 2016, prevista dall'art. 9, comma 16-ter del D.L. 28 giugno 2013, n. 76 c.d. *Decreto Lavoro* (si veda la nota precedente) possa non risultare ancora autorizzata dalla Commissione UE. Tuttavia, merita evidenziare che la stessa comunicazione di autorizzazione, al paragrafo 84, prevede che *“ai sensi dell'art. 108, paragrafo 3, del TFUE tutti i piani di rifinanziamento o modifica della misura di aiuto in questione devono essere notificati alla Commissione”*. L'utilizzo del termine *“notificati”* in luogo del termine *“autorizzati”* potrebbe significare che per rendere efficace l'estensione delle misure agevolative anche al periodo d'imposta 2016 sia sufficiente che il Governo italiano proceda alla notifica alla Commissione UE di tale modifica normativa senza necessità che quest'ultima ne autorizzi l'adozione.

²⁷ L'art. 29, comma 7 del decreto in esame prevede che *“per le start-up a vocazione sociale così come definite all'articolo 25, comma 4 e per le start-up che sviluppano e commercializzano esclusivamente prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico in ambito energetico [...] la deduzione di cui al comma 4 e' pari al 27 per cento della somma investita”*.

²⁸ Al riguardo si rileva come anche in altre normative aventi carattere agevolativo già in precedenza richiamate (*“Tremonti-ter”* e *“Bonus capitalizzazione”*), la locuzione utilizzata dal legislatore era idonea a sollevare i medesimi dubbi interpretativi. Infatti tali norme utilizzavano l'espressione *“viene escluso da imposizione fiscale”* in ipotesi in cui non si generava alcun componente positivo a conto economico.

anche per i soggetti IRES è previsto un limite quantitativo dell'investimento agevolabile, in tal caso pari ad Euro 1.800.000 per ciascun periodo d'imposta.

A tale riguardo, si rileva come il comma 4 dell'art. 29 citato prevede, come anzidetto, che *“non concorre alla formazione del reddito dei soggetti passivi IRES il 20% della somma investita”* mentre il successivo comma 5 prevede che *“l'investimento massimo deducibile ai sensi del comma 4 non può eccedere, in ciascun periodo d'imposta, l'importo di Euro 1.800.000”*. Dalla lettura combinata dei due commi nasce il dubbio se l'importo di Euro 1.800.000 debba già intendersi come il 20% dell'investimento massimo agevolabile (in tal caso l'investimento effettuato a monte sarebbe pari a Euro 9.000.000 e il risparmio d'imposta sarebbe pari a Euro 495.000) oppure se l'importo di Euro 1.800.000 sia da intendersi come l'investimento massimo che possa fruire della normativa agevolativa in parola (in tal caso, il contribuente potrebbe effettuare una variazione in diminuzione pari al 20% di tale ammontare con un relativo risparmio d'imposta pari a Euro 99.000).

Al riguardo, nonostante l'infelice formulazione normativa, autorevole dottrina²⁹ è propensa ad una lettura della norma in senso favorevole al contribuente, ossia ritenendo che l'investimento massimo agevolabile a cui applicare la percentuale del 20% sia di Euro 9.000.000, con un risparmio di imposta massimo pari a Euro 495.000.

Tuttavia, sul punto si rileva che tale interpretazione, seppur appaia più aderente al dettato normativo, non è in linea con quanto riportato nella Comunicazione UE del 5 dicembre 2013, più volte citata³⁰ nella quale si legge, al paragrafo 28, che *“gli investitori soggetti all'imposta sul reddito delle società possono dedurre dal proprio reddito un importo pari al 20% dei conferimenti rilevanti effettuati per un importo non superiore a 1 800 000 EUR per ciascun periodo d'imposta. Pertanto, applicando l'aliquota IRES del 27,5% all'importo massimo deducibile, pari al 20% dell'investimento massimo agevolabile, ossia 1 800 000 EUR, si ricava che una persona giuridica può ottenere un risparmio d'imposta massimo di 99 000 EUR all'anno”*.

Sempre con riferimento alla disciplina agevolativa applicabile ai soggetti IRES si rileva come, diversamente da quanto previsto per i soggetti IRPEF, non è previsto uno specifico meccanismo di riporto in avanti della deduzione non utilizzata nel singolo periodo d'imposta. A tal riguardo si ritiene, così come sostenuto ancora da Assonime³¹, che ciò si spieghi per il fatto che l'agevolazione in parola, comportando una diminuzione della base imponibile IRES, possa determinare la produzione di perdite o di maggiori perdite fiscali, utilizzabili secondo l'ordinaria disciplina contenuta all'interno dell'art. 84 del TUIR, ovvero in compensazione di eventuali redditi futuri. In

²⁹ Si veda l'esempio riportato a pag. 72 della circolare Assonime n.11 del 6 maggio 2013, dove per massimo risparmio di imposta si intende un importo pari ad Euro 495.000, ovvero il 27,50% di 1.800.000.

³⁰ E neppure, nonostante la formulazione appaia meno chiara, anche con quanto previsto dall'art. 4, comma 3 della bozza di decreto attuativo.

³¹ Sul punto si veda Assonime, circolare n. 11 del 6 maggio 2013, pag. 73.

altre parole, a differenza di quando previsto per le detrazioni fiscali fruibili dai soggetti IRPEF, che per essere riportate a nuovo necessitavano di un apposita norma derogatoria, il meccanismo previsto per i soggetti IRES (variazione in diminuzione dalla base imponibile) consente già, in virtù della normativa sulle perdite fiscali, il riporto a nuovo delle “eccedenze non utilizzate” nel singolo periodo d’imposta.

Tale lettura, pur in assenza chiarimenti specifici sul punto da parte dell’Agenzia delle Entrate, pare quella più logica e sistematica, anche coerentemente con quanto illustrato dalla stessa Agenzia in relazione a precedenti analoghi provvedimenti di natura agevolativa che operano ed hanno operato mediante il riconoscimento di una deduzione ai fini della determinazione della base imponibile IRES³².

Tuttavia occorre segnalare che tale ultima interpretazione pare smentita da quanto previsto dall’art. 4, comma 4 della bozza di decreto attuativo che prevede che qualora la deduzione “*sia di ammontare superiore al reddito complessivo dichiarato, l’eccedenza può essere computata in aumento dell’importo deducibile dal reddito complessivo dei periodi di imposta successivi, ma non oltre il terzo, fino a concorrenza del suo ammontare*”³³. La medesima interpretazione può essere ricavata anche dalla bozza di Modello Unico SC 2014 (non ancora approvata alla data di pubblicazione del presente documento) la quale contiene una nuova sezione del quadro RS (da RS 170 a RS 174) al cui interno devono essere riepilogati i dati relativi alla deduzione fiscale derivante da investimenti in *Start Up innovative*. La deduzione esposta in tale quadro (rigo RS 173, colonna 4) va poi riportata nel quadro RN, rigo RN 6 all’interno del nuovo campo 3. Inoltre, sempre nel quadro RS, è stato inserito un campo (rigo RS 173 campo 5) nel quale indicare la parte di deduzione eccedente il reddito imponibile IRES di periodo.

Tutto ciò premesso, sembra che l’Agenzia delle Entrate (probabilmente basandosi sulla bozza di decreto attuativo) nella redazione della bozza di Modello Unico SC 2014 abbia previsto un meccanismo applicativo della deduzione fiscale derivante da investimenti in *Start Up innovative* in analogia a quanto previsto per l’ACE³⁴, ossia considerandola una variazione negativa del reddito imponibile che può essere effettuata solo dopo l’eventuale scomputo delle perdite fiscali pregresse e solo fino a concorrenza del reddito imponibile di periodo (senza cioè che possa “*produrre*” perdite fiscali riportabili a nuovo). Inoltre, la previsione di un campo all’interno del quadro RS, che sembra

³² A tal riguardo si fa riferimento ai già citati “*Bonus capitalizzazioni*” e alla agevolazione c.d. “*Tremonti-ter*”.

³³ Una locuzione pressoché identica si ricava anche dalla Comunicazione UE del 5 dicembre 2013, nella quale si legge, al paragrafo 28, che “*qualora la deduzione sia maggiore del reddito aggregato dichiarato, l’importo eccedente può essere portato in deduzione dal reddito aggregato imponibile nei periodi d’imposta successivi, ma non oltre il terzo, fino alla concorrenza dell’importo massimo*”.

³⁴ Che prevede che la variazione in diminuzione spettante nel singolo periodo d’imposta, laddove sia di ammontare superiore al reddito imponibile netto di periodo, non possa essere utilizzata per la “*produzione*” di perdite fiscali riportabili a nuovo (in altre parole la deduzione ACE può al massimo ridurre a zero il reddito imponibile di periodo) ancorché sia consentita la riportabilità dell’eccedenza non utilizzata nei successivi periodi di imposta.

deputato ad accogliere le eccedenze non utilizzate per incapienza del reddito imponibile di periodo, suggerisce che l’Agenzia delle Entrate ritenga tale eccedenza riportabile a nuovo, alla stregua dell’ACE.

A nostro avviso una tale interpretazione non appare in linea con il dettato normativo che, a differenza dell’ACE, non prevede né l’utilizzo della deduzione entro i limiti del reddito imponibile netto di periodo, né la possibilità di riporto a nuovo³⁵ dell’eccedenza non utilizzata entro il terzo esercizio successivo. In tale ottica, a parere di chi scrive, apparirebbe più logico accogliere la tesi del totale utilizzo della deduzione in parola nel periodo d’imposta di creazione (indipendentemente dalla capienza o meno del reddito imponibile) in quanto più in linea con il dettato normativo e con logiche sistemiche di determinazione della base imponibile IRES, senonché tale tesi, come sopra evidenziato, sembra scontrarsi con quanto verrà previsto dal decreto attuativo.

Altro aspetto di grande rilevanza che, ancora una volta, non si ricava dal disposto normativo ma da quanto previsto nella bozza di decreto attuativo (art. 4, commi 5 e 6), attiene alle modalità di fruizione dell’agevolazione nell’ipotesi in cui il contribuente abbia aderito al consolidato fiscale nazionale (o mondiale) di cui agli artt. 117 e seguenti del TUIR, ovvero alla trasparenza fiscale di cui agli articoli 115 e 116 del TUIR.

Con riferimento al consolidato nazionale, il decreto attuativo, in analogia con quanto illustrato poc’anzi in relazione alle modalità di fruizione dell’agevolazione in parola (con riferimento alle quali si è già fatta menzione delle relative perplessità) e con quanto previsto in materia di ACE, prevede che:

- l’importo della deduzione eccedente il reddito imponibile della singola società è ammesso in deduzione dal reddito complessivo globale di gruppo dichiarato fino a concorrenza dello stesso;
- l’eccedenza che non trova capienza nel reddito complessivo globale può essere riportata a nuovo dalla singola società e computata in aumento dell’importo deducibile dal reddito complessivo dei periodi di imposta successivi, ma non oltre il terzo;
- le eccedenze generatesi anteriormente all’opzione per il consolidato non sono attribuibili al consolidato e sono ammesse in deduzione solo dal reddito complessivo dichiarato delle singole società.

In relazione invece alla trasparenza fiscale l’art. 4, comma 6 della bozza di decreto attuativo prevede che *“l’eccedenza di cui al comma 4 è ammessa in deduzione dal reddito complessivo di ciascun socio in misura proporzionale alla sua quota di partecipazione agli utili. L’eccedenza che*

³⁵ Tantomeno prevedendo un limite temporale di tale riporto entro il terzo esercizio successivo che, come in precedenza evidenziato, è stabilito, dal primo comma dell’art. 29 solo con riferimento ai soggetti IRPEF e, solo in relazione al riporto a nuovo dell’ammontare detraibile non utilizzato nel periodo d’imposta di riferimento.

non trova capienza nel reddito complessivo del socio è computata in aumento dell'importo deducibile dal reddito complessivo dei periodi di imposta successivi, ma non oltre il terzo, dichiarato dal socio stesso fino a concorrenza del suo ammontare. Le eccedenze generatesi presso la società partecipata anteriormente all'opzione per la trasparenza non sono attribuibili ai soci e sono ammesse in deduzione dal reddito complessivo dichiarato dalla stessa”.

Sempre con riferimento alla misura dell'agevolazione merita evidenziare che l'art. 2 comma 2, ultimo periodo della bozza di decreto attuativo sembra prevedere che, qualora l'investimento in *Start Up innovative* sia effettuato indirettamente per il tramite di società di capitali che investono prevalentemente in *Start Up innovative*, le agevolazioni fiscali spettino *“in misura proporzionale agli investimenti effettuati nelle start-up innovative da tali società, come risultanti dal bilancio chiuso relativo all'esercizio in cui è effettuato l'investimento agevolato”*. Da ultimo si ribadisce che la Comunicazione UE del 5 dicembre 2013 (così come l'art. 4, comma 8 della bozza di decreto attuativo), prevede, al paragrafo 24, che *“l'ammontare complessivo dei conferimenti in denaro ricevuti dalla start-up innovativa ammissibile è limitato a 2,5 milioni di EUR per ciascun periodo d'imposta ammissibile. Qualora una start-up ammissibile riceva una tranche d'investimento annua superiore a detto importo, gli investitori perdono il diritto alle agevolazioni fiscali anche per la parte dell'investimento inferiore al massimale annuo di 2,5 milioni di EUR”*.

Tale ultima previsione, come già evidenziato con riferimento ai soggetti IRPEF, lascia piuttosto perplessi in quanto sembra dedursi che se la *Start Up innovativa* riceva investimenti annui per importi superiori a 2,5 milioni di euro, gli investitori perdano *in toto* il diritto all'agevolazione, ossia anche in relazione agli investimenti di ammontare pari a detta soglia.

Tuttavia si rileva che, ancorché l'art. 29 non contenga una disposizione come quella appena illustrata, la stessa, con tutta probabilità, si è resa necessaria per poter ottenere l'autorizzazione dalla Commissione UE. Infatti, in base a quanto previsto dagli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti in capitale di rischio nelle piccole e medie imprese n. 2006/C 194/02 (pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. 194 del 18 agosto 2006), così come modificati da ultimo dalla Comunicazione della Commissione n. 2010/C 329/05 (pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea n. 329 del 7 dicembre 2010) è previsto che, a decorrere dal primo gennaio 2011, *“La misura a favore del capitale di rischio deve prevedere tranche di investimento, finanziate in tutto o in parte attraverso l'aiuto di Stato, che non superino 2,5 milioni di EUR per la PMI destinataria su un periodo di dodici mesi”*.

Da ultimo si rileva come l'art. 5 della bozza di decreto attuativo prevede una serie di ulteriori adempimenti di carattere documentale che il contribuente deve porre in essere per poter beneficiare

dell'agevolazione che sono stati analizzati all'interno del paragrafo precedente in quanto applicabili anche ai soggetti IRPEF.

6. Ulteriori problematiche applicative e spunti di riflessione

Passiamo ora alla trattazione di quello che, a nostro avviso, rappresenta uno degli aspetti più delicati e controversi della disciplina in esame e sul quale si auspicano i maggiori chiarimenti da parte dell'Agenzia delle Entrate, ovvero le ipotesi e le modalità di decadenza del beneficio fiscale oggetto di analisi.

Conformemente a quanto previsto dall'art. 29, commi 3 e 5 del decreto in parola, la fruizione del beneficio fiscale in questione (detrazione IRPEF e deduzione IRES) risulta subordinata al mantenimento dell'investimento nella *Start Up innovativa* per almeno due anni. L'eventuale cessione, anche parziale, dell'investimento prima del decorso di tale termine biennale comporta la decadenza dal beneficio e l'obbligo per il contribuente di restituire l'importo indebitamente detratto o il recupero a tassazione dell'importo indebitamente dedotto, maggiorato dei relativi interessi legali (nel seguito del presente paragrafo verranno analizzate più nel dettaglio le modalità di recupero delle somme oggetto di agevolazione in caso di decadenza dal beneficio).

Tale previsione normativa desta qualche perplessità dal punto di vista interpretativo. In primo luogo, non è ben chiaro se il termine di due anni vada inteso come mantenimento del possesso della partecipazione per due periodi di imposta oppure se i due anni decorrano dal giorno in cui la partecipazione al capitale sociale delle *Start Up innovative* sia stato acquisito. Da un punto di vista letterale, la norma farebbe propendere per quest'ultima interpretazione, avendo infatti il legislatore utilizzato il termine "*anni di possesso*", senza invece esplicitare che debba trattarsi di periodi d'imposta.

In secondo luogo, per quanto concerne la cessione della partecipazione in *Start Up innovative*, il vincolo del mantenimento è da ritenersi violato non solo in caso di trasferimento a terzi della partecipazione ma anche con riferimento ad ulteriori ipotesi non previste dall'art. 29 ma che saranno disciplinate dal decreto attuativo.

In particolare, l'art. 6 della bozza di decreto attuativo prevede in primo luogo che sono assimilati alla cessione della partecipazione "*gli atti a titolo oneroso che importano costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento e i conferimenti in società* [salvo alcune deroghe che verranno illustrate di seguito]... *nonché la cessione di diritti o titoli attraverso cui possono essere acquisite le predette partecipazioni*". Inoltre, basandosi solo sul dato letterale dell'art. 29 ci si chiedeva se fattispecie come la restituzione delle somme investite (ad esempio attraverso una delibera di riduzione del capitale sociale), effettuata nel corso di un anno o di un periodo d'imposta

diverso da quello in cui è stato effettuato l'investimento iniziale, non fosse idonea ad integrare il presupposto di decadenza dall'agevolazione. In caso contrario, infatti, la norma risulterebbe facilmente aggirabile e potrebbe consentire indebite detrazioni o doppie deduzioni. Si pensi ad esempio al caso in cui una stessa somma fosse dapprima investita nella *Start Up innovativa A* e successivamente restituita all'investitore, il quale provvedesse ad effettuare un nuovo investimento della stessa somma nella *Start Up innovativa B*; in tal caso, una stessa somma potrebbe generare un doppio beneficio in capo ad un medesimo soggetto per effetto di un doppio impiego della stessa in relazione a due *Start Up innovative* differenti. A tale riguardo, si evidenzia come la bozza di decreto attuativo dovrebbe disciplinare tale profilo prevedendo la decadenza dal beneficio qualora si verifici *“la riduzione di capitale nonché la ripartizione di riserve o altri fondi costituiti con sovrapprezzi di emissione delle azioni o quote delle start-up innovative o delle società che investono prevalentemente in start-up innovative”*.

E' inoltre ipotesi di decadenza, sempre sulla base di quanto previsto dall'art. 6 della bozza di decreto attuativo *“il recesso o l'esclusione degli investitori”*.

Sempre in tema di decadenza dal beneficio, in conseguenza del fatto che i commi 3 e 5 dell'art. 29 del più volte citato decreto n. 179/2012 non prevedono fattispecie differenti dalla summenzionata cessione della partecipazione, ci si chiedeva se vi potessero essere altre ipotesi che ne integrassero i presupposti.

Una tra queste è l'ipotesi del conferimento della partecipazione, sia per quanto riguarda la sua detenzione da parte di persone fisiche che giuridiche. In tale ottica, l'operazione di conferimento dovrebbe assumere le caratteristiche di un'operazione di tipo realizzativo, assimilabile ed equiparabile alla cessione a titolo oneroso, il che potrebbe, a nostro avviso, comportare il rischio della decadenza del beneficio in capo all'investitore qualora il conferimento della partecipazione nella *Start Up innovativa* avvenisse all'interno del biennio di monitoraggio. Le previsioni del decreto attuativo dovrebbero andare in tale direzione ad eccezione del caso in cui il conferimento sia effettuato in regime di neutralità fiscale.

Proseguendo, sia la donazione che la successione *mortis causa* della partecipazione, nel caso di detenzione della partecipazione da parte di persone fisiche, non ci pare possano essere situazioni idonee a comportare la decadenza dal beneficio. Le due operazioni costituiscono infatti solamente un mero trasferimento di proprietà della partecipazione, senza alcun effetto realizzativo della stessa. Analoghi effetti si creerebbero anche nella cessione a titolo gratuito della partecipazione, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto detentore. Anche tali tesi sembrano accolte dall'art. 6 della bozza di decreto attuativo.

Ulteriormente diverse sono le ipotesi di operazioni straordinarie (ovvero fusioni e scissioni quando la società incorporata o scissa sia una *Start up innovativa*). Si ritiene che tali operazioni non dovrebbero essere causa di decadenza dal beneficio, non avendo le stesse carattere e natura realizzativa ma comportando un trasferimento della posizione soggettiva del soggetto *dante causa*. Ancora una volta la bozza di decreto attuativo risulta in linea con tale tesi.

Anche l'ipotesi in cui il soggetto che ha effettuato l'investimento nella *Start Up innovativa* e che ha beneficiato della relativa agevolazione fiscale decida di non aderire ad un successivo aumento di capitale deliberato dalla stessa, rinunciando al proprio diritto di opzione, non dovrebbe comportare la decadenza dal beneficio, in quanto tale rinuncia non dovrebbe essere equiparabile ad un atto/fatto realizzativo ed in contrasto con la normativa in esame.

Inoltre riteniamo che, sulla base del dettato normativo, l'acquisto di una partecipazione in una *Start Up innovativa* non costituisca investimento agevolabile, in quanto lo spirito della norma è volto all'immissione di capitali all'interno delle stesse *Start Up innovative*, che nell'ipotesi prospettata non si verificherebbe. Caso diverso è invece l'acquisto di una partecipazione in un OICR o in un'altra società i quali investono prevalentemente in *Start Up innovative* che, come analizzato nei precedenti paragrafi, è idonea ad integrare i presupposti previsti dalla norma per poter fruire dell'agevolazione in esame.

In terzo luogo, sempre in ambito di cessione della partecipazione in *Start Up innovative*, la cessione, anche parziale, dell'investimento prima che sia decorso il termine di due anni dovrebbe comportare la decadenza dal beneficio e l'obbligo per il contribuente di restituire gli importi detratti ed il recupero a tassazione dell'importo dedotto, unitamente agli interessi legali. A parere di chi scrive, tale impostazione sembra non essere pienamente corretta e condivisibile. A fronte di una cessione parziale dell'investimento dovrebbe infatti corrispondere un altrettanto parziale restituzione delle somme detratte o dedotte, anziché, come previsto dal comma 5 della norma in esame, una restituzione integrale dei benefici fiscali fruiti da parte del contribuente. Parte della partecipazione e quindi dell'investimento originario continuerà infatti a rimanere nella *Start Up innovativa* stessa e a produrre i benefici previsti dal legislatore.

Tale ragionamento trova conforto nella diverse discipline di riallineamento dei maggiori valori fiscali attivabili mediante il pagamento di un'imposta sostitutiva di cui all'art. 15 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, dell'art. 1, commi 33, 34, 48 e 51 della legge n. 244/2007, dall'art. 176 comma 2-ter del D.P.R. n. 917/1986 e dall'art. 15, commi da 16 a 23 dello stesso D.L. n. 185/2008. In tutte le predette fattispecie, il pagamento di un'imposta sostitutiva permette il riconoscimento ai fini fiscali dei maggior valori dei beni iscritti in bilancio a seguito di determinate tipologie di operazioni (rivalutazione degli immobili, operazioni straordinarie, affrancamento quadro EC). Tali

discipline di riallineamento prevedono un periodo di *recapture* o di sorveglianza che fa venir meno l'effetto fiscale del riallineamento qualora i beni oggetto di riallineamento siano trasferiti a terzi entro un determinato lasso temporale. Qualora ad essere trasferiti a terzi sia solo parte dei beni riallineati, la procedura di *recapture* dinnanzi descritta esplica i propri effetti solo con riferimento ai beni oggetto di trasferimento e non a tutti quelli riallineati.

Alla luce di quanto sopra esposto, potremmo concludere affermando che il termine di possesso della partecipazione per un periodo di tempo non inferiore ai due anni potrebbe altresì essere inteso come una sorta di "periodo di sorveglianza", all'interno del quale la partecipazione non dovrebbe essere trasferita, ma con possibilità, in caso di trasferimento parziale, di perdita dei benefici limitatamente e proporzionalmente alla quota trasferita, così come si verifica nella disciplina dei riallineamenti fiscali dinnanzi descritta. Sarebbe infatti del tutto penalizzante per il contribuente perdere integralmente i benefici fiscali a fronte di una cessione parziale della partecipazione detenuta nella *Start Up innovativa*. Nonostante la ragionevolezza delle considerazioni sopra riportate, la bozza di decreto attuativo dovrebbe confermare la totale decadenza dal beneficio anche in ipotesi di cessione parziale della partecipazione.

Sempre con riferimento alle fattispecie che comportano la decadenza dal beneficio fiscale in oggetto, la norma, come detto, fa esclusivamente riferimento all'ipotesi di cessione della partecipazione a titolo oneroso prima che sia decorso il termine di due anni di possesso della stessa. Al riguardo abbiamo in precedenza analizzato altre possibili operazioni che comportano il trasferimento della partecipazione (conferimento, fusione, scissione, donazione, ecc..) provando ad ipotizzarne i relativi impatti sul beneficio acquisito dal soggetto investitore. Ciò posto, altro aspetto di cui non sembra occuparsi l'art. 29 riguarda quelle fattispecie in cui la *Start Up innovativa* perda, successivamente al momento in cui il soggetto investitore abbia effettuato l'investimento, uno dei requisiti soggettivi ed oggettivi dettati dall'art. 25 del decreto. Il dettato normativo contenuto nell'art. 29 del citato decreto non contempla infatti la predetta ipotesi, portandoci implicitamente ad affermare che il verificarsi di tale situazione non dovrebbe avere alcun riflesso negativo sull'investitore, non comportando, pertanto, la decadenza dal beneficio in precedenza fruito. Preme inoltre evidenziare come la presenza, al momento dell'effettuazione dell'investimento, di tutti i requisiti di cui all'art. 25 del decreto, dovrebbe rappresentare la condizione necessaria e sufficiente per poter beneficiare dell'agevolazione in esame, a nulla rilevando che gli stessi requisiti vengano meno in un successivo momento della vita della *Start Up innovativa* (in un secondo momento la *Start Up innovativa* potrebbe quindi anche perdere tale qualifica). Tale assunto dovrebbe mantenere la propria validità anche qualora al momento dell'effettuazione dell'investimento la *Start Up innovativa* abbia tutti i requisiti richiesti per essere qualificata tale ai sensi dell'art. 25 ma che, in un

successivo momento, sempre all'interno del medesimo periodo d'imposta, tale qualificazione venga meno per effetto della perdita di uno dei requisiti richiesti.

Per completezza espositiva, rammentiamo che il suddetto art. 25, comma 2³⁶, contempla una serie di requisiti obbligatori, sia cumulativi che alternativi tra loro (ad esempio quello che prevede che i) a partire dal secondo anno di attività della *Start Up innovativa*, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato, non sia superiore a 5 milioni di Euro o ii) quello che prevede che la *Start Up innovativa* non distribuisca utili, ecc...). Analizzando separatamente tali requisiti, si rileva come la perdita degli stessi potrebbe effettivamente non essere causata da comportamenti imputabili all'investitore, ma da azioni compiute direttamente dalla *Start Up innovativa*.

Per quanto concerne il primo esempio sopra riportato, il soggetto investitore potrebbe non avere la capacità di influenzare, né tanto meno intervenire sulle dinamiche e sulla determinazione del valore della produzione annua. Il limite dei 5 milioni potrebbe essere così superato senza che l'investitore possa adottare particolari politiche o scelte per evitare il verificarsi di tale evento.

Facendo poi riferimento alla tematica della distribuzione degli utili, potrebbe di fatto accadere che l'investitore (sia esso soggetto IRPEF che soggetto IRES) non possieda una partecipazione di maggioranza e non abbia quindi gli strumenti per potersi opporre ad un'eventuale delibera di distribuzione degli utili.

Tutto ciò premesso, ci pare coerente che il legislatore non abbia previsto meccanismi di *recapture* conseguenti alla perdita dei requisiti richiesti per la qualificazione di una società quale *Start Up innovativa* poiché, come visto, in molti casi tali circostanze potrebbero essere del tutto indipendenti dalla volontà e dalla capacità di azione del soggetto investitore.

Sul punto sembra che il decreto attuativo smentirà la tesi appena proposta nel senso che sarà considerata causa di decadenza dal beneficio la perdita di uno dei requisiti previsti dall'articolo 25, comma 2, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 ad eccezione (e ci mancherebbe altro!) della perdita dei requisiti previsti, dovuta alla scadenza dei quattro anni dalla data di costituzione o del diverso termine indicato dal secondo periodo del comma 3 dello stesso articolo 25.

Da ultimo si segnala che il decreto attuativo dovrebbe disciplinare le modalità di recupero della deduzione in ipotesi di decadenza dal beneficio prevedendo:

- per i soggetti IRPEF l'obbligo di incrementare l'imposta sul reddito delle persone fisiche dovuta in relazione al periodo d'imposta nel quale si verifica la decadenza dal beneficio di un ammontare corrispondente alla detrazione effettivamente fruita nei periodi d'imposta

³⁶ Comma così modificato dall'art. 9, comma 16 del D.L. 28 giugno 2013, n. 76, c.d. *Decreto Lavoro*, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 99.

- precedenti aumentata degli interessi legali versando i relativi ammontari entro il termine per il versamento a saldo dell'imposta del medesimo periodo;
- per i soggetti IRES l'obbligo di incrementare il reddito di tale periodo d'imposta dell'importo corrispondente all'ammontare che non ha concorso alla formazione del reddito nei periodi d'imposta precedenti aumentata degli interessi legali versando i relativi ammontari entro il termine per il versamento a saldo dell'imposta del medesimo periodo.

7. Profili IRAP

Secondo quanto affermato da Assonime³⁷, la deduzione introdotta in materia di *Start Up innovative* non assumerebbe rilevanza ai fini IRAP. Tale affermazione deriva dal fatto che l'art. 29, comma 4 del D.L. n. 179/2012 prevede espressamente che il 20 per cento della somma investita nel capitale sociale “*non concorre alla formazione della base imponibile del reddito dei soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società*”, lasciando pertanto intendere che tale agevolazione operi solo in relazione ai profili di determinazione della base imponibile IRES.

A tal proposito si evidenzia come, con riferimento al c.d. “*Bonus capitalizzazione*”, la normativa effettuava invece un generico riferimento all'esclusione da “*imposizione fiscale*”, senza specificare se si trattasse o meno di imposta sul reddito delle società ovvero di imposta regionale sulle attività produttive. Sul tema l'Agenzia delle Entrate era giunta a chiarire la questione, riconoscendo la rilevanza del bonus capitalizzazione anche ai fini IRAP.

Allo stato attuale delle cose, ossia in mancanza del più volte citato decreto attuativo e di una circolare esplicativa da parte dell'Agenzia delle Entrate siamo prudenzialmente portati a ritenere che tale agevolazione sia fruibile limitatamente alla determinazione della base imponibile IRES.

³⁷ Si veda Assonime, circolare n. 11 del 6 maggio 2013, pag. 73.

capitolo 3

***L'oggettivazione
delle quote
nelle Start Up
innovative
in forma di Srl***

1. Premessa

La Start Up innovativa tra requisiti iscrizionali e norme c. d. “transtipiche”

Nella prima parte del lavoro sono stati delineati i requisiti che la società deve avere per ottenere l'iscrizione nell'apposita sezione speciale delle *Start Up innovative* del Registro Imprese, prescritta dall'art. 25, comma ottavo, del citato decreto.

La dottrina afferma, infatti, che i requisiti indicati sono di natura “iscrizionale”.

Tuttavia, le società potenzialmente idonee ad assumere la qualifica di *Start Up innovative* esistono a prescindere dalla presenza o assenza di detti requisiti; questi ultimi rilevano solo ai fini delle agevolazioni e dell'applicabilità della speciale disciplina delle *Start Up innovative*.

A conferma di ciò si pone anche il dettato normativo dell'art. 31, comma quarto, del citato decreto che attribuisce carattere di temporaneità alle esenzioni e al particolare regime delle *Start Up innovative*: “l'applicazione della disciplina della presente sezione” cessa “in ogni caso, una volta decorsi quattro anni dalla costituzione”.

Si può pertanto affermare che la *Start Up innovativa* non costituisce un nuovo modello societario, ma una fase particolare e temporanea prevista per le società dotate dei requisiti sopra indicati.

Le società, attraverso questa iscrizione, acquistano la qualifica di *Start Up innovative* e, quindi, la possibilità di godere delle agevolazioni previste dalla legge; inoltre la semplice iscrizione nella citata sezione speciale è causa sufficiente per l'applicazione delle norme “transtipiche” ed aliene al diritto comune.

Si parla, a tal proposito, di natura normativa della pubblicità commerciale.

Da tale principio si ricava che la società iscritta nella sezione speciale delle *Start Up innovative*, possa usufruire delle norme eccezionali e “transtipiche” a prescindere da una espressa previsione sul punto da parte dello statuto sociale adottato.

2. La *Start Up innovativa* e le Srl – clausole in deroga al diritto comune

In questa parte dello studio si intende circoscrivere l'analisi al rapporto tra la disciplina delle società a responsabilità limitata e la particolare disciplina delle società a responsabilità limitata che abbiano i requisiti di *Start Up innovativa*.

2.1. Perdite rilevanti

Una prima eccezione riguarda la disciplina del ripianamento in presenza di perdite rilevanti.

Nelle *Start Up innovative* il termine entro cui la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo, stabilito dall' art. 2482-bis, comma quarto, del codice civile, è posticipato al secondo esercizio successivo. Nelle *Start Up innovative* che si trovino nell'ipotesi di cui all'art. 2482-ter del codice civile l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio successivo. Fino alla chiusura di tale esercizio non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, punto n. 4), e 2545-duodecies del codice civile. Se entro l'esercizio successivo il capitale non risulta reintegrato al di sopra del minimo legale, l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve deliberare ai sensi dell'art. 2482-ter del codice civile.

2.2. Categoria di quote³⁸

Una seconda eccezione riguarda l'abbandono del tradizionale principio dell'indivisibilità ed uguaglianza delle quote sociali.

L'atto costitutivo della *Start Up innovative* costituita in forma di società a responsabilità limitata, infatti, può creare categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle varie categorie anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 2468, commi secondo e terzo, del codice civile.

In particolare, secondo la dottrina, sarebbe possibile scomporre in unità omogenee di partecipazione, poi suscettibili di essere "categorizzate", solo una parte del rapporto sociale, come ad esempio quella frazione sottoscritta in seguito ad un aumento del capitale sociale a pagamento.

Inoltre, sarebbe possibile attribuire alle diverse categorie di quote un valore nominale differente; ciò permetterebbe di incentivare l'investimento da parte di nuovi soci.

Si precisa, tuttavia, che la differenza del valore nominale non sarebbe elemento sufficiente a determinare una categoria di quote.

Le quote, infatti, possono essere considerate una categoria solo se attribuiscono diritti (seriali) diversi rispetto a quelli attribuiti ad altre categorie.

La categoria di quote deve inoltre essere distinta dall'attribuzione di diritti particolari ai soci, di cui all'art. 2468, comma terzo, c.c.³⁹.

³⁸ cfr. esempio atto n. 7, su emissione di quote di categoria postergate nelle perdite.

³⁹ cfr. esempio atto n.1, punti 1 e 2.

I diritti particolari infatti sono attribuiti e riferiti ai singoli soci e non qualificano oggettivamente la partecipazione.

La differenza si evidenzia in tema di cessione della partecipazione⁴⁰:

- nella quota categorizzata, il cessionario acquista gli stessi diritti particolari oggettivati nella partecipazione;
- in caso di diritto particolare ex art. 2468, comma terzo, c.c., invece, la cessione della quota non comprende anche il diritto particolare.

La dottrina ritiene che tanto nelle *Start Up innovative*, quanto nelle società incubatrici di *Start Up innovative*, sia possibile prevedere l'attribuzione di un diritto particolare ex art. 2468, comma terzo, c.c.⁴¹.

La categoria speciale di quote rappresenta una deroga al principio di uguaglianza delle partecipazioni sociali.

Attraverso dette categorie è possibile, infatti, creare quote fornite di diritti diversi.

All'interno di ciascuna categoria, tuttavia, l'uguaglianza deve essere ripristinata (si parla infatti di uguaglianza relativa) e le quote speciali devono attribuire ai loro titolari i medesimi diritti.

Il principio di uguaglianza deve pertanto essere commisurato all'interno di ciascuna categoria di quote.

La nozione di categoria è costruita attorno al concetto di specialità ossia dalla diversità dei diritti attribuiti dalle quote in oggetto, rispetto a quelle ordinarie.

Secondo un orientamento⁴² la nozione di categoria starebbe ad indicare “ogni serie di [...]”quote, “omogenee per contenuto e perciò fungibili l'un l'altra che presenti caratteristiche difformi da quelle di altra serie o gruppo”.

Si segnala, tuttavia, che secondo parte della dottrina, anche recente, sarebbe riduttivo definire la categoria speciale attraverso il confronto con le partecipazioni ordinarie.

Anche in materia di società per azioni, infatti, il legislatore non parla mai di azioni ordinarie e, nel diritto societario, non è dato riscontrare una definizione di azioni ordinarie.

Rebus sic stantibus, potrà parlarsi di categoria speciale solo quando vi sia la contemporanea esistenza di quote che attribuiscono diritti differenti, a prescindere dal fatto che tra le medesime sia individuabile una categoria ordinaria.

Altro quesito posto dalla dottrina è se la nozione di categoria speciale implichi necessariamente una pluralità di quote o se anche una sola quota speciale possa configurare una categoria diversa.

⁴⁰ cfr. esempio atto n.1, punti 1 e 2.

⁴¹ cfr. esempio atto n.4, punto 2.

⁴² BIONE, *Trattato Colombo Portale*, 45

Per l'orientamento prevalente, anche una sola quota può rappresentare una autonoma categoria speciale; la nozione di categoria non può che prescindere dal numero delle quote, elemento, che non può essere considerato determinante.

La categoria, infatti, si fonda su differenze qualitative dei diritti attribuiti dalle quote e non su elementi quantitativi delle medesime.

La categoria di quote non rappresenta un *numerus clausus*, ma una fattispecie aperta e flessibile, a contenuto eterogeneo, sottoposto solo ai limiti di legge meglio indicati nei successivi paragrafi.

La società avrà pertanto ampi margini operativi per creare le diverse categorie ed individuare i diritti che le rispettive quote attribuiranno ai loro titolari.

La normativa delle *Start Up* si inserisce, pertanto, nel processo c.d. di *deregulation* che, iniziato con la riforma del diritto societario in tema di società per azioni, demanda all'autonomia dei soci la possibilità di determinare il contenuto ed i diritti delle quote secondo le specifiche esigenze di cui i medesimi abbisognano.

La mutevolezza dei diritti che ineriscono le quote di categoria permette, inoltre, di rendere più appetibile la raccolta di capitale presso i terzi investitori e di diversificare la partecipazione dei soci nell'ambito delle vicende sociali.

Tale incentivo all'investimento da parte di terzi rappresenta una significativa presa di posizione del legislatore a favore della crescita imprenditoriale.

La specialità delle quote può riguardare sia i diritti amministrativi sia i diritti patrimoniali.

Relativamente a questi ultimi si segnala la possibilità di emettere quote postergate nelle perdite, meglio sotto descritte.

Rispetto alla normativa delle società per azioni, tuttavia, dato il divieto di distribuzione degli utili, sancito dall'art. 25 comma secondo lett. e) della legge in oggetto, non pare ammissibile la creazione di quote privilegiate nella ripartizione degli utili.

Relativamente ai diritti amministrativi, l'art. 26, comma terzo, del D.L. in commento legittima la creazione di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative; di dette categorie si parlerà nei successivi paragrafi.

La specialità delle quote potrebbe anche riguardare, contemporaneamente, sia i diritti amministrativi che i diritti patrimoniali.

Oltre alle quote con diritto di voto limitato o totalmente escluso, una appetibile categoria speciale è quella avente ad oggetto le quote c.d. postergate nelle perdite.

2.3. Quote postergate nelle perdite

La genericità del dettato normativo di cui all'art. 26, comma secondo della legge in oggetto permette all'operatore giuridico di mutuare, dall'esperienza maturata in tema di società per azioni, esempi di quote connaturate da speciali diritti.

La società a responsabilità limitata, con qualifica di *Start Up innovativa*, può emettere quote postergate nelle perdite.

La postergazione attribuisce al titolare della quota speciale un privilegio che agisce sul lato passivo (la partecipazione alle perdite) dei diritti patrimoniali che spettano al socio di una società a responsabilità limitata.

In particolare, il socio titolare di tali quote speciali ha il privilegio di partecipare alle perdite in via subordinata e, precisamente, solo dopo che le medesime abbiano inciso sulle altre partecipazioni.

Operativamente la postergazione si manifesta nell'ipotesi di riduzione del capitale sociale per perdite: dovranno essere annullate prima le altre quote e poi quelle postergate nelle perdite.

Il grado di postergazione, fermi restando i limiti generali successivamente indicati, potrà essere variamente stabilito dai soci.

Oltre al privilegio indicato è possibile attribuire ai titolari di dette quote anche il diritto di prelazione sul rimborso del capitale in fase di liquidazione della società (tale ulteriore privilegio deve essere comunque espressamente previsto nello statuto).

I diritti amministrativi inerenti alle quote in commento potranno essere variamente determinati dall'atto costitutivo; i soci, infatti, potrebbero limitare o escludere il diritto di voto delle azioni in oggetto.

Se da un lato la compressione del diritto di voto rappresenta un bilanciamento del privilegio attribuito ai soci di categoria, dall'altro non possono non rilevarsi elementi di criticità che una simile limitazione potrebbe comportare nel corso della vita sociale.

Si pensi all'ipotesi in cui, per effetto di una riduzione del capitale sociale per perdite, tutte le quote ordinarie siano annullate e, all'esito dell'operazione, dovessero residuare solo le quote postergate nelle perdite con diritto di voto limitato o escluso: in tale circostanza verrebbe violato il limite di cui all'art. 2351, comma secondo, c.c., in forza del quale le partecipazioni con voto limitato o escluso non possono superare la metà del capitale sociale.

Tale evenienza, in tema di società per azioni, è stata risolta dalla dottrina mediante l'applicazione analogica del comma quinto dell'art. 145 t.u.f.,⁴³ dettato per le azioni di risparmio.

⁴³ L'art. 145, comma quinto del T.U.F. dispone che: " Se, in conseguenza della riduzione del capitale per perdite, l'ammontare delle azioni di risparmio e delle azioni a voto limitato supera la metà del capitale sociale, il rapporto indicato nel comma 4 deve essere ristabilito entro due anni mediante emissione di azioni ordinarie da attribuire in opzione ai possessori di azioni ordinarie. Tuttavia, se la parte di capitale rappresentata da azioni ordinarie si è ridotta al

Considerando i dubbi interpretativi sul punto e la funzione antiprocessualistica che il Notaio è chiamato ad esercitare nell'ambito della sua professione, è necessario che lo statuto di una società a responsabilità limitata *Start Up innovative*, individui espressamente dei correttivi a riguardo.

2.4. I quorum richiesti per creare le quote unitarie e le categorie di quote

Secondo un orientamento è legittimo modificare a maggioranza l'atto costitutivo scomponendo le partecipazioni, già esistenti, in quote unitarie purchè non vengano alterati i diritti originariamente attribuiti a ciascun socio.

Al contrario, per categorizzare le quote unitarie, già esistenti, modificando l'atto costitutivo, sarebbe necessario il consenso unanime dei soci; detta modifica infatti altererebbe i diritti originariamente attribuiti a ciascun socio.

Si ritiene inoltre possibile deliberare a maggioranza un aumento di capitale a pagamento mediante l'emissione di **nuove** categorie di quote.

A tal riguardo, parte della dottrina, ritiene che la delibera di aumento del capitale con emissione di quote di categoria, potrebbe essere assunta dall'organo amministrativo ai sensi dell'art. 2481 c.c., ritenuto compatibile con la disciplina delle *Start Up innovative Srl*.

La delega, tuttavia, dovrebbe già prevedere questa facoltà.

Probabilmente esorbita dall'istituto dell'aumento delegato la scomposizione del rapporto in quote unitarie, operazione di competenza assembleare.

2.5. Limiti delle categorie di quote

Nel silenzio della legge, la dottrina ha individuato i limiti di diversificazione per la creazione di categoria di quote applicando analogicamente la disciplina delle società per azioni⁴⁴.

Pertanto è dato riscontrare due tipologie di limiti: quelli espressi e quelli inespressi.

Quanto ai primi si segnalano:

- a) il divieto del patto leonino di cui all'art. 2265 c.c., che, dettato in materia di società di persone, è considerato un principio di ordine generale che informa tutta la materia societaria. La citata norma prescrive il divieto di escludere totalmente un socio dalla partecipazione agli utili o alle perdite;
- b) il divieto di emissione di quote con voto plurimo, di cui all'art. 2351, comma quarto, c.c.;
- c) il limite quantitativo di cui all'art. 2351, comma secondo, c.c. secondo cui il valore delle azioni senza diritto di voto, con diritto di voto limitato a particolari argomenti o con diritto di voto

di sotto del quarto del capitale sociale, deve essere riportata almeno al quarto entro sei mesi. La società si scioglie se il rapporto tra azioni ordinarie e azioni di risparmio e con voto limitato non è ristabilito entro i termini predetti.”.

⁴⁴ cfr. esempio atto n.5, punto 4.

subordinato al verificarsi di condizioni non meramente potestative, non può superare complessivamente la metà del capitale sociale.

Quanto ai limiti inespresi si segnalano:

- a) il principio di uguaglianza tra le quote che appartengono alla medesima categoria;
- b) il divieto di emettere quote che non costituiscono una frazione del capitale sociale.

2.6. Decisioni che possono pregiudicare i diritti di una categoria di quote unitarie

Secondo un orientamento minoritario non sarebbe validamente adottabile la delibera che possa pregiudicare una categoria di quote, salvo che consti il consenso unanime di tutti i soci, ai sensi dell'art. 2468, comma quarto, c.c.

Tale tesi, tuttavia, non è condivisibile perché, come si è spiegato in precedenza, la categoria di quote è cosa ben diversa dai diritti particolari di cui all'art. 2468, comma terzo, c.c.

Pare, ancora una volta, doversi applicare per analogia⁴⁵ la disciplina di cui all'art. 2376 c.c., in tema di assemblee speciali di Spa.

2.7. Diritto di voto non proporzionale

Una terza eccezione riguarda la possibilità di attribuire diritti di voto in misura non proporzionale.

L'atto costitutivo della Srl *Start Up innovativa*, anche in deroga all'articolo 2479, quinto comma, del codice civile, può creare categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative⁴⁶.

La non proporzionalità del voto, non può che richiamare, per analogia⁴⁷, la disciplina dell'art. 2351 c.c. in tema di Spa e pertanto la facoltà concessa alle *Start Up innovative*, oltre a quanto indicato nel precedente paragrafo, non può spingersi sino ad attribuire un voto plurimo.

La possibilità di creare categorie di quote con voto limitato a particolari argomenti o con voto sottoposto a particolari condizioni è una facoltà generica concessa dal legislatore che potrà essere sfruttata dagli operatori nell'esercizio dell'autonomia statutaria.

Nei limiti dei principi generali, sarà possibile individuare i singoli argomenti e le singole condizioni, purché non meramente potestative.

⁴⁵ cfr. esempio atto n.5, punto 4.

⁴⁶ cfr. esempio atto n. 6 sull'emissione di quote con diritto di voto limitato.

⁴⁷ cfr. esempio atto n.5, punto 4.

La facoltà di limitare il diritto di voto anche ad un singolo argomento è una operazione legittima, considerando che l'art. 26, comma terzo, del D.L. in commento, ammette perfino la totale esclusione del diritto di voto.

In particolare, gli argomenti potranno riguardare sia materie concernenti l'approvazione del bilancio, la nomina e la revoca degli amministratori, dell'organo di controllo, del revisore legale, sia le operazioni sulle proprie partecipazioni, ai sensi dell'art. 26, comma sesto, del D.L. in commento.

Inoltre, il voto potrebbe essere limitato alle deliberazioni relative alla riduzione obbligatoria del capitale sociale, agli aumenti di capitale con esclusione del diritto di sottoscrizione dei soci, alla fusione, alla trasformazione, alla nomina dei liquidatori e alla modificazione dell'oggetto sociale.

Relativamente alle "particolari condizioni" cui subordinare il diritto di voto, si ripete, l'unico limite espressamente previsto dal legislatore è che queste non siano meramente potestative.

La condizione meramente potestativa è contemplata dal legislatore all'art. 1355 c.c. ai sensi del quale: "E' nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, del debitore".

Secondo autorevole dottrina⁴⁸ è meramente potestativa la condizione quando una delle parti "può decidere direttamente in ordine al contratto facendo dipendere la sua efficacia o risoluzione dalla semplice manifestazione di volontà della parte", ossia dall'arbitrio della medesima.

Sarà pertanto nulla la condizione che subordina l'esercizio del diritto di voto all'arbitrio degli organi cui è affidato il compito di verificare l'avveramento della condizione.

Secondo l'orientamento maggioritario la previsione di una condizione meramente potestativa non potrà che essere sanzionata con l'attribuzione, al socio di categoria, del diritto di voto.

Ulteriori limiti alle condizioni in oggetto derivano dai principi generali e pertanto:

- l'evento dedotto in condizione dovrà essere possibile, lecito, futuro ed incerto;
- l'evento dovrà essere costituito da un fatto o da un atto, interno o esterno alla società stessa, determinato in modo specifico nello statuto.

L'evento condizionante potrebbe anche riguardare una particolare qualità del socio; in tal caso il suo avveramento potrà determinare l'estinzione definitiva della limitazione del voto e la conversione automatica della quota di categoria speciale in quota ordinaria.

Potrebbe configurarsi anche il c.d. "voto intermittente" che si verifica quando la quota di categoria attribuisce il diritto di voto solo al raggiungimento di un determinato importo di fatturato, di utile o di patrimonio netto; in questo caso il socio avrà diritto di voto ad intermittenza, ossia tutte e solo quelle volte che detto importo sarà raggiunto.

⁴⁸ BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, 547.

Le condizioni in oggetto sono solitamente sospensive; tuttavia, per un orientamento, non sussistono ragioni ostative alla previsione di una condizione risolutiva; ciò implica che il diritto di voto è inizialmente pieno o limitato e il verificarsi della condizione potrà comportare la privazione totale, la limitazione o una maggior compressione rispetto a quella originariamente prevista.

L'ampiezza dell'art. 26, comma terzo, della normativa in commento è tale da ritenere ammissibile anche il voto capitario o per teste.

La dottrina ante riforma, in materia di società per azioni, negava la legittimità del voto capitario argomentando da una incompatibilità tipologica con la causa lucrativa.

Oggi, tuttavia, la dottrina maggioritaria ammette il voto capitario.

Il diritto di voto, infatti, non può più essere considerato un elemento indefettibile della partecipazione sociale e, la possibilità di escluderlo totalmente (art. 26, comma terzo, D.L. in commento) non può che confermare l'ammissibilità di limitarlo sino alla fattispecie del c.d. "voto capitario".

In forza di una simile previsione statutaria ciascun socio potrà esercitare un unico voto, a prescindere dalla quota di capitale posseduta.

2.8. Operazioni su quote proprie⁴⁹

Rilevante eccezione, in deroga al divieto di cui all'art. 2474 c.c., è la possibilità riconosciuta alle *Start Up innovative*, costituite in forma di società a responsabilità limitata, di compiere operazioni sulle proprie partecipazioni qualora queste siano effettuate in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l'assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell'organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionali.

La norma in oggetto è più ampia di quella di cui all'art. 2358 c.c., tuttavia, secondo la dottrina prevalente è necessaria l'integrazione analogica⁵⁰ con la disciplina ivi prescritta in tema di Spa.

Pertanto, le operazioni su quote proprie non potranno eccedere gli utili distribuibili e le riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato; contestualmente dovrà essere iscritta al passivo del bilancio una riserva indisponibile di pari importo.

3. Emissione di strumenti finanziari⁵¹

L'atto costitutivo delle società di cui all'articolo 25, comma secondo, e degli incubatori certificati di cui all'articolo 25, comma quinto, può altresì prevedere, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, l'emissione di strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o

⁴⁹ cfr. esempio atto n. 2, punto 2; esempio atto n.5, punto 3.

⁵⁰ cfr. esempio atto n.5, punto 4.

⁵¹ cfr. esempio atto n. 3, punto 2; esempio atto n.5, punti 2 e 3.

anche di diritti amministrativi, escluso il voto nelle decisioni dei soci ai sensi degli articoli 2479 e 2479-bis del codice civile.

Parte della dottrina ritiene che la sottoscrizione degli strumenti finanziari partecipativi sia subordinata al rispetto dell'art. 2483, comma secondo, c.c. dettato per i "titoli di debito" e pertanto, fuori dai casi espressamente consentiti dalla normativa di cui al D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, detti strumenti non potranno che essere sottoscritti da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale.

L'innovazione normativa, seppur di grande portata per le società a responsabilità limitata con qualifica di *Start Up*, non prevede una dettagliata disciplina per l'emissione di detti strumenti.

Come detto in precedenza, la lacuna normativa non può che essere colmata attraverso l'applicazione analogica delle norme dettate in materia di società per azioni.

Il legislatore delle *Start Up innovative*, concedendo anche alle società a responsabilità limitata la facoltà di emettere detti strumenti, ha proseguito il processo di affievolimento della *summa divisio* tra l'azionista – socio e l'obbligazionista – creditore; oggi la partecipazione alle vicende che investono la vita della società non presuppone necessariamente l'acquisto della qualità di socio, ma può derivare anche dalla titolarità di strumenti finanziari.

L'art. 26, comma settimo, del D.L. in commento indica genericamente il rapporto di sinallagmaticità tra l'apporto del socio o del terzo e l'emissione in suo favore dei citati strumenti finanziari.

L'apporto può avere ad oggetto sia entità astrattamente imputabili a capitale che non, e, tale genericità facilita la società nel reperimento di risorse economiche presso il mercato.

Sono pertanto idonei beni quali il denaro, crediti, prestazioni di opere e servizi, obblighi di natura contrattuale, obblighi di non fare, il know how ed ogni altra entità suscettibile di valutazione economica che possa essere utile alla società.

Appare quindi importante, in questa sede, la qualificazione di tali apporti, e precisamente se tali apporti, a fronte dell'emissione di strumenti finanziari, determinino una provvista di capitale di credito ovvero una provvista di capitale di rischio.

In particolare, il legislatore delle *Start Up innovative* ha previsto esplicitamente la possibilità che gli strumenti finanziari possano essere emessi anche a seguito dell'apporto da parte di soci o di terzi di opere o servizi.

E' necessario a tal riguardo qualificare se l'apporto di opere e servizi si configuri quale apporto destinato a capitale di rischio o di credito, per la conseguente disciplina applicabile.

Infatti, se qualificato come capitale di credito, l'apporto non verrà contabilizzato nella voce capitale sociale del bilancio e non si renderanno applicabili nè i limiti, né l'adempimento degli obblighi posti a tutela dell'effettività del capitale sociale.

Esemplificando, a rigore, non sarà necessaria alcuna perizia di stima a norma dell'art. 2465 c.c., per il caso di apporti aventi ad oggetto beni diversi dal denaro e, non sarà richiesta la fidejussione bancaria (o la polizza assicurativa) nel caso in cui l'apporto abbia ad oggetto una prestazione di opera o servizi.

Discussa è in dottrina, invece, quale sia la voce di bilancio cui contabilizzare gli apporti in commento.

Secondo una prima tesi il rapporto intercorrente tra società e titolari degli strumenti finanziari è da qualificare come finanziamento verso la società e pertanto l'apporto deve essere iscritto nel passivo reale dello stato patrimoniale;

- secondo un diverso orientamento⁵² l'apporto dovrebbe essere iscritto nel patrimonio netto della società in una apposita riserva indisponibile;
- secondo un ulteriore orientamento questo tipo di apporto realizza, per la Srl, una fattispecie di conferimento tipico, ai sensi dell'articolo 2464 comma 6 c.c., comportando l'iscrizione nell'attivo patrimoniale della società conferitaria a fronte di un corrispondente aumento di capitale.

In conclusione, come si evince dalla Relazione Illustrativa al D.L. 179/2012, e come risulta altresì dalla Circolare n. 11/2013 dell'ASSONIME, solo nella Srl l'apporto delle predette prestazioni (opera e servizi), potrà avvenire o nelle forme di un conferimento tipico a capitale sociale, ai sensi dell'art. 2464, comma sesto, c.c. o quale apporto a fronte di emissione di strumenti finanziari partecipativi, non imputabile a capitale.

In tale ultima ipotesi, il legislatore ha pertanto consentito la diffusione di *work-for-equity* attraverso l'assegnazione di strumenti finanziari partecipativi anche alle imprese *start up* innovative costituite nella forma delle Srl.

Da quanto sopra esposto emerge altresì la possibilità di trasformare una società per azioni che ha emesso strumenti finanziari in una *Start Up innovativa* Srl, purchè sussistano gli ulteriori requisiti prescritti dal D.L. 179/2012.

⁵² MAGLIULO, *Le categorie di azioni e gli strumenti finanziari della nuova società per azioni*, 28 ss.

3.1. Disciplina di emissione

La formula usata dal legislatore della novella è molto ampia e, pertanto, come sopra precisato, non solo la natura dei beni apportabili in società, ma anche il regolamento sull'emissione degli strumenti finanziari e le loro caratteristiche saranno determinate dallo statuto della società.

Pertanto, l'intero rapporto instaurato tra società e titolare dello strumento finanziario sarà regolato dallo statuto sociale, fermo restando che l'autonomia sociale non potrà mai spingersi ad attribuire all'apportante la qualità di socio.

Nella sinteticità della norma non è dato riscontrare nemmeno quale sia l'organo competente all'emissione degli strumenti finanziari in oggetto.

E' tuttavia necessario che lo statuto preveda la possibilità di emettere simili strumenti.

Una prima tesi attribuisce all'assemblea dei soci la competenza in oggetto, ferma restando la possibilità che lo statuto indichi i caratteri degli strumenti finanziari che possono essere emessi dalla società, delegando al consiglio di amministrazione gli aspetti dell'emissione relativi all' *an* e al *quantum*. In tale ipotesi si ritiene che la delega al c.d.a. debba essere determinata e specifica, specie in merito ai limiti di tempo e al massimo importo di emissione degli strumenti.

Pare quindi sempre necessaria una previa decisione dell'assemblea dei soci, soprattutto perché gli strumenti finanziari partecipativi sono dotati di diritti patrimoniali e/o amministrativi che assumono rilievo sotto il profilo endosocietario.

Altro orientamento, contrariamente, attribuisce la competenza per l'emissione di detti titoli all'organo amministrativo.

Pare quindi opportuno porre fine all'incertezza interpretativa mediante una espressa previsione statutaria che individui l'organo competente all'emissione degli strumenti finanziari partecipativi.

L'art. 26, comma settimo, del D.L. in oggetto, stabilisce che gli strumenti finanziari partecipativi devono essere dotati di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi.

La determinazione di questi diritti è affidata allo statuto.

Visto il divieto di distribuire gli utili di cui all'art. 25, comma secondo, lettera e) del citato D.L., non pare legittima l'emissione di strumenti finanziari che attribuiscono un diritto agli utili.

Tuttavia, in alternativa al diritto agli utili, si potrebbe ipotizzare l'assegnazione di un diritto di prelazione sull'acquisto di quote sociali o, un diritto di conversione degli strumenti finanziari in quote di futura emissione.

Tra i diritti patrimoniali è possibile prevedere la restituzione dell'apporto, anche parziale.

La dottrina afferma che se l'oggetto dell'apporto è il denaro o un bene in natura, all'apportante potrà essere riconosciuto il diritto alla restituzione dell'apporto, allo scioglimento della società.

Se invece l'apporto sia costituito da prestazioni di opera o servizi, per questo orientamento, l'apportante non potrà pretendere alcuna restituzione, che altrimenti si tradurrebbe in una duplicazione del corrispettivo già riconosciuto al medesimo.

Potrebbe inoltre essere attribuita ai titolari degli strumenti finanziari il diritto ad ottenere la liquidazione anticipata dell'apporto, qualora esista il diritto alla restituzione dello stesso.

Fortemente limitata è anche l'individuazione dei diritti amministrativi che possono essere assegnati ai titolari di detti strumenti; infatti, l'articolo in commento vieta l'emissione di strumenti finanziari forniti del diritto di voto nelle decisioni che spettano ai soci ai sensi degli artt. 2479 e 2479 – bis del codice civile.

Tra i diritti amministrativi si potrebbe assegnare il diritto di intervento nell'assemblea generale dei soci o i diritti di informazioni sulla gestione sociale (ad esempio quello di consultare i libri sociali).

Lo statuto dovrà inoltre regolare la circolazione degli strumenti finanziari, fermo restando il disposto dell'art. 2483, comma secondo, c.c.

Sarà sempre l'autonomia statutaria a dover disciplinare e prevedere le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni cui si sono obbligati i titolari degli strumenti finanziari.

Tra i possibili rimedi, in caso di inadempimento, si potrà prevedere la risoluzione del rapporto contrattuale sottostante all'emissione degli strumenti e la sospensione dei diritti amministrativi così attribuiti.

4. Obsolescenza delle clausole aliene

Le clausole da inserire nello statuto sociale per disciplinare quanto previsto dall'art. 26 del D.L. 179/2012 e seguenti sono eventuali e facoltative;

tali clausole sono inoltre transitorie poiché durano sino a che non viene cancellata l'iscrizione nella sezione speciale del Registro Imprese e comunque non oltre i prescritti quattro anni.

Tuttavia, si precisa, che i rapporti societari e quelli di finanziamento partecipativo, instaurati in forza di tali clausole, mantengono efficacia limitatamente alle quote di partecipazione già sottoscritte ed agli strumenti finanziari partecipativi già emessi, a prescindere dalla perdita della qualifica di *Start Up innovativa*.

Come tecnica redazionale, al fine di evitare modifiche statutarie, per le clausole speciali e aliene, sarebbe opportuno prevederne nello statuto sociale, l'obsolescenza programmata, in conformità alle normative vigenti.

5. Conclusioni

Il dato più interessante che emerge dall'analisi della normativa prevista per le *Start Up innovative* nella forma di Srl e' la transizione verso modelli che consentono ricerca di investimento diffuso.

Se ciò si evidenzia particolarmente nella previsione di emissione di strumenti finanziari e nella possibilità di raccolta del capitale diffuso attraverso portali online (inequivocabili strumenti di "crowdfunding") la disciplina delle quote oggettivate e categorizzate delinea una più sofisticata diversificazione dell'esigenza di attirare anche piccoli investimenti, senza dover necessariamente condividere la gestione e le scelte decisionali, considerata, la ristretta compagine associativa tipica della Srl.

capitolo 4

***Il nuovo regime
fiscale dei piani di
stock option
per le Start Up
innovative***

1. Premesse

L'art. 27 del D.L. 179/2012 introduce un regime fiscale e contributivo di favore per i piani di incentivazione basati sull'assegnazione di «strumenti finanziari» (azioni, quote, strumenti finanziari partecipativi) ad amministratori, dipendenti e collaboratori continuativi delle *Start Up innovative* (piani di stock options). Il reddito derivante dall'attribuzione di questi strumenti finanziari non concorre alla formazione della base imponibile, sia a fini fiscali che contributivi.

Tale disposizione agevolativa è strettamente connessa ad altre opportunità fornite dal citato decreto per le *Start Up innovative*, quali:

- **Art. 26: Deroga al diritto societario:** che permette alle *Start Up innovative* di utilizzare istituti ammessi solo nelle Spa; in particolare la libera determinazione dei diritti attribuiti ai soci o l'emissione di strumenti finanziari partecipativi e compiere operazioni sulle proprie partecipazioni (in deroga al divieto assoluto per le srl);
- **Art. 29: Incentivi all'investimento in *Start Up innovative*:** trattati in altra parte del presente lavoro;
- **Art. 30 Raccolta di capitali di rischio tramite portali online (cd. *crowdfunding*):** che prevede per le *Start Up innovative* la possibilità di raccogliere capitale di rischio attraverso portali online, avviando una modalità innovativa di raccolta diffusa di capitale (*crowdfunding*). La vigilanza é affidata alla Consob, che in data 26/06/2013 ha adottato un nuovo regolamento.

2. I piani d'incentivazione dei manager: le stock option

2.1 Le stock option, profili economici

Prima di affrontare i suddetti profili fiscali risulta opportuno, seppur brevemente, descrivere i profili economici e i profili societari delle *stock option*.

L'espressione anglosassone *stock option* può essere utilizzata nel suo significato "tecnico" oppure in un senso più ampio e atecnico.

Nella prima accezione con tale espressione si intende un'opzione:

- avente ad oggetto l'acquisto (o la sottoscrizione) a titolo oneroso di azioni o strumenti finanziari ad un prezzo predeterminato (cosiddetto *strike price*);
- esercitabile in un lasso di tempo generalmente medio-lungo (cosiddetto *vesting period*).

In base ad un'operazione così strutturata:

- ai beneficiari del piano di *stock option* non è richiesto un esborso finanziario immediato; tale esborso si verificherà soltanto quando gli stessi decideranno di esercitare l'opzione acquistando le azioni o gli strumenti finanziari oggetto dell'offerta;
- i beneficiari decideranno di esercitare l'opzione soltanto nel momento in cui il valore di mercato (valore di quotazione, nella generalità dei casi) dei titoli acquistabili sia superiore al prezzo di esercizio (*strike price*) dell'opzione stessa: soltanto in questo caso, infatti, vi sarà la certezza di conseguire un *capital gain* attraverso la successiva cessione delle azioni o strumenti finanziari acquistate/sottoscritte esercitando l'opzione.

La prassi societaria anglosassone, oltre alle *stock option* propriamente dette, conosce altre due operazioni per alcuni versi simili: le *stock granting* e i cosiddetti ESOP (*equity stock option plans* o *employers stock options plans*)⁵³.

Anche nella prassi societaria e finanziaria italiana si è soliti utilizzare l'espressione *stock option* in senso atecnico.

In particolare, in Italia con questa espressione ci si riferisce:

- sia all'ipotesi tipica, consistente in un piano che attribuisce a determinati soggetti (generalmente i dipendenti e i *managers*) opzioni aventi ad oggetto l'acquisizione (acquisto/sottoscrizione) di azioni di una determinata società;
- sia, più in generale, ad altre operazioni che realizzano lo stesso risultato finale di favorire l'ingresso nella compagine sociale a condizioni vantaggiose di soggetti (i dipendenti e i *managers*) diversi dagli attuali soci.

In questa seconda categoria di operazioni rientrano:

- l'assegnazione straordinaria di utili ai dipendenti attraverso l'imputazione di tali utili a capitale e la conseguente emissione di azioni da attribuire individualmente ai dipendenti stessi (articolo 2349 c.c.);
 - l'offerta in sottoscrizione ai dipendenti di azioni emesse in occasione di un aumento di capitale a pagamento (articolo 2441, ottavo comma, c.c.);

⁵³ Nel primo caso si tratta di azioni assegnate a titolo gratuito.

Nel secondo caso si tratta, invece, di operazioni più complesse che, utilizzate con la finalità di facilitare l'acquisizione delle azioni di una società da parte dei suoi dipendenti, sono strutturate come segue:

- una banca fornisce un finanziamento ad un *Trust* a favore dei dipendenti;
- il *Trust* utilizza il finanziamento ottenuto per acquistare azioni della società, che risultano quindi intestate al *Trust* medesimo;
- successivamente il *Trust* rimborsa il finanziamento bancario utilizzando le risorse finanziarie derivanti dai dividendi incassati sulle azioni acquistate;
- una volta estinto il finanziamento il *Trust* assegna le azioni ai dipendenti in proporzione ai versamenti (dividendi) a loro imputabili.

- la vendita (o l'attribuzione a titolo gratuito) ai dipendenti di azioni proprie e/o di azioni della società controllante, delle società controllate o di società consociate (controllate dalla stessa società che controlla la società datrice di lavoro) ex art. 2357 c.c..

2.1.1 Vesting period

Nell'ambito di uno *stock option plan*, coerentemente con la funzione di incentivo di lungo termine di tale strumento, l'esercizio delle opzioni assegnate ai dipendenti non è consentito prima di un determinato periodo di tempo (c.d. *vesting period*). In particolare l'impresa può prevedere che tutte le opzioni assegnate possono avere la stessa durata, ovvero può essere stabilita una maturazione progressiva a scadenze periodiche.

Il *vesting period* potrebbe essere prefissato anche in funzione di determinati obiettivi di performance raggiunte: il tal caso, le opzioni assegnate matureranno solo nel momento in cui il dipendente avrà raggiunto tali obiettivi. Ciò premesso, si osserva come generalmente si prevede un *vesting period* pluriennale così da allineare, come detto, gli interessi del management con quello degli azionisti al fine di incrementare il valore dell'azionariato dell'impresa.

2.1.2 Il periodo d'esercizio (*Strike Price*)

A seguito della maturazione dell'opzione, trascorso il *vesting period*, lo *stock option plan* può prevedere un periodo obbligatorio entro il quale il dipendente deve necessariamente esercitare l'opzione ricevuta; trascorso tale periodo, le opzioni assegnate non potranno più essere esercitate.

Pertanto, maggiore risulta essere tale periodo di attesa, maggiori saranno le possibilità che il dipendente possa ritrovarsi ad avere dei titoli con un valore superiore allo *strike price*; viceversa, a fronte di un periodo di esercizio particolarmente breve, aumentando i rischi per il dipendente stesso.

Alcune clausole, spesso utilizzate nella prassi statunitense, prevedono che le opzioni devono essere esercitate al momento della cessione del contratto di lavoro, cosicché il dipendente non possa beneficiare degli incrementi di valore ad opera dei dipendenti che vi subentrano (c.d. clausola di *acceleration*).

Tale clausola, da una parte è volta a dissuadere il dipendente ad interrompere il proprio rapporto di lavoro, dall'altra a tutelare l'esercizio anticipato dell'operazione in caso di specie vicende soggettive del dipendente, quali malattie, inabilità ecc.

2.1.3 Holding period

Un piano di *stock option* può altresì prevedere dei vincoli relativi ai momenti successivi all'esercizio dell'opzione, ossia nel momento in cui le azioni e/o strumenti finanziari sono ormai

state assegnate. Infatti, seppur spesso tali restrizioni non vengano previste (con la conseguenza che i dipendenti hanno la facoltà di rivendere le proprie azioni in qualsiasi momento), è possibile che tali clausole vengano inserite stabilendo, ad esempio, dei vincoli temporali alla vendita delle stesse. La restrizione maggiormente utilizzata in tal senso è l'obbligo, posto dall'impresa, di detenere le azioni assegnate per un minimo periodo temporale (cd. *holding period*), così da rafforzare il ruolo incentivante del piano adottato.

Una seconda tipologia di motivazione può essere quella di voler limitare il rischio di grosse vendite simultanee, così da limitare i rischi di eventuali ribassi borsistici; tale rischio, oltre ad essere proporzionale al numero di azioni possedute dai dipendenti, risulta influenzato anche dal prezzo di esercizio stabilito, in quanto maggiore risulta la differenza tra il prezzo di esercizio e il valore di mercato delle azioni più alto è l'incentivo, per i dipendenti, di smobilizzare immediatamente l'investimento.

2.2 Profili societari

L'azionariato ai dipendenti con il quale, come accennato, può configurarsi la disciplina dei piani di stock option, è disciplinato dal nostro ordinamento agli artt. 2349 e 2441, comma 8 del Codice Civile. In sintesi:

- l'art. 2349 prevede l'assegnazione, in via straordinaria, di utili ai prestatori di lavoro mediante un'attribuzione gratuita di azioni di nuova emissione;
- il comma 8, dell'art. 2441, invece, consente all'impresa di offrire — ai medesimi soggetti, ma questa volta a pagamento — diritti di opzione per l'acquisto di titoli partecipativi dell'impresa stessa.

Accanto a tali disposizioni possono collocarsi altri istituti civilistici che, seppur non direttamente collegati con l'azionariato dei dipendenti, possono essere utilizzati per favorire la diffusione di partecipazioni ai lavoratori. In primo luogo, è possibile richiamare:

- l'art. 2357 del Codice Civile in materia di acquisto di azioni proprie da parte delle società, al fine di devolvere ai dipendenti azioni proprie acquistate sul mercato.
- l'art. 2358, comma 3), che consente alla società di accordare prestiti, nonché fornire garanzie, ai prestatori di lavoro per l'acquisto di azioni proprie (sempre nel limite, tuttavia, degli utili distribuiti e delle riserve disponibili in base all'ultimo bilancio approvato).

2.2.1 Emissione di azioni a titolo gratuito (art. 2349 c.c.)

Come accennato, l'art. 2349 cc. prevede la possibilità per la società di deliberare un'assegnazione, mediante delibera dell'assemblea straordinaria, di utili ai prestatori di lavoro attraverso l'emissione,

per un ammontare corrispondente agli utili stessi e con contestuale aumento del capitale sociale, di speciali categorie di azioni. In altri termini, tali piani costituiscono un atto di liberalità verso i dipendenti e, pertanto, non rispondono ad un'esigenza di ricapitalizzazione dell'impresa, bensì possono essere realizzati al fine di incentivare i dipendenti ad un aumento della produttività. Ad ogni modo va premesso che, accogliendo un'interpretazione restrittiva della nozione di “*piani di stock option*”, l'emissione di azioni ai dipendenti a titolo gratuito non sembrerebbe rientrare in tale categoria, in quanto oggetto dell'art. 2349 cc. sono soltanto le azioni assegnate immediatamente ai dipendenti; di conseguenza, verrebbe a mancare un requisito fondamentale che caratterizza i piani di *stock option*, ossia la presenza del cd. *vesting period* fra la data della deliberazione dello stesso piano e la data di facoltà di acquisto delle azioni. Da un punto di vista procedurale, l'assemblea straordinaria può deliberare essa stessa l'aumento di capitale necessario, rimettendo al consiglio di amministrazione di stabilire le modalità di attuazione del piano, ovvero può deliberare l'importo massimo degli utili da distribuire, attribuendo al consiglio di amministrazione (con apposita modifica dell'atto costitutivo), ai sensi dell'art. 2443, la facoltà di deliberare, in una o più volte e per una durata massima fino a cinque anni, l'aumento gratuito di capitale. A seguito di tale aumento la società dovrà rideterminare il valore unitario delle azioni in quanto si avrà, necessariamente, un decremento delle stesse.

L'atto costitutivo, ovvero la delibera di ammissione, stabilisce liberamente i diritti spettanti ai lavoratori azionisti.

2.2.2. Emissione di azioni a pagamento (art. 2441, comma 8, c.c.)

L'assemblea straordinaria può deliberare l'emissione di nuove azioni a pagamento offrendole, ai sensi dell'art. 2441, comma 8, c.c., ai dipendenti della società con esclusione del diritto di opzione per gli azionisti ordinari. Tale disposizione, pertanto, si distingue nettamente dalla disciplina ex art. 2349 c.c. in quanto l'aumento di capitale sociale avviene a fronte di azioni pagate dai dipendenti, e non assegnate a titolo gratuito.

Nella sostanza, l'azionariato a pagamento può essere equiparato ad un contratto a titolo oneroso (in quanto a fronte di un trasferimento di azioni vi è un effettivo esborso di denaro da parte del beneficiario) nonché di natura unilaterale in quanto i beneficiari non possono in alcun modo influire sulla determinazione del contenuto e delle condizioni dei piani.

In particolare, si osserva che solo i piani di azionariato redatti ai sensi dell'art. 2441, comma 8 c.c. possono configurarsi come veri e propri piani di *stock option*, in quanto risultano gli unici che ne riprendono tutte le caratteristiche essenziali. Nella prassi, infatti, nei piani redatti in conformità della disciplina in parola, vengono attribuite delle opzioni ai lavoratori dipendenti mediante le quali

questi ultimi hanno la facoltà di acquistare, ad una scadenza prefissata, un determinato numero di azioni. Pertanto, tra la data di assegnazione delle opzioni e quella dell'esercizio delle medesime, intercorre un predeterminato lasso temporale (*vesting period*).

Relativamente ai quorum costitutivi, nonché deliberativi, dell'assemblea straordinaria si osserva che:

- fino ad 1/4 delle azioni di nuova emissione, l'assemblea straordinaria delibera con le maggioranze normalmente previste;
- oltre 1/4 delle azioni di nuova emissione, la delibera deve essere approvata da oltre la metà del capitale sociale, anche in seconda e successive (qualora lo statuto ne preveda) convocazioni.

Carattere particolarmente distintivo della normativa in parola è dato dalla possibilità di escludere dal diritto di opzione gli azionisti ordinari; in tal modo si è voluta stabilire una sorta di presunzione legale di rispondenza all'interesse sociale del sacrificio del diritto di opzione a favore dei dipendenti. Ulteriore elemento distintivo è rappresentato dal fatto che le azioni possono essere emesse anche senza sovrapprezzo, ovvero con un sovrapprezzo inferiore a quello da stabilirsi nelle altre ipotesi di esclusione del diritto d'opzione. In ogni caso, in virtù dell'art. 2346 c.c., comma 5, il valore dei conferimenti non può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale; pertanto, il prezzo di acquisto delle azioni da parte dei dipendenti, nella migliore delle ipotesi, corrisponderà al valore nominale delle azioni.

2.2.3. Assegnazione di azioni già esistenti (art. 2357 e 2358 c.c.)

Come già evidenziato, l'assemblea può deliberare un acquisto di proprie azioni sul mercato e successivamente cederle, a titolo gratuito ovvero a pagamento, ai dipendenti propri o di società controllanti o controllate. Tra le agevolazioni offerte ai dipendenti per favorire l'acquisto di azioni si annoverano, ad esempio, l'offerta di mutui a tassi agevolati accessi presso istituti di credito, anticipi sul TFR, dilazioni, sempre a tasso agevolato, mediante trattenute sullo stipendio.

In particolare, si osserva come tale tipologia di azionariato si distingua dalle altre in quanto riguarda azioni già in circolazione e non azioni di nuova emissione trovando applicazione, pertanto, il regime in materia di acquisto di azioni proprie contenuto agli artt. 2357 e ss. c.c.

Il comma 3 dell'art. 2358, in deroga al divieto di accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie (di cui ai due commi precedenti del medesimo articolo) dispone che la società può accordare prestiti o fornire garanzie per favorire l'acquisto di azioni da parte di dipendenti della società stessa o di quelli di società controllanti o controllati, nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili.

2.2.4 Piani di azionariato a soggetti non dipendenti

Come sarà analizzato nel prosieguo, l'art. 27, 4 comma del citato decreto regola per la prima volta, seppur soltanto per gli aspetti fiscali, la partecipazione ai piani di stock option di soggetti diversi dai dipendenti, estendendo il regime premiale anche ai consulenti: *“azioni, quote e strumenti finanziari partecipativi emessi a fronte dell'apporto di opere e servizi resi in favore di Start Up innovative o di incubatori certificati, ovvero di crediti maturati a seguito della prestazione di opere e servizi, ivi inclusi quelli professionali, resi nei confronti degli stessi non concorrono alla formazione del reddito complessivo del soggetto che effettua l'apporto (...)”*.

Prima di tale norma, l'unico articolo del c.c. che regolava (e regola) le assegnazioni di azioni diverse dai dipendenti era l'art. 2389, comma 2 del c.c.: con riferimento ai soli compensi degli amministratori e dei membri del comitato esecutivo, questi possono essere costituiti in tutto o in parte da partecipazione agli utili o all'attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo predeterminato azioni di futura emissione.

Alla luce della citata norma, tre sembrerebbero le modalità operative attraverso le quali la società può attribuire azioni a soggetti non dipendenti:

- aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione (art. 2441, commi 5 e 6 c.c.). Il diritto di opzione per i soci ordinari può, infatti, essere escluso quando ricorre un particolare interesse sociale;
- partecipazione agli utili agli amministratori (art. 2432 c.c.). In tal caso, l'assegnazione di una quota di utili con cessione gratuita di azioni deve rispettare le disposizioni previste in materia di determinazione dei compensi degli amministratori, ossia non deve eccedere, ai sensi dell'art. 2389 c.c., gli utili netti risultanti dal bilancio, dedotta la quota da destinarsi a riserva legale. Ad ogni modo, gli utili destinati agli amministratori devono coprire il valore nominale delle azioni, nonché il relativo sovrapprezzo;
- vendita di azioni proprie, ovvero di società appartenenti al gruppo (art. 2357 c.c.). Anche in tal caso valgono le medesime regole in materia di compenso agli amministratori ex art. 2389 c.c.

3 Il nuovo regime fiscale

Il nuovo regime, previsto dall'art. 27 del D.L. 179/2012, consiste nell'esenzione Irpef e contributiva per i redditi di lavoro derivanti dall'assegnazione, da parte delle *Start Up innovative* e degli incubatori certificati, ai propri amministratori, dipendenti o collaboratori continuativi di «strumenti finanziari» o di ogni diritto o incentivo che preveda l'attribuzione di strumenti finanziari o diritti similari, nonché dall'esercizio di diritti di opzione attribuiti per l'acquisto di tali strumenti finanziari.

Ulteriore condizione richiesta, pena la perdita del beneficio, è che gli strumenti finanziari o diritti non siano riacquistati dalla Start Up innovativa o dall'incubatore certificato, dalla società emittente o da qualsiasi soggetto che direttamente controlla o è controllato dalla Start Up innovativa o dall'incubatore certificato, ovvero è controllato dallo stesso soggetto che controlla la Start Up innovativa o l'incubatore certificato. Questo limita molto la possibilità di “monetizzare” l’incentivo assegnato in quanto viene impedito di attuare uno degli schemi tipici nei piani d’incentivazione di società non quotate, nei quali è proprio la società emittente (o appartenente al gruppo) che si impegna ad acquistare gli strumenti finanziari emessi entro un determinato periodo.

Si ritiene, inoltre, che tale divieto operi *sine die*, cioè anche decorso il termine quadriennale dalla data di costituzione, così come in modo simmetrico si dovrebbe mantenere l’agevolazione (*sine die*) anche per gli strumenti finanziari emessi dalle Start Up innovative e/o dagli incubatori durante il periodo d’efficacia del regime⁵⁴.

La citata Relazione Governativa qualifica questo divieto come norma volta ad evitare fini meramente elusivi dell’esenzione.

Qualora gli strumenti finanziari o i diritti siano ceduti in contrasto con tale disposizione, il reddito di lavoro che non ha previamente concorso alla formazione del reddito imponibile dei suddetti soggetti è assoggettato a tassazione nel periodo d'imposta in cui avviene la cessione. Stante il tenore letterale della norma non sarebbero previste sanzioni né interessi.

Il motivo di tale esclusione di sanzioni ed interessi consiste nel fatto che ove detta cessione intervenga, ai sensi dell’ultimo periodo del comma 1° dell’art. 27 in commento “il reddito di lavoro che non ha previamente concorso alla formazione del reddito imponibile dei suddetti soggetti è assoggettato a tassazione nel periodo d’imposta in cui avviene la cessione.”

Quanto sopra, con evidenti effetti ai fini della progressività delle aliquote.

In altre parole, per effetto della eventuale variazione delle aliquote marginali, si potrebbe avere, in caso di detta cessione, un effetto impositivo superiore al beneficio originariamente ottenuto, oppure il mantenimento di un parziale beneficio.

⁵⁴ Dello stesso parere anche l’Assonime, nella circolare 11/2013 (pg. 65): “La cessazione del regime in esame – per decorso, per esempio del predetto termine quadriennale – comporta, dunque, per le Start Up innovative, che non saranno più agevolate le assegnazioni di strumenti finanziari. Per le assegnazioni già avviate durante l’efficacia del regime in parola, sembrerebbe doversi ritenere, viceversa, che la disciplina agevolativa resti in piedi nella sua interezza, nel senso che, da un lato, i lavoratori assegnatari degli strumenti finanziari continueranno a fruire della relativa esenzione e, dall’altro lato, che continuerà a trovare applicazione, per esempio, il recupero dell’agevolazione in caso di cessione dei medesimi strumenti finanziari in favore dei soggetti di cui all’art. 27, comma 1, del decreto legge n. 179/2012.”

3.1 Soggetti destinatari dei piani d'incentivazione

L'agevolazione si applica ai seguenti soggetti che prestano la propria attività lavorativa a favore delle *Start Up innovative* e degli incubatori certificati:

- amministratori;
- dipendenti: dovrebbe ricomprendere tutte le forme previste dall'ordinamento riferite a rapporti di lavoro dipendente. La relazione governativa al Decreto sul punto si esprime nel modo seguente: «*i lavoratori legati da rapporto di lavoro dipendente con la Start Up innovativa o con l'incubatore certificato, anche se a tempo determinato o part time*»;
- collaboratori continuativi. La relazione governativa al Decreto sul punto si esprime in maniera piuttosto ampia: «*vale a dire tutti quegli altri soggetti, ivi inclusi i lavoratori a progetto, il cui reddito viene normalmente qualificato come reddito assimilato a quello di lavoro dipendente ai fini fiscali, diversi dai prestatori di opere e servizi di cui al comma 4 del presente articolo (work for equity)*»
- Soggetti legati da rapporti contrattuali d'opera e servizi, come specificato nel prosieguo.

3.2. Soggetti emittenti i piani d'incentivazione

L'esenzione si applica esclusivamente con riferimento all'attribuzione di azioni, quote, strumenti finanziari partecipativi o diritti emessi con i quali i soggetti suddetti intrattengono il proprio rapporto di lavoro, emessi da:

- dalla *Start Up innovativa*;
- dall'incubatore certificato;
- società direttamente controllate da una *Start Up innovativa* o da un incubatore certificato.

3.3 Strumenti finanziari oggetto del piano d'incentivazione

Ai sensi del combinato disposto dei commi 1 e 2, dell'art 27 del Decreto, l'esenzione si applica esclusivamente con riferimento ai seguenti «strumenti finanziari»:

- azioni;
- quote;
- strumenti finanziari partecipativi;
- ai diritti o incentivi che prevedono l'attribuzione di strumenti finanziari, nonché dall'esercizio di diritti di opzione attribuiti per l'acquisto di tali strumenti finanziari.

Anche su questo punto la Relazione Governativa al Decreto sembra adottare un'interpretazione estensiva *«Tra gli emolumenti premiali oggetto dell'esenzione, devono intendersi ricompresi tutti gli incentivi attribuiti mediante l'assegnazione, a titolo gratuito od oneroso, di azioni, quote, strumenti finanziari partecipativi emessi o diritti assegnati dalle Start Up innovative, ivi inclusi i piani di incentivazione che prevedano (i) la diretta assegnazione di strumenti finanziari (anche sotto forma di c.d. restricted stock), (ii) l'attribuzione di opzioni di sottoscrizione o acquisto di strumenti finanziari, (iii) la promessa di assegnare strumenti finanziari nel futuro (le cd restricted stock unit)».*

3.3.1 Apporto di opere e servizi

Il comma 4 del Decreto estende le agevolazioni sopra richiamate alle emissioni di azioni, quote e strumenti finanziari partecipativi emessi a fronte dell'apporto di opere e servizi resi in favore di *Start Up innovative* o di incubatori certificati, ovvero di crediti maturati a seguito della prestazione di opere e servizi, ivi inclusi quelli professionali, resi nei confronti degli stessi, al momento della loro emissione o al momento in cui è operata la compensazione che tiene luogo del pagamento.

L'agevolazione si estende anche ad apporti di servizi di consulenza remunerati mediante emissione di «strumenti finanziari». La Relazione Governativa giustifica questa estensione nel modo seguente: *«al fine di garantire alle Start Up innovative l'accesso a servizi di consulenza altamente qualificati, ivi compresi quelli professionali, con la disposizione prevista al comma 4, si codifica il regime di non imponibilità degli apporti di opere e servizi già contemplata dall'Agenzia delle Entrate (Circ. 10/E del 16/03/2005) e lo si estende anche all'ipotesi in cui gli apporti abbiano ad oggetto crediti maturati a fronte di opere e servizi resi a favore di suddette imprese».*

3.4 Confronto con la disciplina prevista dall'art. 51, comma 2, lettera g) del TUIR

La disciplina del menzionato art. 27 del D.L. 179/2012 presenta affinità con quella contenuta nell'art. 51 co. 2 lett g) del TUIR, ma da essa si distingue per alcune peculiarità.

Maggiore varietà della tipologia di strumenti finanziari

Mentre il citato art. 51 del TUIR si applica limitatamente alle azioni offerte ai dipendenti, la normativa oggetto della presente trattazione estende il proprio ambito di applicazione agli *"strumenti finanziari o diritti o incentivi che prevedano l'attribuzione di strumenti finanziari o diritti similari, o diritti di opzione attribuiti per l'acquisto di tali strumenti finanziari"*.

Nessuna previsione di limite al valore degli strumenti finanziari

La disciplina relativa ai piani di assegnazione di strumenti finanziari da parte di *Start Up innovative* e di incubatori certificati non prevede alcun limite al valore degli strumenti finanziari o diritti da

assegnare, discostandosi in tal modo dalla disposizione del TUIR secondo la quale tale valore non può eccedere nel periodo di imposta l'importo di 2.065,83 Euro.

Maggior libertà nella scelta dei soggetti assegnatari degli strumenti finanziari

A differenza dell'art. 51 TUIR, che condiziona la spettanza dell'agevolazione fiscale al fatto che l'assegnazione delle azioni sia rivolta alla generalità dei dipendenti, l'art. 27 del D.L. in esame non soltanto amplia la platea dei soggetti destinatari del piano di incentivazione, includendovi, oltre ai dipendenti, anche gli amministratori e i collaboratori continuativi, ma concede altresì all'impresa maggior discrezionalità nella scelta anche di sole determinate categorie di dipendenti, con la possibilità per esempio di incentivare quei lavoratori più coinvolti nei progetti di ricerca della *Start Up innovativa* o dell'incubatore certificato.

Più ristretta platea di soggetti emittenti strumenti finanziari

Rispetto a quanto disposto dall'art.51 TUIR, l'elenco di soggetti emittenti gli strumenti finanziari nella disciplina in esame è più ristretta in quanto include soltanto le *Start Up innovative* e incubatori certificati con cui il soggetto lavoratore intrattiene il rapporto di lavoro, e le società direttamente controllate da una *Start Up innovativa* o da un incubatore certificato.

La disposizione del TUIR ricomprende invece fra le società emittenti anche società che: "*direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa*".

Cessione degli strumenti finanziari

Relativamente al diritto alla cessione degli strumenti finanziari in capo al soggetto percipiente, la normativa in esame presenta caratteristiche diverse.

L'art. 27 del D.L. 179/2012 non menziona alcun limite temporale oltre il quale il lavoratore cui sono stati assegnati gli strumenti finanziari possa procedere alla loro cessione, a differenza dell'art. 51 del TUIR, che prevede il divieto di cessione prima dei tre anni dalla percezione.

Ferma restando la possibilità per il soggetto assegnatario di cedere lo strumento finanziario in qualunque momento, anche immediatamente successivo all'acquisizione, a soggetti terzi, diversi da quelli elencati nel comma 1 dell'art. 27, rimarrebbe da chiarire quali conseguenze si avrebbero qualora il soggetto che ha ricevuto gli strumenti finanziari cedesse gli stessi alla *Start Up innovativa* dopo il decorso dei quattro anni dalla data di costituzione dell'impresa, o in generale in caso di perdita anticipata dei requisiti previsti per la *Start Up innovativa* o l'incubatore certificato ai fini dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. 25 - 32 del D.L. 179/2012.

Sul punto, in attesa di eventuali chiarimenti da parte dell'Amministrazione finanziaria, si riporta l'interpretazione di Assonime, secondo cui la perdita dei requisiti perché un'impresa possa essere qualificata come *Start Up innovativa* o come incubatore certificato esplicherebbe i suoi effetti

soltanto sui piani di assegnazione di strumenti finanziari emessi successivamente alla perdita dei requisiti, senza determinare conseguenze sui titoli emessi in precedenza, sui quali continuerà a valere il regime di irrilevanza fiscale e contributiva previsto nonché la previsione di recupero dell'agevolazione in caso di cessione degli strumenti finanziari in favore dei soggetti di cui all'art. 27 comma 1 del D.L. 179/2012.

Vi è infatti una limitazione soggettiva, all'alienazione degli strumenti, rappresentata dal divieto (*sine die*), previsto dal primo comma dell'art. 27 del Decreto, pena la perdita del beneficio, che gli strumenti finanziari o diritti non siano riacquistati dalla *Start Up innovativa* o dall'incubatore certificato, dalla società emittente o da qualsiasi soggetto che direttamente controlla o è controllato dalla *Start Up innovativa* o dall'incubatore certificato, ovvero è controllato dallo stesso soggetto che controlla la *Start Up innovativa* o l'incubatore certificato.

3.5 Regime ordinario sul *capital gain* prodotto in caso di vendita

L'art. 27 prevede che le plusvalenze realizzate mediante la cessione a titolo oneroso degli strumenti finanziari di cui al presente articolo non godano di alcuna agevolazione e siano assoggettate ai «regimi loro ordinariamente applicabili» (redditi diversi “Capital gain” ex art. 67 D.P.R. 917/86).

Sul punto è opportuno sottolineare come per le assegnazioni di strumenti finanziari a titolo oneroso, la determinazione della plusvalenza tassabile non presenti particolari problematiche, essendo pari alla differenza tra prezzo di realizzo e costo d'acquisto dello strumento, mentre per le assegnazioni a titolo gratuito si pone il tema della corretta individuazione del c.d. “valore fiscale di partenza”.

Come opportunamente sollevato dalla citata circolare Assonime, l'amministrazione finanziaria nella CM n.30/E/2000, nel commentare l'analoga fattispecie delle assegnazioni gratuite alla generalità dei dipendenti, disciplinata dall'art. 51, lettera g) del TUIR, ha sostenuto che in base all'attuale tenore letterale della norma⁵⁵, in caso di assegnazione a titolo gratuito, senza cioè assoggettamento a tassazione della stessa, la plusvalenza si determina sull'intero ammontare incassato in caso di vendita⁵⁶.

Se così fosse, il vantaggio Irpef concesso dal legislatore al momento dell'assegnazione dello strumento finanziario sarebbe parzialmente recuperato dall'assoggettamento ad imposta sostitutiva quale reddito diverso, scontando dunque, non la tassazione progressiva propria della prima

⁵⁵ L'attuale art. 68 del TUIR (che all'epoca della modifica era l'art. 82 del TUIR), prevede che la plusvalenza che costituisce reddito diverso sia costituita dalla differenza tra il corrispettivo percepito “ed il costo od il valore di acquisto assoggettato a tassazione”.

⁵⁶ L'amministrazione finanziaria ha affermato: “in caso di successiva cessione a titolo oneroso delle azioni ricevute, la plusvalenza si determina confrontando il corrispettivo percepito e il valore normale delle azioni al momento dell'assegnazione a condizione che detto valore sia stato assoggettato a tassazione a titolo di lavoro dipendente. Pertanto, il valore normale delle azioni non assoggettato a tassazione al momento dell'assegnazione non può essere scomputato dal corrispettivo di cessione”; con la conseguenza, in quest'ultimo caso, che “l'intero importo del corrispettivo percepito costituisce plusvalenza da assoggettare ad imposta sostitutiva”.

categoria di reddito, bensì quella proporzionale prevista per i redditi diversi. Al riguardo, in questa sede ci limitiamo a segnalare come la predetta scelta legislativa abbia destato forti critiche in dottrina⁵⁷.

4 Regime fiscale (Ires) delle emissioni di strumenti finanziari per società: Start Up innovative e incubatori a fronte dell'apporto di opere o servizi

Di particolare interesse risulta il tema del trattamento fiscale relativo all'emissione di strumenti finanziari a fronte dell'apporto di opere o servizi per il soggetto emittente.

Stabilisce il comma 4 dell'art. 27 del D.L. 179/2012 che *"le azioni, le quote e gli strumenti finanziari partecipativi emessi a fronte dell'apporto di opere e servizi resi in favore di Start Up innovative o di incubatori certificati, ovvero di crediti maturati a seguito della prestazione di opere o servizi non concorrono alla formazione del reddito complessivo del soggetto che effettua l'apporto, anche in deroga all'articolo 9 del TUIR, al momento della loro emissione o al momento in cui è operata la compensazione che tiene luogo del pagamento"*.

Come specificato nella relazione illustrativa al D.L. oggetto della presente trattazione, si tratta di una conferma legislativa di quanto già sostenuto dall'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 10/E del 16/03/2005⁵⁸, in tema di Spa.

A tal proposito è opportuno, infatti, operare un distinguo tra la disciplina fiscale applicabile alle **società per azioni** e quella attribuibile alle **società a responsabilità limitata**.

Il motivo di questa distinzione è da ricercarsi nel divieto assoluto di conferimento di opere o servizi nelle Spa, contenuto nell'articolo 2342, quinto comma, c.c. in ossequio alla Direttiva comunitaria n. 77/91/CEE introdotta nel nostro ordinamento con il D.P.R. n. 30 del 10 febbraio 1986.

Riferendosi in particolare al caso della Spa, viene osservato dall'Agenzia, nella citata circolare 10/E/2005) che a seguito dell'apporto di opere e servizi la società non iscrive alcun valore nel proprio attivo patrimoniale, in quanto l'emissione di strumenti finanziari che deriva dal conferimento non determina alcun incremento di patrimonio netto: ciò proprio in conseguenza del

⁵⁷ Così commenta la citata Circolare Assonime: *"Al riguardo, ci limitiamo solo ad osservare che la predetta scelta legislativa ha destato sin dall'inizio diverse perplessità. In primo luogo, in quanto di fatto priva di efficacia, seppur parzialmente, gli effetti di una disposizione che individua tassativamente le fattispecie che non assumono rilevanza in modo definitivo ai fini della determinazione del reddito di lavoro dipendente; con ciò di fatto limitando la forza incentivante propria dell'art. 51, lett. g), del TUIR. La ripresa a tassazione, seppur a diverso titolo, del valore che non ha inizialmente partecipato alla determinazione del reddito di lavoro dipendente, sembra poi mal conciliarsi con il principio generale cui è informato il sistema tributario secondo il quale le eventuali plusvalenze che, per espressa previsione normativa, non concorrono alla formazione del reddito, assumono rilevanza ai fini della determinazione del costo del relativo asset. Principio che, per esempio, per quanto concerne il reddito di impresa, è espressamente sancito nell'art. 110, comma 1, lett. c), del TUIR."*

⁵⁸ La richiamata Relazione sul punto si esprime nel modo seguente: *"codifica il regime di non imponibilità degli apporti di opere e servizi già contemplata dall'Agenzia delle Entrate (Circ. 10/E del 16/03/2005) e lo (...) estende anche all'ipotesi in cui gli apporti abbiano ad oggetto crediti maturati a fronte di opere e servizi resi a favore di suddette imprese"*.

divieto della imputazione a capitale di opere e servizi, ovvero del divieto di tale tipo di conferimenti nella società per azioni.

Non determinandosi dunque alcuna rilevanza fiscale dei maggiori valori iscritti presso la società conferitaria, non sarebbe giustificato sottoporre a imposizione fiscale il valore normale attribuito agli apporti effettuati.

Sull'argomento si esprime anche Assonime nella sua Circolare n.11/2013, rilevando che nel caso di apporto di opere o servizi in una Spa, il fatto che nel bilancio della conferitaria non venga iscritto il valore della prestazione fa venire meno l'esigenza di tassare tali valori in capo al conferente. Peraltro, l'esclusivo riferimento, nell'articolo 9 TUIR, ai "beni" e ai "crediti", conferma la non applicazione della normativa ai conferimenti di "opere" o "servizi".

Si può concludere pertanto, in riferimento agli apporti di opere o servizi effettuati a favore di una Spa, che da un lato il soggetto che eroga la prestazione non subisce alcuna imposizione fiscale, né al momento dell'ultimazione dell'opera o del servizio, né al momento dell'emissione dello strumento finanziario, ma dall'altro lato la società non ha alcun costo da dedurre, non avendo recepito nel proprio bilancio l'iscrizione di una posta dell'attivo, da imputare poi a conto economico⁵⁹.

4.1 La Start Up innovativa costituita sotto forma di Srl

A diverse considerazioni si giunge in ordine al regime fiscale cui è sottoposta una *Start Up innovativa* costituita sotto forma di Srl che riceva l'apporto di opere o servizi.

Questo tipo di apporto, a differenza di quanto avviene nella Spa, realizza una fattispecie di conferimento tipico, ai sensi dell'articolo 2464 comma 6 c.c., comportando l'iscrizione nell'attivo patrimoniale della società conferitaria a fronte di un corrispondente aumento di capitale.

⁵⁹ Sul punto, risulta degno di nota il contributo dottrinario predisposto dalla Fondazione Aristeia nel documento 69/2007 intitolato *“Profili contabili degli strumenti finanziari ex art. 2346, comma sesto c.c.* In particolare nel documento citato si sostiene che la mancata iscrizione dell'apporto nell'attivo dello stato patrimoniale non sia una conseguenza dell'impossibilità di contabilizzare quale contro partita un incremento del capitale sociale, ma sia dovuta dal *“rischio sotteso all'eventuale mancata esecuzione dell'opera e del servizio. Tuttavia tale divieto non dovrebbe ricorrere laddove, a supporto del valore riconosciuto, vi sia una correlata polizza fideiussoria: in proposito, infatti mutuando quanto previsto dal documento OIC 2 sui patrimoni destinati, per le prestazioni d'opera del terzo apportante, al fine di assicurare la loro effettività e quindi, la loro iscrिवibilità nell'attivo dello stato patrimoniale, deve ritenersi necessaria la garanzia prevista dall'articolo 2464 c.c., comma 6, in tema di conferimento in Srl, ossia la stipula di una polizza di fideiussione. Da ciò allora consegue, che, se a fronte dell'emissione di strumenti partecipativi di rischio, oggetto dell'apporto sia una prestazione d'opera o di servizi suscettibile di valutazione economica ma priva della polizza di cui sopra, ovvero una prestazione non rilevabile nel sistema principale, l'operazione può originare alcuna iscrizione nell'attivo e/o nel passivo dello stato patrimoniale.* Seguendo questo ragionamento, quando l'apporto è garantito dalla polizza, sarà possibile iscrivere lo stesso quale attività immateriale, ovvero quale credito pluriennale, a fronte di una riserva del netto per strumenti partecipativi. Man mano che il titolare degli strumenti eroga la propria prestazione si procederà allo storno dell'immobilizzazione, imputando al conto economico la parte di costo di competenza. Tale teoria risulta peraltro coerente con quanto previsto dall'amministrazione finanziaria, in tema di Srl dalla Risoluzione Ministeriale n. 35/E del 16 marzo 2005, di cui si dirà nel prosieguo della trattazione (paragrafo 4.1).

Successivamente, si avrà ripercussione sul conto economico della società la quale, man mano che la prestazione viene eseguita, diminuirà il valore iscritto nell'attivo dello stato patrimoniale e rileverà la corrispondente quota di costo.

Si può affermare che, ferma restando anche per la srl la non imponibilità del soggetto conferente, come disposto dal comma 4 dell'art. 27 del Decreto, *nulla quaestio* dovrebbe essere posta riguardo alla deducibilità del costo in capo alla società conferitaria, per competenza in base all'articolo 109 comma 2 lettera b) del TUIR in base al quale *"le spese di acquisizione dei servizi si considerano sostenute alla data in cui le prestazioni sono ultimate"*.

Valga a conferma della tesi di deducibilità del costo la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 35/E del 16 marzo 2005, con la quale l'Ufficio rispondeva all'istanza di interpello riguardante un conferimento d'opera e servizi in una Srl, precisando che a fronte di tale tipo di conferimento la società deve iscrivere nell'attivo dello stato patrimoniale un valore pari alle quote di capitale attribuite al socio conferente, ed imputare in seguito a conto economico il costo relativo alla quota di prestazione che ha contribuito a produrre ricavi nel corso dell'esercizio, diminuendo in contropartita la voce in precedenza iscritta nell'attivo di stato patrimoniale. La risoluzione riprende poi la relazione predisposta dalla commissione Gallo sullo schema relativo all'adeguamento del sistema fiscale alla riforma del diritto societario del 2003, la quale stabiliva, in relazione all'apporto di opere e servizi in cambio di strumenti finanziari, che "detto conferimento dovrebbe dar luogo, per la società, ad un costo suscettibile di deduzione (allorché saranno ricevute dalla società stessa le prestazioni promesse e utilizzate nell'attività di impresa)".

Tuttavia, nel caso specifico in cui lo strumento finanziario assegnato sia un'opzione (e non lo strumento stesso), se da un lato è da ritenersi assodata la deducibilità del costo in capo all'impresa conferitaria, dall'altro lato è dibattuto in dottrina il momento in cui diviene effettivamente deducibile il costo⁶⁰.

⁶⁰ Secondo un primo orientamento (si veda su tutti, Piazza il Fisco 27/2008, "*Profili tributari dei componenti imputati direttamente a patrimonio netto secondo gli Ias*"), ispirato ai criteri IAS, il costo è deducibile nello stesso esercizio di rilevazione in conto economico. Al pari di qualsiasi conferimento in natura, la stock option assume rilevanza fiscale nel momento in cui l'opera o il servizio conferito dal lavoratore partecipa alla produzione del reddito di impresa.

L'individuazione del periodo di competenza coinciderebbe quindi in base a questa teoria con il periodo di imposta in cui l'onere concorre alla formazione del risultato di esercizio. Non rileva secondo questa teoria la presenza nel piano di stock option di operazioni soggette a condizioni di maturazione, le quali non fanno venire meno il requisito di certezza probabilistica in base al quale il costo viene imputato in bilancio secondo la normativa IAS.

In base ad un diverso orientamento della dottrina (TRETTEL-CROVATO "*I costi da stock option nella determinazione del reddito di lavoro – Dialoghi Tributarî n.1/2008*), la deducibilità del costo è rinviata invece al momento di esercizio dell'opzione. A supporto di questa tesi viene sostenuto che il costo imputato a bilancio non è da considerarsi effettivamente sostenuto finché non si conclude il cosiddetto *vesting period*, ovvero il periodo di tempo durante il quale non è consentito l'esercizio delle opzioni assegnate ai dipendenti all'interno di un piano di stock option. Soltanto al termine di questo periodo, e più precisamente nel momento in cui verrà esercitato il diritto di opzione, si verificherà l'effettivo sostenimento dell'onere, concretizzatosi in una riduzione della capacità contributiva dell'impresa; prima di quel momento, il costo iscritto nel conto economico rappresenta un mero accantonamento non deducibile fiscalmente.

Ad ogni modo, prescindendo dal momento in cui diviene deducibile il costo per la società nella quale vengono apportate opere o servizi, si riscontra nel caso della Srl la contemporanea deducibilità del costo per la società conferitaria e l'intassabilità per il soggetto prestatore⁶¹.

Risulta, tuttavia, necessario precisare come la deducibilità fiscale per la società conferitaria sia pacifica quando la prestazione di opere e servizi sia conferita (ex art. 2464, sesto comma, c.c.) a capitale sociale con garanzia fideiussoria, mentre si nutrono dubbi quando la medesima prestazione venga "apportata" a fronte dell'emissione di uno strumento partecipativo, che non transita per il capitale sociale e non deve essere garantito. Questo in quanto simmetricamente a quanto previsto per le Spa, non vi sarebbero i presupposti per una iscrivibilità dell'apporto nello stato patrimoniale.

⁶¹ Sulla base dunque del ragionamento sopra illustrato adottato dall'Agenzia delle Entrate nel motivare la ratio dell'articolo 9 comma 2 TUIR, si può ravvedere in quest'ultima fattispecie un "salto di imposta"?

Riprendendo l'interpretazione della Commissione Gallo, il conferimento di opere o servizi dovrebbe dar luogo "per il prestatore d'opera, ad un capitale di rischio suscettibile di restituzione al termine del rapporto sociale, in aggiunta alla partecipazione agli utili correnti". Non si tratta quindi di ricavi o compensi, ma di partecipazione al capitale di rischio suscettibile di restituzione: in questo senso si verifica un conferimento tipico, a differenza di quanto accade nelle spa.

Ciò potrebbe giustificare l'assenza di imposizione fiscale in capo al conferente, similmente a quanto avviene in sede di apporto di denaro o beni in natura.

Proprio in merito al trattamento fiscale in capo al prestatore del servizio o dell'opera è necessario effettuare alcune considerazioni.

L'Agenzia delle Entrate faceva notare nella sua risoluzione 35/E del 16 marzo 2005 che la correlazione tra assunzione dell'obbligo della prestazione e l'attribuzione di quote non costituisce fattispecie imponibile al momento della sottoscrizione delle quote; tuttavia, non può considerarsi materia esente da imposizione fiscale, bensì l'assoggettamento ad imposta del corrispettivo (rappresentato dal valore delle partecipazioni) avverrà successivamente al momento della sottoscrizione delle quote e la natura del reddito varierà a seconda del tipo di attività esercitata dal conferente.

Nel caso in cui il soggetto svolga attività di impresa, questi imputerà per competenza il ricavo derivante dalla prestazione per la quota maturata, corrispondente al costo dedotto dalla società.

Nel caso in cui il soggetto sia un lavoratore autonomo abituale o occasionale, oppure un dipendente o assimilato, verrà tassato sul corrispettivo della prestazione secondo l'ordinario criterio di cassa al momento del pagamento, che può dirsi coincidente con il momento in cui la società conferitaria abbatte il credito verso il soggetto iscritto nel proprio attivo patrimoniale, imputando il corrispondente costo a conto economico. In questo modo "il reddito da lavoro si considera conseguito nel momento in cui è operata la compensazione che tiene luogo del pagamento (che sarebbe stato rilevante in applicazione del principio di cassa)"

capitolo 5

Aspetti fiscali connessi alle società in Start Up

1 Premessa

Tutto quanto sopra premesso, ed avendo come riferimento la realtà delle imprese *Start Up innovative*, è tuttavia necessario evidenziare come, nella stesura del D.L. 179/2012, non sappiamo se per dimenticanza o se, più probabilmente, per specifica volontà normativa, il Legislatore abbia evitato di affrontare due aspetti critici che, viceversa, permeano in modo molto significativo la vicenda tributaria di tutte le imprese, ed in particolar modo quelle in fase di start up: stiamo cioè riferendoci al trattamento fiscale degli interessi passivi e delle perdite fiscali.

Con riferimento a questi due temi, vista la loro evidente rilevanza, soprattutto nell'ambito della fattispecie oggetto di analisi, ma più in generale in tutte le situazioni di imprese neo costituite, appare opportuno riepilogarne il relativo trattamento ai fini delle imposte sui redditi delle persone giuridiche (*i.e.* Ires).

2 Aspetti di criticità fiscale per le Start Up: il trattamento degli interessi passivi

Ai sensi dell'art. 96 del T.U.I.R., gli interessi passivi gravanti sulle imprese per il reperimento delle proprie risorse finanziarie attraverso i canali del credito, sono deducibili fino a concorrenza degli interessi attivi e proventi assimilati riportati a bilancio; l'eccedenza è poi deducibile nel limite del 30% del «Reddito operativo lordo» (c.d. **R.O.L.**) della gestione caratteristica. Per “*Risultato operativo lordo*” si intende la differenza tra il valore e i costi della produzione di cui alle lettere A) e B) dell'art. 2425 c.c., alla quale devono essere sommati:

- gli ammortamenti delle immobilizzazioni materiali ed immateriali iscritti nelle voci di cui al numero 10) lettere a) e b);
- i canoni di locazione finanziaria dei beni strumentali.

Una volta determinato il c.d. R.O.L., secondo le modalità di cui sopra, potranno pertanto verificarsi le seguenti situazioni:

- i. interessi passivi, al netto di quelli attivi, inferiori al 30% del R.O.L.: in tal caso saranno totalmente deducibili;
- ii. interessi passivi, al netto di quelli attivi, superiori al 30% del R.O.L.: in tal caso l'eccedenza costituisce un costo non deducibile.

Al verificarsi del caso sub 2, gli interessi passivi in deducibili potranno:

- a) essere dedotti dal reddito di successivi periodi d'imposta in caso di relativa eccedenza di ROL;
- b) in caso di partecipazione al consolidato nazionale, essere utilizzati ai fini dell'abbattimento del risultato di gruppo, qualora altre società presentino un ROL capiente non integralmente sfruttato per la deduzione.

Con riferimento alla disciplina delle *Start Up innovative*, il Legislatore non ha previsto specifiche disposizioni in materia fiscale che, in qualche modo, andassero ad affiancare la disciplina sopra commentata e questo nonostante il peso che, indiscutibilmente, gli oneri per interessi passivi vanno a produrre in capo a tutte quelle imprese che, trovandosi nella fase di start up, necessitano di sostegno finanziario.

Indipendentemente dalla presenza o meno dei requisiti per qualificarsi quale soggetto “innovativo” ai sensi del D.L. 179/2012, ma proprio in virtù dell'inegabile rilevanza che gli interessi passivi possono avere per un'impresa start up che, in ragione della sua stessa natura, necessita di un costante supporto finanziario, almeno nei suoi primi anni di vita, può essere interessante commentare da un lato, l'opportunità o meno di procedere alla capitalizzazione dei suddetti oneri finanziari al fine di alleggerire il conto economico dal peso del costo per la raccolta del capitale di rischio, dall'altro introdurre degli spunti di riflessione circa eventuali modifiche normative che potrebbero essere introdotte dal Legislatore con lo scopo di agevolare realmente le imprese *Start Up*.

2.1 Capitalizzazione degli interessi passivi

Ricorrendone i presupposti, una possibilità per le start up che volessero alleggerire il peso degli oneri finanziari sul proprio bilancio, è rappresentata dalla facoltà di iscrivere gli stessi a diretto incremento del costo dei beni per i quali sono stati sostenuti. Generalmente infatti, gli interessi passivi costituiscono dei costi dell'esercizio da imputare a conto economico – voce C.17) Interessi e altri oneri finanziari – nell'anno in cui maturano. Tuttavia i Principi Contabili nazionali e più precisamente l'OIC 16 (Immobilizzazioni materiali) e l'OIC 24 (Immobilizzazioni immateriali), prevedono una serie di condizioni in base alle quali detti oneri possono essere capitalizzati. Nel dettaglio, per quanto riguarda le *immobilizzazioni materiali*, l'OIC 16 ne prevede la possibilità della capitalizzazione qualora siano rispettate, contemporaneamente, le seguenti condizioni:

- a) deve trattarsi di interessi passivi sostenuti specificatamente per l'acquisizione dell'immobilizzazione materiale alla quale si intende imputarli;

- b) possono essere capitalizzati solamente gli interessi passivi sostenuti nel periodo che intercorre tra il momento dell'acquisto del cespite (o della sua realizzazione interna) e quello in cui il bene è pronto per l'uso;
- c) il finanziamento ricevuto deve essere realmente utilizzato per l'acquisizione (realizzazione) dell'immobilizzazione materiale;
- d) il tasso d'interesse utilizzato per la capitalizzazione degli oneri finanziari deve essere quello effettivamente sostenuto;
- e) il valore dell'immobilizzazione materiale, comprensivo degli interessi capitalizzati, non deve mai essere superiore al valore recuperabile attraverso l'utilizzo del bene in oggetto.

Una volta che si sia accertata la sussistenza di tutte le condizioni di cui sopra, si potrà pertanto procedere alla capitalizzazione degli interessi passivi effettivamente sostenuti, i quali concorreranno alla formazione del reddito d'esercizio attraverso le quote di ammortamento che verranno determinate sulla base della vita utile del bene.

Per quanto riguarda invece la possibilità di capitalizzazione degli interessi passivi direttamente ad incremento del costo delle *immobilizzazioni immateriali*, l'OIC 24 la prevede esclusivamente con riferimento ai costi di ricerca e sviluppo. In particolare, tali costi, possono essere capitalizzati solo se attengono a specifici progetti e se sono:

- a) relativi ad un prodotto o processo chiaramente definito;
- b) riferiti ad un progetto realmente realizzabile e per il quale l'impresa dispone, o può disporre, delle necessarie risorse per portarlo a termine;
- c) recuperabili attraverso i ricavi che saranno in futuro conseguiti dallo stesso progetto.

Al ricorrere delle suddette tre condizioni, unitamente a quanto già previsto anche dall'OIC 16 e di cui si è detto sopra, gli interessi passivi sostenuti dalla start up potranno essere capitalizzati per lo svolgimento dell'attività di ricerca e sviluppo.

Procedendo con la capitalizzazione degli interessi passivi, pertanto, non troverà applicazione la regola di deducibilità prevista dall'art. 96 del T.U.I.R.; diversamente, soprattutto in fase di start up, si potrebbero produrre effetti fiscalmente negativi, dal momento che è molto probabile che, non sussistendo interessi attivi da utilizzare come *plafond* di deducibilità per quelli passivi, la *Start Up* (*innovativa* o meno), si trovi nell'impossibilità di conseguire un Reddito Operativo Lordo (ROL) positivo, oppure di importo sufficientemente ampio tale da assorbire, con il suo 30%, gli interessi passivi eccedenti quelli attivi.

In conseguenza di tutto ciò e ricorrendo le condizioni previste dall'OIC 16 e 24, "alleggerire" il conto economico, mediante una corretta procedura di capitalizzazione degli oneri finanziari,

potrebbe rappresentare una valida strategia per le start up che, presumibilmente, a causa del costo del capitale di debito, si trovino gravate da un carico notevole di oneri finanziari.

Al tempo stesso, occorre tuttavia ricordare come, secondo quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 96 del T.U.I.R. “*gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati in deducibili in un determinato periodo d'imposta sono dedotti dal reddito dei successivi periodi d'imposta, se e nei limiti in cui in tali periodi l'importo degli interessi passivi e degli oneri assimilati di competenza eccedenti gli interessi attivi ed i proventi assimilati sia inferiore al 30% del risultato operativo lordo*”: questo significa quindi che gli eventuali interessi passivi in deducibili rappresenterebbero un *asset fiscale* quale con riferimento al quale la start up potrebbe, eventualmente, provvedere anche all'iscrizione delle imposte differite attive al fine di trarne un beneficio fiscale per gli esercizi futuri. E' tuttavia però evidente che l'eventuale iscrizione di fiscalità differita dovrà poggiare sulla redazione di un affidabile *business plan* dal quale si evinca la capacità dell'impresa di produrre redditi imponibili nel futuro, e nello specifico ROL capiente : aspetti questi di oggettiva difficile pianificazione in fase di *Start Up*.

2.2 Ipotesi di deducibilità integrale degli interessi passivi

Analizzata la possibilità di procedere alla capitalizzazione degli oneri finanziari come strategia per alleggerire il carico fiscale delle start up, nel presente paragrafo si intende viceversa tracciare un'ipotesi di deducibilità integrale degli stessi, come possibile strumento normativo di sostegno alla crescita ed allo sviluppo di queste nuove realtà imprenditoriali.

A fronte dell'inevitabile necessità di reperire capitale di debito, il Legislatore fiscale, in un'ottica realmente agevolativa, potrebbe riconoscere la deducibilità integrale degli interessi passivi sostenuti dalle imprese in fase di start up, magari proprio per quello stesso periodo di 48 mesi durante il quale dette imprese possono usufruire, ricorrendone i requisiti, dei benefici di cui al D.L. 179/2012. Il riconoscimento di un'agevolazione di questo genere, slegata pertanto dal conseguimento di interessi attivi e/o di un Risultato Operativo Lordo sufficientemente capiente, potrebbe realmente rappresentare una misura di sostegno tangibile per delle realtà che, per forza di cose, si trovino ad essere fortemente condizionate dall'erogazione di finanziamenti creditizi.

Se il nostro Legislatore fiscale prevedesse, almeno per i 48 mesi di vigenza del regime agevolato in parola, la deducibilità integrale, o quanto meno secondo un meccanismo di *pro rata* come quello previsto per i soggetti IRPEF e disciplinato dall'art. 61 del T.U.I.R. – secondo il quale gli interessi passivi inerenti all'attività dell'impresa sono deducibili per la parte corrispondente al rapporto tra l'ammontare dei ricavi e altri proventi che concorrono a formare il reddito d'impresa o che non vi concorrono in quanto esclusi e l'ammontare complessivo di tutti i ricavi e proventi – l'effetto che si

determinerebbe sarebbe senza dubbio positivo. Basti pensare che la *Start Up* nel caso di conseguimento di redditi fiscali imponibili, si vedrebbe immediatamente riconosciuto un vantaggio dato dalla integrale deducibilità degli interessi passivi, mentre, viceversa, nel caso in cui dovesse conseguire una perdita fiscale, la stessa risulterebbe ulteriormente incrementata per effetto di detta deducibilità integrale (con la conseguenza di avere a disposizione per il futuro, un importante asset fiscale da utilizzare in abbattimento degli imponibili fiscali dei successivi esercizi). Il beneficio sarebbe poi oltremodo amplificato nel caso di perdite conseguite nel primo triennio di attività dell'impresa, stante la riportabilità integrale e senza limiti di tempo delle perdite fiscali conseguite in tale lasso di tempo, ai sensi dell'art. 84, comma 2 del TUIR.

2.3 Considerazioni conclusive sul trattamento degli interessi passivi

Concludendo la disamina sul trattamento fiscale degli interessi passivi gravanti sulle imprese *Start Up* e con specifico riferimento al nuovo soggetto giuridico delle *Start Up innovative*, come disciplinato dal D.L. 179/2012, si può sostenere che, probabilmente, la scelta fatta dal Legislatore di non prevedere una serie di disposizioni specifiche per la materia in oggetto, a fronte viceversa del riconoscimento di importanti incentivi fiscali all'investimento nelle imprese innovative direttamente con capitale proprio, deve essere letta come una specifica volontà legislativa di favorire una forte capitalizzazione delle *Start Up innovative*, a fronte di un'esposizione finanziaria che sia il più ridotta possibile.

Non va tuttavia dimenticato però come, forse in un'ottica compensativa, l'art. 30, comma 6 del D.L. 179/2012, abbia previsto l'accesso gratuito e semplificato al Fondo di Garanzia per le PMI, istituito con la Legge 23 dicembre 1996, n. 662: rivolgendosi a tale fondo, la start up non avrà il riconoscimento di alcun contributo in denaro, ma semmai la possibilità di ottenere, grazie all'intervento del Fondo in qualità di garante, finanziamenti senza la necessità di ulteriori garanzie. Ciò rappresenta un indubbio vantaggio per l'impresa che si vedrà pertanto riconosciuta la possibilità di accedere a fonti di finanziamento esterne senza l'obbligo della prestazione di quelle garanzie, molto spesso anche di natura personale, che talvolta possono rappresentare un importante ostacolo per la crescita delle *Start Up*.

3 Aspetti di criticità fiscale per le Start Up: il trattamento delle perdite fiscali

Ai sensi dell'art. 84 del TUIR, le perdite fiscali realizzate in un determinato periodo d'imposta, possono essere:

- i) computate in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi (senza limiti di tempo) in misura però non superiore all'ottanta per cento del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza in tale ammontare;
- ii) computate in diminuzione dei redditi dei periodi d'imposta successivi entro il limite del reddito imponibile di ciascuno di essi a condizione però che siano state realizzate nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione.

Con riferimento alle imprese start up, è quindi evidente come la situazione di cui al sub. ii), sia quella maggiormente ricorrente, in considerazione del fatto che la fase iniziale dell'attività, individuata dal Legislatore fiscale nei primi tre periodi d'imposta dalla data di costituzione, è quella durante la quale il conseguimento di perdite fiscali appare indubbiamente molto probabile: mediante la concessione della riportabilità integrale ed illimitata delle perdite conseguite durante tale fase di avvio, il Legislatore ne ha riconosciuto la criticità ed ha inteso concedere alle imprese un beneficio fiscale che possa, almeno parzialmente, supportare lo sforzo compiuto dalle stesse nei primi anni di attività.

La presenza di tale norma agevolativa, contenuta nel comma 2 dell'art. 84 del T.U.I.R., può probabilmente spiegare anche la ragione per cui, all'interno del D.L. 179/2012, non sono state previste ulteriori misure aventi ad oggetto il trattamento fiscale delle perdite fiscali.

Va tuttavia sottolineato come, stante la durata della disciplina agevolativa riconosciuta alle imprese *Start Up innovative*, corrispondente ad un periodo di 48 mesi, in un'ottica di coerenza, sarebbe forse stata opportuna l'introduzione di una specifica previsione per l'estensione del periodo di riportabilità integrale ed illimitata delle perdite, prevista dal comma 2 dell'art. 84 del T.U.I.R., da 36 a 48 mesi, al fine di allineare la disposizione contenuta nel T.U.I.R. con la nuova disciplina in oggetto.

3.1 Trasferimento delle perdite nell'ambito di un CNM

Un altro aspetto su cui appare interessante soffermarsi in questa sede, è quello legato all'ipotesi in cui un'impresa *Start Up (innovativa e non)* sia controllata da una società che a sua volta abbia optato per la tassazione del reddito su base consolidata, ai sensi dell'art. 117 e seguenti del T.U.I.R. Come noto, la disciplina della tassazione del reddito d'impresa su base consolidata (cd. *Consolidato fiscale nazionale*), prevede la determinazione in capo alla società controllante di un'unica base imponibile per il gruppo di imprese, mediante opzione facoltativa esercitata dalle singole imprese partecipanti al gruppo ed in misura corrispondente alla somma algebrica degli imponibili di ciascuna, opportunamente rettificati; tale procedura di consolidamento viene realizzata indipendentemente dalla percentuale di partecipazione detenuta dal soggetto consolidante, in via

diretta o indiretta, nelle società consolidate, purché ovviamente sussista il requisito del controllo a termini di legge.

Ebbene, con specifico riferimento alla disciplina delle imprese *Start Up innovative*, a seguito della soppressione della disposizione contenuta nell'art. 25 comma 2 lett. a) del D.L. 179/2012, secondo cui la maggioranza delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale e dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci doveva essere detenuta da persone fisiche, potrà ora accadere che una società di capitali detenga il controllo di una *Start Up innovativa*, integrando al tempo stesso tutti i requisiti richiesti dalla norma fiscale (cfr. artt. 117 e 120 del T.U.I.R.) ai fini dell'applicazione del regime di tassazione su base consolidata.

Nello specifico, infatti il Legislatore fiscale richiede espressamente che, sin dall'inizio di ogni esercizio relativamente al quale la controllante e le controllate intendono avvalersi del consolidato, devono sussistere congiuntamente i due seguenti requisiti:

- 1) rapporto di controllo cd. di *diritto*, come definito dall'art. 2359, primo comma, n. 1 del Codice Civile;
- 2) superamento della soglia di partecipazione del 50% sia in relazione al capitale sociale che agli utili di bilancio della società controllata di diritto.

Solo se risultano integrati entrambi i requisiti di cui sopra, sarà possibile procedere alla tassazione su base consolidata, che, per effetto delle modifiche introdotte dal recente D.L. 179/2012, potrà vedere ora rientrare nel perimetro di consolidamento, anche le imprese *Start Up innovative*.

4. Aspetti IVA nelle società in Start Up

Nel delineare i principali aspetti fiscali connessi alla nuova disciplina delle imprese in *Start Up*, merita sicuramente spazio l'analisi del regime IVA a cui devono essere soggette le suddette.

A tal proposito occorre tuttavia premettere come, all'interno del D.L. 179/2012, così come più in generale all'interno del D.P.R. 633/1972, non sia stata prevista alcuna specifica disposizione in materia di Imposta sul valore aggiunto specificatamente rivolta alla realtà delle imprese di nuova costituzione, fermo restando che, per loro natura, attività e caratteristiche, le imprese start up risultano, come ovvio, soggette all'imposta in parola: ciò non impedisce comunque di andare ad analizzare alcuni specifici aspetti/strumenti relativi al sistema dell'IVA, che, per lo stessa natura e caratteristiche, appaiono meglio di altri in grado di caratterizzare il meccanismo del regime IVA per le imprese *Start Up*. Più precisamente saranno affrontati nel presente paragrafo:

- a) il nuovo regime dell'IVA per cassa, introdotto dall'art. 32-bis del D.L. 22 giugno 2012, n.83;
- b) la possibilità di chiedere a rimborso l'eccedenza di credito IVA risultante dalla dichiarazione, ai sensi dell'art. 30, secondo comma, lett. c) del D.P.R. 633/1972.

4.1 Regime dell'Iva "per cassa"

La nuova disciplina del sistema dell'IVA "per cassa", introdotta dall'art. 32-bis del D.L. 83/2012 ed entrata in vigore dal 1° dicembre 2012, prevede che i soggetti IVA, con un volume d'affari annuo inferiore ai due milioni di euro, possano aderire, mediante l'esercizio di una specifica opzione (di durata triennale), ad un regime di liquidazione dell'imposta in cui l'IVA relativa alle operazioni effettuate, diviene esigibile soltanto al momento del pagamento del corrispettivo fatturato al cessionario/committente e non, come viceversa avviene nel regime tradizionale, al momento dell'effettuazione dell'operazione. In ogni caso, l'imposta diviene esigibile decorso un anno dall'effettuazione dell'operazione, salvo che il cessionario o committente, prima della scadenza del termine suddetto, sia assoggettato a procedure concorsuali o esecutive. Specularmente, per i soggetti aderenti a tale regime opzionale, l'esercizio del diritto alla detrazione dell'imposta relativa agli acquisti dei beni o dei servizi, sorge al momento dei rispettivi pagamenti, mentre per i cessionari o committenti il diritto alla detrazione sorge in ogni caso al momento di effettuazione dell'operazione, a meno che anche tali soggetti non abbiano a loro volta esercitato l'opzione.

L'adesione al regime in parola è possibile per tutti i soggetti esercenti attività d'impresa, arti o professioni che rispettino il requisito del volume d'affari di cui sopra e che non aderiscano già a regimi speciali ai fini IVA, quali ad esempio il regime dei produttori agricoli ex art. 34 del D.P.R. 633/1972, il regime riservato alle agenzie di viaggio e turismo ex art. 74-ter D.P.R. 633/1972, etc. Inoltre risultano escluse dall'ambito di applicabilità del regime in parola tutta una serie di operazioni quali, ad esempio, quelle soggette al meccanismo del *reverse charge*, le cessioni intracomunitarie, le cessioni all'esportazione, le operazioni assimilate alle cessioni all'esportazione e i servizi internazionali o connessi agli scambi internazionali.

Rimandando alle disposizioni contenute nell'art. 32-bis del D.L. 83/2012 per un'analisi approfondita del regime in parola e delle sue modalità di funzionamento, non si può tuttavia non evidenziare come lo stesso sia, per sua stessa natura, perfettamente adattabile alla disciplina delle start up. Come si è avuto modo di vedere sopra, infatti tale regime - la cui *ratio* è quella di agevolare da un punto di vista finanziario tutta quella platea di soggetti IVA di piccole dimensioni che, pur non avendo ancora incassato i corrispettivi delle proprie prestazioni/cessioni di beni si trovano, con il regime ordinario, a dovere versare regolarmente l'imposta sulle operazioni dagli stessi effettuate - trovando applicazione esclusivamente nei confronti dei soggetti IVA con volume d'affari inferiore ai due milioni di euro, può essere agevolmente applicabile, non solo a tutte le imprese neo costituite, ma, ed a maggior ragione, anche alle *Start Up innovative* che, lo ricordiamo, per essere definite tali, dal secondo anno di attività e per tutta la durata di adesione al

regime agevolativo non possono conseguire ricavi eccedenti i 5 milioni di euro (art. 25, comma 2, lett. d) del D.L. 179/2012). Ciò detto, sarebbe auspicabile che il Legislatore, in ottica di coordinamento e razionalizzazione delle norme fiscali agevolative, elevasse per le *Start Up innovative* il limite del volume d'affari per poter beneficiare del regime IVA per cassa da 2 a 5 milioni di euro.

Di conseguenza, mediante l'adesione a tale regime, tutte le imprese *Start Up* (*innovative* e non) avranno la possibilità di ovviare alle classiche problematiche derivanti dall'anticipazione del versamento dell'IVA da parte del cedente, a fronte del mancato incasso del corrispettivo spettante: problematiche che, in fase di start up e quindi in una situazione che spesso si può caratterizzare anche per sensibili tensioni finanziarie, sono particolarmente avvertite.

4.2 Rimborso del credito IVA relativo all'acquisto di beni e servizi per studi e ricerche

Ove dalla dichiarazione annuale dovesse risultare un'eccedenza di credito IVA, il contribuente ha di fronte a sé tre possibili opportunità:

- utilizzarla a diretta detrazione dell'imposta dovuta nelle liquidazioni periodiche dell'anno successivo (cd. *compensazione interna o verticale*);
- compensarla con altri tributi, contributi e premi nel modello F24 (cd. *compensazione esterna o orizzontale*);
- richiederla a rimborso nelle ipotesi in cui ricorrano determinati presupposti espressamente indicati nell'art. 30, secondo comma del D.P.R. 633/1972.

Ebbene, con specifico riferimento alla richiesta di rimborso di cui al suddetto art. 30, secondo comma del D.P.R. 633/1972, tra le condizioni per il rimborso espressamente previste dalla norma, ve ne è una che potrebbe essere particolarmente interessante per le imprese *Start Up innovative*: si tratta cioè della condizione prevista dalla lettera c), secondo la quale il contribuente può chiedere in tutto o in parte il rimborso dell'eccedenza d'imposta risultante dalla dichiarazione, "*limitatamente all'imposta relativa all'acquisto di beni o all'importazione di beni ammortizzabili, nonché di beni e servizi per studi e ricerche*".

Le spese per studi e ricerche sono sicuramente un aspetto centrale nella vita di una *Start Up innovativa* -- tanto più se si pensa che il raggiungimento di una determinata soglia di spese per la ricerca e lo sviluppo (*i.e.* 15%) rappresenta uno dei requisiti alternativi per l'attribuzione della qualifica di *Start Up innovativa* -- e di conseguenza sarà sicuramente molto probabile che tali soggetti si trovino a dover sostenere ingenti costi di questo tipo a fronte, almeno inizialmente, di operazioni attive (ai fini IVA) abbastanza limitate: tutto ciò potrà quindi determinare la formazione

di un credito IVA, anche per importi notevoli che, per esigenze proprie dell'impresa, potrebbe essere ritenuto profittevole chiedere a rimborso anziché compensare.

Proprio con riferimento all'eccedenza del credito IVA riferibile all'acquisto di beni e servizi utilizzati per finalità di studio e ricerca, la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 147/E del 09 giugno 2009, in risposta ad un interpello presentato sull'argomento da un consorzio operante nel settore vitivinicolo, ha avuto modo di chiarire che costituisce requisito fondamentale affinché si intenda realizzato il presupposto stabilito dall'art. 30, secondo comma, lett. c), l'impiego diretto e strumentale degli stessi beni e servizi nell'ambito dell'attività di impresa esercitata: ciò sta a significare pertanto che, se nell'ambito della propria attività l'impresa *Start Up* si dovesse trovare, come tra l'altro sicuramente avverrà, a dover sostenere spese in beni e servizi per studi e ricerche nel proprio settore di riferimento, l'eventuale eccedenza di IVA relativa alle suddette, sarà riconosciuta come requisito necessario e sufficiente affinché possa intendersi realizzato il presupposto di legge per poter accedere alla procedura di rimborso di cui al citato art. 30.

5. Start Up ed agevolazioni in tema di Ricerca e Sviluppo

Avviandosi verso la conclusione del presente capitolo, merita di essere affrontato un ultimo aspetto strettamente correlato alla natura stessa delle imprese *Start Up innovative*: la relazione tra tali soggetti economici e la presenza di specifiche agevolazioni fiscali in materia di costi per la Ricerca e Sviluppo.

Sotto questo punto di vista, tre sono le principali agevolazioni ad oggi riconosciute dal Legislatore fiscale:

- a) il credito d'imposta per l'assunzione di personale altamente qualificato ai sensi dell'art. 24 del D.L. 83/2012;
- b) la deducibilità ai fini IRAP dei costi sostenuti per il personale addetto alla ricerca e sviluppo, ai sensi dell'art. 11, primo comma, lett. a), numero 5) del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446;
- c) il nuovo credito d'imposta per gli investimenti in ricerca e sviluppo ai sensi dell'art. 3 del D.L. 145/2013 (cd. "*decreto Destinazione Italia*").

5.1 Credito d'imposta per l'assunzione di personale altamente qualificato

Come noto, l'art. 24 del D.L. 83/2012, ha introdotto un'importante agevolazione per l'assunzione da parte di tutte le imprese (indipendentemente da natura giuridica, dimensioni, attività svolta, etc) di personale altamente qualificato da impiegare in attività di ricerca e sviluppo. Nello specifico, l'agevolazione in parola consiste nel riconoscimento di un credito d'imposta pari al 35% del costo aziendale sostenuto dall'azienda per le assunzioni in parola, nel limite massimo di 200.000 euro

annui per ogni impresa. L'agevolazione, valevole per i primi 12 mesi di durata del rapporto lavorativo, sarà fruibile mediante l'utilizzo in compensazione orizzontale nel mod. F24 del credito d'imposta riconosciuto, ai sensi dell'art. 17 del D. Lgs. 241/1997. A tal proposito si precisa che, in data 21 gennaio 2014, è stato finalmente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 16/2014, il D.M. 23 ottobre 2013 recante le disposizioni attuative per l'attuazione del credito in commento: tuttavia, nonostante le disposizioni attuative, l'art. 3 del suddetto D.M. rinvia ad un successivo decreto direttoriale del Ministero dello Sviluppo Economico con il quale verranno definiti i contenuti della domanda di accesso all'agevolazione e le procedure per la presentazione della stessa. In tale decreto, aggiunge inoltre l'art. 3, saranno poi definiti anche i contenuti dell'istanza "semplificata" per le imprese start up innovative secondo quanto previsto dall'art. 27-bis del D.L. 179/2012. Tale ultima disposizione ha infatti previsto un accesso facilitato e prioritario all'agevolazione in commento per le imprese *Start Up innovative*, in considerazione del fatto che, per loro stessa natura, tali imprese appaiono tra le più sensibili al tema della ricerca e sviluppo e conseguentemente all'impiego di personale altamente qualificato.

Nello specifico, il suddetto art. 27-bis ha stabilito che:

- 1) il personale altamente qualificato in parola possa essere assunto dalle *Start Up* anche mediante contratti di apprendistato;
- 2) non è necessaria, ai fini dei controlli previsti dall'art. 24 del D.L. 83/2012, la documentazione contabile certificata da un professionista iscritto al registro dei revisori contabili o dal Collegio Sindacale;
- 3) l'istanza da redigere ai fini della richiesta del credito d'imposta in parola, potrà essere redatta in forma semplificata;
- 4) il credito d'imposta verrà concesso in via prioritaria alle *Start Up innovative* rispetto alle altre imprese, fatta salva la quota attribuita in favore delle imprese localizzate nelle zone colpite dal terremoto del 20 e 29 maggio 2012.

Da ultimo, occorre segnalare che la Legge di Stabilità 2014 (L. 147/2013, art. 1, commi 577-580) ha previsto una riduzione della fruizione citato credito d'imposta, in misura non superiore al 15% che sarà definita da apposito DPCM da emanarsi entro 30 giorni dall'1/1/2014.

5.2 Deducibilità ai fini IRAP dei costi sostenuti per il personale addetto alla ricerca e sviluppo

L'art. 11 primo comma, lett. a), numero 5) del D.Lgs. 446/1997, dispone che nella determinazione del valore della produzione netta sono ammessi in deduzione: "*i costi sostenuti per il personale addetto alla ricerca e sviluppo, ivi compresi quelli per il predetto personale sostenuti da consorzi tra imprese costituiti per la realizzazione di programmi comuni di ricerca e sviluppo, a condizione*

che l'attestazione di effettività degli stessi sia rilasciata dal presidente del collegio sindacale ovvero, in mancanza, da un revisore dei conti o da un professionista iscritto negli albi dei revisori dei conti, dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali o dei consulenti del lavoro, nelle forme previste dall'articolo 13, comma 2, del decreto-legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1997, n. 140, e successive modificazioni, ovvero dal responsabile del centro di assistenza fiscale”.

Si tratta dunque di un'agevolazione senza dubbio molto importante e di cui le imprese *Start Up innovative* potranno beneficiare in considerazione del relevantissimo peso che i costi per il personale addetto alla ricerca e sviluppo andranno ad assumere all'interno dei relativi bilanci.

Come prescritto dalla norma, affinché si possa beneficiare della deduzione in parola, è necessario che la società sia in possesso di un'attestazione rilasciata dal presidente del Collegio Sindacale ovvero da un revisore dei conti, o un professionista iscritto negli albi dei revisori contabili, dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali o dei consulenti del lavoro, ovvero dal responsabile di un Caf, nella quale venga chiaramente dimostrato che i costi del personale per i quali viene chiesta l'agevolazione, sono stati effettivamente sostenuti con riferimento al personale addetto alle funzioni di ricerca e sviluppo.

Tuttavia, non si può non evidenziare come il suddetto adempimento documentale rappresenti un onere economico di sicuro impatto sulla fragile economia, almeno inizialmente, dell'impresa *Start Up innovativa*: per tale ragione sarà consigliabile un'attenta analisi del relativo costo – opportunità in relazione, da un lato alla spesa per l'attestazione e dall'altro al beneficio fiscale connesso alla deducibilità IRAP del costo per il personale impiegato in attività di ricerca e sviluppo.

5.3 Nuovo credito d'imposta per gli investimenti in ricerca e sviluppo (D.L. 23.12.2013 n.145 “Destinazione Italia”)

Il cosiddetto “decreto Destinazione Italia” (D.L. 145/2013), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 23.12.2013 n. 300, introduce all'art. 3 un credito d'imposta a favore delle imprese che investono in ricerca e sviluppo. Tale credito, che sarà riconosciuto a valere sulla proposta relativa alla prossima programmazione 2014-2020 dei fondi strutturali comunitari, è tuttavia subordinato alla preventiva verifica della sua coerenza con le linee guida contenute nella suddetta programmazione ed all'approvazione da parte delle Commissione Europea.

L'agevolazione in parola è concessa a tutte le imprese, indipendentemente dalla forma giuridica, dalle dimensioni, dal settore economico di appartenenza e dal regime contabile adottato.

Secondo quanto previsto dal D.L. “Destinazione Italia” il credito d'imposta in oggetto, utilizzabile esclusivamente in compensazione ai sensi dell'art. 17 del D.lgs. 241/1997 e per un importo

massimo annuo di Euro 2.500.000 per ciascun beneficiario, è riconosciuto nella misura del 50% degli incrementi annuali di spesa nelle attività di ricerca e sviluppo, registrati in ciascun esercizio compreso tra il 1° gennaio 2014 ed il 31 dicembre 2016, a condizione che il richiedente abbia sostenuto spese per attività di ricerca e sviluppo di importo annuo pari almeno ad Euro 50.000.

Dalla lettura della norma emerge poi come le attività agevolabili siano quelle di ricerca fondamentale, industriale e di sviluppo sperimentale, per le quali il Legislatore ha fornito le relative specifiche definizioni.

Per quanto riguarda invece quelle che sono le spese agevolabili, la norma parla espressamente di: spese per il personale impiegato nell'attività di ricerca e sviluppo; quote di ammortamento delle spese di acquisizione o utilizzazione di strumenti e attrezzature di laboratorio (con costo unitario non inferiore ad Euro 2.000, al netto dell'Iva); costi di ricerca eventualmente sostenuti in collaborazione con università, organismi di ricerca e/o altre fonti esterne; competenze tecniche e brevetti acquisiti o ottenuti in licenza.

Ai fini del riconoscimento del credito d'imposta, la norma richiede espressamente l'effettuazione di una serie di controlli sostanziali ed il rilascio di apposita documentazione, da allegare al bilancio, da parte di un revisore iscritto nel Registro della revisione legale o del Collegio sindacale. Le imprese non soggette a revisione contabile e prive di Collegio sindacale devono, secondo quanto stabilito nel decreto, comunque avvalersi di un revisore legale dei conti o di una società di revisione per la certificazione delle spese in questione. A tal proposito, in ottica agevolativa, il Legislatore ha previsto che le spese sostenute per la suddetta attività di certificazione sono considerate ammissibili, ai fini del computo del credito d'imposta spettante, entro un limite massimo di Euro 5.000

Per poter fruire del credito d'imposta, le imprese dovranno presentare un'istanza telematica mediante le modalità tecniche che saranno fissate da un apposito decreto da emanarsi a cura del Ministero dello Sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze.

6. Breve panoramica delle agevolazioni concesse a livello internazionale alle imprese *Start Up* ed agli investimenti in R&D

A conclusione del presente capitolo, come spunto di riflessione sulle opportunità offerte a livello internazionale in tema di agevolazioni per R&D e di imprese innovative, si riporta qui di seguito una tabella riepilogativa delle politiche agevolative messe in atto da alcuni paesi europei al fine di incentivare gli investimenti in tali specifici ambiti.

Paese	Natura/tipologia agevolazione	Caratteristiche fiscali
Austria	credito d'imposta per R&D	rimborso sul conto fiscale del 10% delle spese sostenute per l'attività di R&D
Croazia	extra deduzioni per costi di R&D	deduzione del 150% dei costi per la ricerca di base deduzione del 125% dei costi per la ricerca applicata
Francia	credito d'imposta per R&D	riconoscimento di un credito d'imposta del 30% delle spese sostenute per la R&D fino ad Euro 100.000.000 e del 5% per la parte eccedente (se la società non ha mai beneficiato delle agevolazioni in parola o non ne ha beneficiato nell'arco degli ultimi 5 anni, il credito d'imposta viene aumentato, per i primi due esercizi, rispettivamente al 40% ed al 35%)
	<i>Start Up innovative</i>	esenzione totale da tassazione per i primi 12 mesi di attività ed esenzione del 12% per i successivi 12, per le società definite come <i>Start Up</i> ai fini della legislazione francese
Germania	contributi in denaro per attività di R&D	possibilità di ottenimento di contributi in denaro fino al 50% dei costi in R&D, qualificati come agevolabili
Irlanda	credito d'imposta per R&D	credito d'imposta pari al 20% delle spese sostenute per la R&D superiori ad Euro 100.000
Regno Unito	credito d'imposta per R&D	deduzione del 130% delle spese in R&D sostenute da «grandi imprese» deduzione del 200% delle spese in R&D sostenute da «PMI»

capitolo 6

Società **non operative**

1. Introduzione

Le disposizioni riguardanti le società non operative sono contenute nell'articolo 30 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 e nell'articolo 2, commi da 36-*quinqüies* a 36-*duodecimes* del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 per quanto concerne il nuovo istituto recante la disciplina sulle società in perdita sistemica.

La disciplina sulle società non operative nasce con la finalità di contrastare le cosiddette “*società di comodo*”, ossia quelle entità giuridiche costituite non già per lo svolgimento di un'effettiva attività economica, quanto piuttosto per fornire il “contenitore” societario al quale intestare la proprietà di determinati beni, direttamente o indirettamente riconducibili alla sfera e all'uso personale dei soci persone fisiche, in modo da potersi giovare delle più favorevoli norme fiscali dettate in materia di società. Al riguardo dobbiamo aggiungere che nonostante la *ratio* originaria della norma sia sicuramente apprezzabile e condivisibile da un punto di vista economico e sociale, nel corso degli anni si è assistito ad un progressivo allargamento del perimetro di applicazione della disciplina in esame che è stata estesa a ipotesi ulteriori e non sempre rispondenti alla sua originaria impostazione, fino ad apparire in molti casi uno strumento vessatorio per il contribuente più che uno strumento di equità e giustizia sociale.

2. Normativa di riferimento – cenni

Di seguito si forniranno brevi cenni sul funzionamento della disciplina sulle società di comodo e sulle società in perdita sistemica, propedeutici ad una migliore comprensione delle considerazioni che verranno svolte nei successivi paragrafi.

2.1 Società' di comodo

L'ambito soggettivo di applicazione della norma in oggetto è delineato dal comma 1 dell'articolo 30 della legge 724/1994. Il legislatore ha previsto che sono soggetti all'obbligo di effettuazione del cosiddetto “test di operatività” previsto al fine di qualificare un soggetto come non operativo:

- le società per azioni;
- le società in accomandita per azioni;
- le società a responsabilità limitata;

- le società in nome collettivo;
- le società in accomandita semplice,
- nonché le società e gli enti di ogni tipo non residenti, con stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

Tale ambito soggettivo che abbraccia una platea molto ampia di contribuenti, è parzialmente limitato da un lato dalla previsione, recata dall'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo 30, di una serie di cause di esclusione⁶² e, dall'altro, da una serie di cause di disapplicazione automatica introdotte dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 14 febbraio 2008, n. 23681⁶³.

Ciò premesso, qualora un soggetto rientri all'interno del perimetro applicativo della normativa, lo stesso è considerato di comodo se i ricavi medi effettivamente conseguiti negli ultimi tre anni risultano inferiori ad un ammontare di ricavi figurativi e forfettariamente determinato sulla base delle previsioni della norma in commento (ricavi medi presunti). Più precisamente, il test di operatività si compone di tre fasi principali⁶⁴.

La prima fase consiste nel determinare i ricavi medi effettivi corrispondenti all'ammontare complessivo dei ricavi, degli incrementi delle rimanenze e dei proventi, esclusi quelli straordinari, così come risultanti dal conto economico. Ai fini della determinazione dei ricavi medi effettivi sopra menzionati, il comma 2 del medesimo articolo prevede che questi debbano essere calcolati prendendo in considerazione le risultanze medie dell'esercizio di riferimento e dei due precedenti. Nell'eventualità in cui la società risulti essersi costituita da meno di tre periodi di imposta, il valore medio da considerare dovrà essere calcolato con riferimento al periodo di imposta di osservazione e a quello immediatamente precedente (coincidente, per l'appunto, con il periodo di costituzione della società)⁶⁵.

La seconda fase del test di operatività consiste nel determinare l'ammontare dei ricavi medi presunti. Il comma 1 dell'articolo 30 prevede che si debbano applicare specifici coefficienti a

⁶² Le disposizioni del primo periodo non si applicano: 1) ai soggetti ai quali, per la particolare attività svolta, è fatto obbligo di costi TUIR si sotto forma di società di capitali; 2) ai soggetti che si trovano nel primo periodo di imposta; 3) alle società in amministrazione controllata o straordinaria; 4) alle società ed enti che controllano società ed enti i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati italiani ed esteri, nonché' alle stesse società ed enti quotati ed alle società da essi controllate, anche indirettamente; 5) alle società esercenti pubblici servizi di trasporto; 6) alle società con un numero di soci non inferiore a 50; 6-bis) alle società che nei due esercizi precedenti hanno avuto un numero di dipendenti mai inferiore alle dieci unità; 6-ter) alle società in stato di fallimento, assoggettate a procedure di liquidazione giudiziaria, di liquidazione coatta amministrativa ed in concordato preventivo; 6-quater) alle società che presentano un ammontare complessivo del valore della produzione (raggruppamento A del conto economico) superiore al totale attivo dello stato patrimoniale; 6-quinquies) alle società partecipate da enti pubblici almeno nella misura del 20 per cento del capitale sociale; 6-sexies) alle società che risultano congrue e coerenti ai fini degli studi di settore.

⁶³ Tale Provvedimento ha individuato ulteriori situazioni oggettive in presenza delle quali è consentita la disapplicazione automatica delle disposizioni relative alle società di comodo senza necessità di presentare apposita istanza d'interpello.

⁶⁴ Tutte le fasi sono disciplinate al comma 1 dell'articolo 30 della legge n. 724/1994.

⁶⁵ Circolare n. 25/E del 4 maggio 2007.

determinate tipologie di *assets*⁶⁶ (anche in questo caso, occorre tenere in considerazione le risultanze medie del triennio ovvero del biennio in caso di società costituita da meno di tre periodi di imposta). Il valore dei beni e delle immobilizzazioni, eventualmente acquistate o cedute nel corso di ciascun esercizio, dovrà essere ragguagliato al periodo di possesso espresso in giorni su base annuale, tramite il calcolo del *pro-rata temporis*; qualora l'esercizio abbia durata inferiore o superiore all'anno solare, il risultato ottenuto dovrà essere ragguagliato all'anno espresso in giorni⁶⁷. Ai fini del calcolo dei ricavi medi presunti, occorre precisare che non assumono rilevanza le immobilizzazioni materiali ed immateriali "in corso", dal momento che quest'ultime non si trovano ancora in una fase idonea a produrre alcun tipo di provento. Specularmente, non rilevano neppure gli acconti sostenuti in relazione all'acquisizione delle suddette immobilizzazioni in corso⁶⁸.

La terza ed ultima fase del test di operatività consiste nel mettere a confronto l'ammontare dei ricavi medi effettivi e dei ricavi medi presunti: qualora i ricavi medi effettivi risultino inferiori a quelli presunti, la società è considerata non operativa, con la conseguenza che la stessa dovrà dichiarare un reddito imponibile minimo, ai fini IRES e IRAP, determinato in modo forfettario, oltre a subire alcune limitazione nella gestione dell'eventuale credito IVA (si veda meglio *infra*).

2.2 Società in perdita sistemica

All'articolo 2 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 sono stati inseriti, in sede di conversione, i commi da 36-*decies* a 36-*duodecies*, che prevedono l'estensione della disciplina sulle società non operative di cui all'articolo 30 della legge n. 724/1994 anche alle società che presentano dichiarazioni in perdita fiscale per tre periodi d'imposta consecutivi ovvero risultino per due periodi d'imposta in perdita fiscale e nel terzo abbiano dichiarato un reddito inferiore all'ammontare minimo determinato ai sensi dell'articolo 30. Le società si presumono non operative a decorrere dal periodo di imposta successivo al triennio di osservazione (quarto periodo d'imposta). Pertanto, a differenza della disciplina sulle società di comodo in cui la verifica viene effettuata sui valori medi

⁶⁶ A) il 2 per cento al valore dei beni indicati nell'articolo 85, comma 1, lettere c), d) ed e), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e delle quote di partecipazione nelle società commerciali di cui all'articolo 5 del medesimo testo unico, anche se i predetti beni e partecipazioni costituiscono immobilizzazioni finanziarie, aumentato del valore dei crediti; b) il 6 per cento al valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati nell'articolo 8-bis, primo comma, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, anche in locazione finanziaria; per gli immobili classificati nella categoria catastale A/10, la predetta percentuale è ridotta al 5 per cento; per gli immobili a destinazione abitativa acquisiti o rivalutati nell'esercizio e nei due precedenti, la percentuale è ulteriormente ridotta al 4 per cento; per tutti gli immobili situati in comuni con popolazione inferiore a 1.000 abitanti la percentuale è dell'1 per cento; c) il 15 per cento al valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria.

⁶⁷ Paragrafo 12.10 della Circolare n. 137/E del 15 maggio 1997.

⁶⁸ Circolare n. 48/E del 26 febbraio 1997.

dell'esercizio di riferimento e dei due precedenti, la normativa sulle società in perdita sistemica prevede che il triennio di osservazione (ove verificare la sussistenza dei requisiti oggettivi) sia quello precedente al periodo d'imposta oggetto di dichiarazione.

Tali disposizioni sono finalizzate a contrastare il fenomeno delle società che risultano essere sistematicamente in perdita fiscale poiché non preposte a svolgere effettivamente un'attività economica ma, come detto, utilizzate al fine di fornire uno schermo societario alla intestazione di beni riconducibili ai soci.

L'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni sulle società in perdita sistemica risulta essere il medesimo di quello previsto in materia di società di comodo⁶⁹ precedentemente illustrato.

Il legislatore, tramite il comma 36-*decies*, ha previsto che siano mantenute ferme le cause di esclusione previste dalla disciplina sulle società non operative, di cui al comma 1, dal n. 1) al 6-*sexies*) dell'articolo 30 in precedenza descritte⁷⁰ (ad eccezione della causa relativa ai soggetti che si trovano nel primo periodo di imposta di cui al n. 2 in quanto incompatibile con le modalità applicative della normativa in commento che prevede, come detto, un triennio di osservazione).

Con riferimento alle cause di esclusione è opportuno sottolineare, anche per facilitare quanto si dirà in seguito, che le stesse sono utilizzabili solo qualora sussistano nel periodo di imposta di applicazione della disciplina sulle società in perdita sistemica (c.d. quarto periodo d'imposta), ossia le società devono rientrare in una delle cause ivi previste prendendo come riferimento il periodo di imposta successivo al triennio di osservazione⁷¹.

Specularmente a quanto visto in relazione alle società di comodo, il Direttore dell'Agenzia delle Entrate, attraverso il Provvedimento dell'11 giugno 2012, n. 87956, ha individuato determinate situazioni oggettive in presenza delle quali è consentita la disapplicazione automatica delle disposizioni sulle società in perdita sistemica senza necessità di presentazione dell'apposita istanza di interpello.

A differenza di quanto detto per le cause di esclusione (che devono sussistere nel periodo d'imposta di applicazione della disciplina), le cause di disapplicazione automatica consentono la fuoriuscita dalla disciplina in commento se si verificano in almeno uno dei tre periodi di imposta di osservazione di cui al comma 36-*decies*. In altre parole, la verifica circa la sussistenza delle cause di esclusione deve essere effettuata prendendo a riferimento il periodo oggetto di dichiarazione mentre quella relativa alle cause di disapplicazione automatica esplica i suoi effetti in relazione al triennio di osservazione (che nella generalità dei casi coincide con i tre periodi d'imposta precedenti).

⁶⁹ Per l'individuazione dei soggetti a cui si applica la disciplina in esame, il comma 36-*decies* dell'articolo 2 del D.L. n. 138/2011 rimanda direttamente al comma 1, dell'articolo 30 della legge n. 724/1994.

⁷⁰ In proposito si veda la nota precedente nota 62.

⁷¹ Circolare n. 23/E dell'11 giugno 2012.

2.3 Conseguenze per i soggetti non operativi

Le società che risultano non operative ai sensi delle disposizioni di cui al comma 1 dell'articolo 30 della legge n. 724/1994 ovvero delle disposizioni di cui ai commi 36-*decies* e 36-*undecies* dell'articolo 2 del decreto legge n. 138/2011 subiscono rilevanti conseguenze negative che verranno di seguito brevemente sintetizzate.

Ai fini IRES, i soggetti non operativi devono infatti considerare come base imponibile un reddito imponibile non inferiore a quello minimo calcolato ai sensi del comma 3 dell'articolo 30, derivante dall'applicazione di specifici coefficienti⁷² al valore degli asset presi a base per il test di operatività precedentemente illustrato.

Il comma 36-*quinqüies* dell'articolo 2 del decreto legge n. 138/2011 ha inoltre previsto, a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 17 settembre 2011⁷³, una maggiorazione dell'aliquota IRES del 10,5 per cento per i soggetti che risultano non operativi. Come chiarito dalla Circolare n. 3/E del 4 marzo 2013, la base imponibile a cui applicare tale maggiorazione è pari al reddito imponibile del periodo di imposta in cui il soggetto risulta non operativo, la quale può essere costituita dal reddito minimo presunto determinato in base al comma 3 dell'articolo 30 della legge n. 724/1994, ovvero dal reddito determinato secondo i criteri ordinari, qualora quest'ultimo risulti superiore al reddito minimo presunto.

Ai fini IRAP, la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007) ha introdotto all'articolo 30 il comma 3-*bis*, il quale stabilisce che per i soggetti non operativi si presume che il valore della produzione netta non sia inferiore al reddito minimo determinato ai sensi del comma 3 del citato articolo 30, aumentato delle retribuzioni sostenute per il personale dipendente, dei compensi spettanti ai collaboratori coordinati e continuativi, di quelli per prestazioni di lavoro autonomo non esercitate abitualmente e degli interessi passivi.

Ai fini IVA, l'articolo 35, comma 15, lett. c), del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 ha sostituito il comma 4 dell'articolo 30, prevedendo delle limitazioni all'utilizzo del credito IVA. Relativamente ai soggetti non operativi, infatti, l'eccedenza del credito IVA risultante dalla dichiarazione annuale:

- non è ammessa a rimborso ai sensi dell'articolo 38-*bis* del D.P.R. n. 633/1972;

⁷² a) l'1,50 per cento sul valore dei beni indicati nella lettera a) del comma 1; b) il 4,75 per cento sul valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati nell'articolo 8-*bis*, primo comma, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modificazioni, anche in locazione finanziaria; per le immobilizzazioni costituite da beni immobili a destinazione abitativa acquisiti o rivalutati nell'esercizio e nei due precedenti la predetta percentuale è ridotta al 3 per cento; per gli immobili classificati nella categoria catastale A/10, la predetta percentuale è ulteriormente ridotta al 4 per cento; per tutti gli immobili situati in comuni con popolazione inferiore a 1.000 abitanti la percentuale è dello 0,9 per cento; c) il 12 per cento sul valore complessivo delle altre immobilizzazioni anche in locazione finanziaria.

⁷³ Le disposizioni si applicano con tale decorrenza ai sensi del comma 36-*nonies* dell'articolo 2 del decreto legge n. 138/2011.

- non può costituire oggetto di compensazione orizzontale ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241;
- non può costituire oggetto di cessione ai sensi del comma 4-ter dell'articolo 5 del decreto legge del 14 marzo 1988, n. 70.

Inoltre, nell'eventualità in cui un soggetto dovesse risultare di comodo per tre esercizi consecutivi, al termine del triennio verrebbe meno anche la possibilità di riportare ulteriormente l'eccedenza di credito a scomputo dell'IVA a debito relativa ai periodi d'imposta successivi, qualora non sia stato realizzato, in ciascuno di tali tre periodi d'imposta, un ammontare di operazioni rilevanti ai fini IVA di ammontare almeno pari a quello dei ricavi medi presunti. Detta preclusione alla possibilità di effettuare la c.d. "compensazione verticale" del credito IVA si realizza pertanto al ricorrere delle seguenti condizioni:

- a) il soggetto risulti non operativo per tre periodi di imposta consecutivi e
- b) non abbia effettuato, in ciascuno dei suddetti tre periodi di imposta, operazioni rilevanti ai fini IVA di importo almeno pari a quello che risulta dall'ammontare delle percentuali di cui al comma 1 dell'articolo 30⁷⁴.

Infine, l'ultimo periodo del terzo comma dell'articolo 30 stabilisce che i soggetti non operativi possano computare le perdite di esercizi precedenti solo in diminuzione della parte di reddito eccedente il reddito minimo di cui allo stesso comma 3. Le perdite di tali società possono essere utilizzate in diminuzione con due limitazioni:

- le perdite pregresse astrattamente utilizzabili non possono eccedere l'80 per cento del reddito imponibile ai sensi del comma 1 dell'articolo 84 del D.P.R. n. 917/1986;
- le perdite pregresse effettivamente utilizzabili possono essere computate in diminuzione esclusivamente della parte di reddito imponibile eccedente quello minimo ai sensi del comma 3 dell'articolo 30⁷⁵.

3. Società di comodo e *Start Up innovative*

I commi da 25 a 36 del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221, come analizzato nei precedenti capitoli, hanno introdotto una nuova disciplina avente ad oggetto le c.d. *Start Up innovative*.

Nella Relazione illustrativa che accompagna il decreto legge citato emerge come la finalità delle nuove misure è rinvenibile "nella crescita sostenibile, nello sviluppo tecnologico e nell'occupazione, in particolare giovanile" con l'intento di "creare, per la prima volta nel

⁷⁴ Circolare n. 11/E del 16 febbraio 2007 e Circolare n. 25/E del 4 maggio 2007.

⁷⁵ Circolare n. 25/E del 19 giugno 2012.

panorama legislativo nazionale italiano, un quadro di riferimento nazionale coerente con le start up”.

Tra i requisiti previsti dal legislatore per la qualifica di *Start Up innovativa*, l'articolo 25, comma 2, lettera b) prevede che la società debba svolgere attività di impresa da non più di quarantotto mesi, stabilendo, così, l'arco temporale di applicazione della disciplina di favore.⁷⁶

Non è obiettivo del presente capitolo soffermarsi in una disamina delle agevolazioni previste dalla citata disciplina speciale, ma per completezza espositiva richiamiamo il comma 4 dell'articolo 26 del citato decreto legge che prevede, relativamente alle *Start Up innovative*, la disapplicazione della disciplina prevista in materia di società non operative di cui all'articolo 30 della legge n. 724/1994 e di società in perdita sistemica di cui ai commi dal 36-*decies* al 36-*duodecies* del decreto legge n. 138/2011.

Il legislatore, in questo modo, ha previsto che tali società siano escluse dal perimetro di applicazione delle normative antielusive in precedenza descritte, per carenza del presupposto soggettivo, senza che tale esclusione passi attraverso l'onere di presentare l'istanza di interpello.

Al fine della disapplicazione della disciplina prevista per le società di comodo e per i soggetti in perdita sistemica il modello UNICO 2013, nel prospetto relativo alla “*Verifica dell'operatività e determinazione del reddito imponibile minimo dei soggetti non operativi*”, prevede un'apposita casella “*Start Up*” da barrare al fine di dare evidenza dell'esclusione della *Start Up innovativa* dalla disciplina ivi prevista.

Si precisa al riguardo che, al pari delle altre agevolazioni previste per le *Start Up innovative*, qualora venga meno uno dei requisiti di cui al comma 2 dell'articolo 25 prima della scadenza dei quarantotto mesi (ovvero del diverso termine previsto dal comma 3 dell'articolo 25), ed in ogni caso, decorsi i quarantotto mesi dalla data di costituzione, viene meno anche l'esclusione specifica dalla disciplina relativa alle società di comodo e in perdita sistemica sopra illustrata.

Al riguardo, è opportuno svolgere alcune brevi considerazioni. Come poc'anzi detto, decorsi quattro anni dalla costituzione della *Start Up innovativa*, la società che presumibilmente si trova nel quinto periodo di imposta non rientra più nella disciplina di favore, essendo quindi potenzialmente ricompresa per la prima volta nell'ambito di applicazione della disciplina sulle società di comodo. Ipotizzando che tale società non ricada in nessuna delle cause di esclusione previste dal comma 1 dell'articolo 30 né in alcuna delle cause di disapplicazione automatica previste dal Provvedimento del 14 febbraio 2008, a questo punto, è legittimo chiedersi se debba o meno ritenersi applicabile la causa di esclusione relativa ai soggetti che si trovano nel primo periodo di imposta, di cui al numero

⁷⁶ Nella Relazione illustrativa al D.L. 179/2012 viene chiarito che il periodo temporale di quarantotto mesi è stato stimato come termine congruo per la fase di avviamento e crescita di una nuova impresa innovativa.

2) del comma 1 dell'articolo 30. Infatti, dal momento che il legislatore fiscale ha previsto che per un periodo massimo di quattro anni le *Start Up innovative* siano escluse *ex lege* dall'applicazione della disciplina sulle società di comodo, si potrebbe ipotizzare che detta disciplina si applichi *ex novo*, una volta fuoriusciti da detto regime agevolativo.

Un semplice esempio può meglio chiarire il caso prospettato.

Si pensi ad una società costituita il primo gennaio 2012 e che mantenga fino al 31 dicembre 2015 i requisiti di *Start Up innovativa*; nel periodo d'imposta 2016 la stessa si dovrà confrontare per la prima volta con la disciplina prevista in materia di società di comodo. Qualora non superi il test di operatività e alla stessa non risulti applicabile alcuna delle cause di esclusione e disapplicazione automatica previste da tale normativa, le situazioni prospettabili potrebbero essere due:

- la società viene considerata di comodo dal momento che non opera nei suoi confronti la causa di esclusione relativa al primo periodo di imposta;
- la società viene esclusa dall'applicazione della disciplina in oggetto in quanto si ritiene applicabile la causa di esclusione relativa al primo periodo di imposta; precisamente viene considerata essere nel primo periodo di imposta "non agevolato" ai fini della disciplina sulle *Start Up innovative*.

In mancanza di chiarimenti ufficiali sul punto da parte dell'Amministrazione finanziaria, riteniamo che la soluzione più aderente al dettato normativo sia la prima, con la conseguenza che nel quinto periodo d'imposta la società non potrà invocare l'applicazione della causa di esclusione prevista per i soggetti che si trovano nel primo periodo d'imposta. Tale interpretazione sembra in linea anche con quanto previsto nella Circolare n. 48/E del 26 febbraio del 1997 dove l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che per l'applicazione della causa di esclusione relativa al primo periodo di imposta bisogna prendere come riferimento il periodo coincidente con quello dell'apertura della partita IVA. Nel caso in esame tale situazione non risulta dunque verificarsi, in considerazione del fatto che l'apertura della partita IVA della società è avvenuta ben prima del periodo d'imposta oggetto di analisi.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento alla disciplina sulle società in perdita sistematica. Al riguardo, infatti, decorsi quattro anni dalla costituzione della *Start Up innovativa*, la società che si trova presumibilmente nel quinto periodo di imposta non rientrando più nella disciplina di favore si trova ad applicare per la prima volta la disciplina sulle società in perdita sistematica. Si ipotizzi, anche in questo caso, che tale società non ricada in nessuna delle cause di esclusione previste dal comma 1 dell'articolo 30 né in alcuna delle cause di disapplicazione automatica previste dal Provvedimento dell'11 giugno 2012; a questo punto la società dovrebbe procedere con la verifica dei presupposti applicativi della disciplina (triennio in perdita ovvero

biennio in perdita e terzo anno con reddito inferiore a quello minimo previsto ai fini delle società di comodo) con riferimento al triennio di osservazione, monitorando eventuali perdite fiscali che si sono generate in un arco temporale coincidente con il periodo di disapplicazione della disciplina espressamente previsto dal legislatore in quanto la società si qualificava come *Start Up innovativa*.

Per chiarezza espositiva si riporta il seguente esempio.

Si ipotizzi che una società, costituita il primo gennaio 2012, mantenga fino al 31 dicembre 2015 i requisiti di *Start Up innovativa*. Assumendo che detta società adotti un periodo di imposta coincidente con l'anno solare, a partire dal periodo d'imposta 2016 si pone il problema dell'applicazione della disciplina sulle società in perdita sistemica. Da una parte si potrebbe ritenere applicabile tale disciplina direttamente nel periodo di imposta 2016, prendendo in osservazione il triennio 2013-2015. In questo modo si andrebbe a verificare la presenza o meno di perdite fiscali generate nel periodo di vigenza della disciplina di favore relativa alle *Start Up innovative*.

Dall'altra parte, si potrebbe invece considerare fuori da ogni possibile situazione di analisi l'arco temporale in cui vige il regime di favore delle *Start Up innovative* e procedere, conseguentemente, con l'applicazione della disciplina sulle società in perdita sistemica solo nel primo periodo utile che consenta di evitare sovrapposizioni tra il triennio di osservazione e tale periodo di *favor legis*. Nel nostro caso, il primo periodo utile in tal senso si avrebbe solo a partire dal periodo di imposta 2019. Sebbene anche in questo caso non siano stati ancora forniti chiarimenti ufficiali sul punto si ritiene che si debbano considerare monitorabili anche le perdite generate in periodi di imposta coincidenti con il periodo di applicazione della disciplina sulle *Start Up innovative*. Pertanto, riprendendo l'esempio considerato, il primo anno di applicazione della disciplina sarebbe il 2016 con triennio di osservazione 2013-2015.

4. Società di comodo e imprese in fase di Start Up non “innovative” ex D.L. 179/2012

4.1 Primo periodo di imposta: causa di esclusione

Il comma 1 dell'articolo 30 della legge 724/1994 tra le cause di esclusione dalla normativa sulle società di comodo ne prevede una relativa ai soggetti che si trovano nel primo periodo di imposta.

La versione originaria del testo dell'articolo 30 della legge 724/1994 prevedeva che fossero escluse dalla normativa sulle società non operative i soggetti che avessero iniziato l'attività nel corso del periodo di imposta.

L'articolo 27, comma 1, lett. a), del decreto legge 23 febbraio 1995, n. 41 ha sostituito il comma 1 del citato articolo 30 prevedendo, nell'elenco delle cause di esclusione da detta normativa, quella relativa ai soggetti che si trovano nel primo periodo di imposta. La causa di esclusione *post*

modifica risulta essere più puntuale e mira a svincolare l'accertamento delle condizioni di esistenza delle società di comodo dal momento di effettivo inizio dell'attività che avrebbe subordinato l'esclusione da detta disciplina alla pura e semplice esistenza della società⁷⁷.

In questo modo, il legislatore fiscale ha inteso tutelare le imprese di nuova costituzione che, altrimenti, nel primo periodo di imposta sarebbero potute risultare non operative perché non ancora in grado di realizzare i ricavi necessari al superamento del test di operatività (situazione del tutto fisiologica), delineando, tuttavia un arco temporale della fase di Start Up decisamente più breve rispetto a quello previsto per la disciplina sulla riportabilità delle perdite fiscali previsto dall'art. 84 del TUIR.

Per l'individuazione del primo periodo di imposta, occorre tenere in considerazione quello di inizio attività, coincidente, come anzidetto, con l'apertura della partita IVA, a prescindere dall'inizio o meno dell'attività produttiva⁷⁸.

In tale causa di esclusione non rientrano le società *neo* costituite a seguito di un'operazione di scissione, di fusione o di conferimento d'azienda, dal momento che, in tali ipotesi, non si è in presenza di una nuova attività d'impresa, ma, più precisamente, di una prosecuzione dell'attività già svolta dalle società fuse, dalla società scissa ovvero dal soggetto conferente. Allo stesso modo, non può essere considerata nel primo periodo di imposta la società risultante da un'operazione di trasformazione che, ai sensi dell'articolo 2498 del codice civile, subentra in tutte le posizioni giuridiche, attive e passive, del soggetto che ha effettuato la trasformazione⁷⁹.

Per quanto concerne le società in perdita sistemica, la Circolare n. 23/E dell'11 giugno 2012 ha precisato che la causa di esclusione relativa ai soggetti che si trovano nel primo periodo di imposta non può operare per le società in oggetto, dal momento che il presupposto per l'applicazione della disciplina sulle società in perdita sistemica si realizza su un arco temporale più lungo (il periodo di osservazione, infatti, comprende tre periodi di imposta) rispetto al "primo periodo di imposta".

Tuttavia, al fine di tenere in giusta considerazione le difficoltà collegate alla fase iniziale dell'attività produttiva, il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate dell'11 giugno 2012, n. 87956 ha inserito tra le cause di disapplicazione, alla lett. m), quella relativa alle società che si trovano nel primo periodo di imposta.

Pertanto, alla luce del fatto che le cause di disapplicazione automatica devono essere verificate all'interno del triennio di osservazione, come illustrato in precedenza, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto che la normativa sulle società in perdita sistemica si possa ritenere applicabile solo a partire dal quinto periodo di imposta.

⁷⁷ Gatto M. "Le novità sulle società di comodo" (in "Il Fisco" 1995, n. 13).

⁷⁸ Circolare n. 48/E del 26 febbraio del 1997.

⁷⁹ Circolare n. 25/E del 4 maggio 2007.

4.2 Non normale svolgimento dell'attività

Il comma 15 dell'articolo 35 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 ha apportato alcune modifiche al comma 1 dell'articolo 30 della più volte citata legge 724/1994 e, in particolare, ha abrogato dall'elenco delle cause di esclusione quella relativa ai soggetti che non si trovano in un normale periodo di svolgimento dell'attività⁸⁰. Nella Relazione illustrativa al decreto legge n. 223/2006 è stato precisato che la causa di esclusione collegata all'esistenza di un periodo di non normale svolgimento dell'attività viene ricondotta nell'ambito delle situazioni oggettive che dovranno essere valutate dall'Agenzia delle Entrate in sede di presentazione dell'apposita istanza di interpello disapplicativo di cui al comma 4-bis⁸¹.

La Circolare n. 48/E del 26 febbraio 1997⁸² fornisce alcuni importanti chiarimenti in ordine alla definizione di "periodo di normale svolgimento dell'attività" precisando che lo stesso è rinvenibile nel periodo in cui non è stata svolta l'attività prevista dall'oggetto sociale. La citata circolare fornisce anche alcuni esempi di periodo di non normale svolgimento dell'attività, ossia⁸³:

- quello da cui decorre la messa in liquidazione ordinaria ovvero l'inizio delle procedure di liquidazione coatta amministrativa o fallimento. L'attività svolta in tali periodi non è da considerarsi "normale", in quanto finalizzata alla definizione dei rapporti della società con i terzi per consentire la ripartizione del patrimonio residuo tra i soci; mentre il periodo che precede quello in cui ha avuto inizio la liquidazione è considerato "normale" anche se di durata inferiore a quella prevista ordinariamente. Allo stesso modo, è considerato periodo di normale attività quello relativo ad un esercizio di durata inferiore a quella stabilita nell'atto costitutivo a causa di modifiche che interrompono la durata dell'esercizio medesimo senza incidere sul tipo di attività svolta, come avviene, ad esempio, nei casi di trasformazione, fusione e scissione;
- quelli successivi al primo periodo d'imposta, qualora la società, in tali periodi, non abbia ancora avviato l'attività produttiva prevista dall'oggetto sociale, ad esempio perché:
 - ⇒ la costruzione dell'impianto da utilizzare per lo svolgimento dell'attività si è protratta oltre il primo periodo di imposta (per cause non dipendenti dalla volontà dell'imprenditore);
 - ⇒ non sono state concesse le autorizzazioni amministrative necessarie per lo svolgimento dell'attività, a condizione che le stesse siano state tempestivamente richieste;

⁸⁰ Tale causa di esclusione era prevista fin dalla versione originaria del testo dell'articolo 30, ed a seguito della riformulazione del comma 1 ad opera dell'articolo 27, comma 1, lett. a) del decreto legge 23 febbraio 1995, n. 41 era stata collocata nell'elencazione delle cause di esclusione alla lett. b) del comma 1.

⁸¹ Il comma 4-bis è stato inserito dall'articolo 35, comma 15, lett. d) del medesimo decreto legge n. 223/2006.

⁸² La definizione viene ripresa da quella fornita precedentemente nella Circolare n. 140/E del 15 maggio 1995.

⁸³ L'ambito per l'individuazione del periodo di non normale svolgimento dell'attività come delineato dalla C.M. n. 48/E del 1997 è stato successivamente richiamato dalla Circolare n. 5/E del 2 febbraio 2007.

⇒ viene svolta esclusivamente un'attività di ricerca propedeutica alla svolgimento di altra attività produttiva di beni e servizi, sempreché l'attività di ricerca non consenta di per se' la produzione di beni e servizi e, quindi, la realizzazione di proventi⁸⁴.

L'Amministrazione finanziaria ha individuato un'ulteriore causa di non normale svolgimento dell'attività in una situazione di sequestro penale delle quote sociali di una società con nomina di un custode giudiziario⁸⁵.

In conseguenza, quindi, delle modifiche apportate dal decreto legge n. 223/2006, il contribuente che rientri in una delle ipotesi sopra elencate di non normale svolgimento dell'attività e che voglia ottenere la disapplicazione della normativa sulle società di comodo deve fare analizzare la propria specifica situazione all'Agenzia delle Entrate, tramite la presentazione di apposita istanza interpello disapplicativo⁸⁶.

4.3 Studi di settore

Al fine dell'applicazione degli studi di settore, il contribuente deve comunicare i dati rilevanti in un apposito modello che costituisce parte integrante del modello UNICO. Gli studi di settore, elaborati mediante analisi economiche e tecniche statistico-matematiche, consentono di stimare i ricavi o i compensi che possono essere presuntivamente attribuiti al contribuente in ogni periodo d'imposta.

Ai sensi del comma 4 dell'articolo 10 della legge 8 maggio 1998, n. 146⁸⁷ sono esclusi dall'applicazione degli studi di settore i contribuenti che hanno iniziato (o cessato) l'attività nel corso del periodo di imposta⁸⁸ ovvero che si trovano in un periodo di non normale svolgimento dell'attività.

Si evidenzia come anche la normativa relativa all'applicazione degli studi di settore riservi l'esclusione dall'ambito applicativo a quei soggetti che si trovano nel periodo iniziale di

⁸⁴ Questa situazione di non normale svolgimento dell'attività non era ricompresa nell'originaria elencazione prevista nella Circolare n. 140/E del 15 maggio 1995. Si segnala anche che, precedentemente all'emanazione della Circolare n. 48/E del 1997, l'Agenzia delle entrate, tramite la Risoluzione n. 131/E del 18 luglio 1996, ha riconosciuto il periodo di non normale svolgimento dell'attività per una società che effettuava solo attività di ricerca propedeutica al rilascio di un atto amministrativo discrezionale necessario per lo svolgimento di un'altra attività produttiva di beni e servizi, confermando che la condizione discriminante fosse che l'attività di ricerca, svolta in via esclusiva, non consenta la produzione di beni e servizi e, quindi, la realizzazione di proventi.

⁸⁵ Risoluzione n. 43/E del 14 marzo 1997.

⁸⁶ Circolare n. 5/E del 2 febbraio 2007.

⁸⁷ Comma così sostituito dall'articolo 1, comma 16 della legge n. 296/2006.

⁸⁸ Come anche chiarito dalla Circolare n. 31/E del 22 maggio 2007, il legislatore ha circoscritto tale esclusione prevedendo, invece, l'applicazione degli studi di settore nei confronti dei soggetti che:

- hanno cessato l'attività ed entro sei mesi l'hanno nuovamente intrapresa;
- hanno continuato un'attività precedentemente svolta da altri soggetti.

Si noti un parallelismo tra questa causa di esclusione e quella prevista per le società di comodo nella stesura originaria del testo dell'articolo 30; infatti, nella sua prima versione il comma 1 prevedeva che fossero escluse dall'applicazione della disciplina per le società non operative le società che avessero iniziato l'attività nel corso dell'esercizio.

costituzione della società ovvero in un periodo che non rispecchia il normale esercizio dell'oggetto sociale.

Per quanto riguarda la causa di esclusione relativa al non normale svolgimento dell'attività, le istruzioni alla compilazione del modello per la comunicazione dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore comprendono nell'elenco esemplificativo di non normale svolgimento dell'attività anche:

- il periodo in cui l'impresa non ha ancora iniziato l'attività produttiva prevista dall'oggetto sociale, ad esempio perché:
 - ⇒ la costruzione dell'impianto da utilizzare per lo svolgimento dell'attività si è protratta oltre il primo periodo d'imposta, per cause indipendenti dalla volontà dell'imprenditore;
 - ⇒ non sono state rilasciate le autorizzazioni amministrative necessarie per lo svolgimento dell'attività;
 - ⇒ è svolta esclusivamente un'attività di ricerca propedeutica allo svolgimento dell'attività produttiva di beni e servizi, sempreché l'attività di ricerca non consenta di per sé la produzione di beni e servizi e, quindi, la realizzazione di proventi.

Le ipotesi sopra elencate sono in linea con quanto previsto per l'individuazione del periodo di non normale svolgimento dell'attività al fine dell'applicazione dell'articolo 30 in materia di società non operative⁸⁹.

5. Ulteriori spunti di riflessione ricavabili da situazioni oggetto di istanze di interpello pubblicate e non pubblicate

Il comma 4-*bis* dell'articolo 30 prevede che in presenza di situazioni oggettive⁹⁰ che hanno reso impossibile il conseguimento dei ricavi, degli incrementi di rimanenze e dei proventi nonché del reddito determinati ai sensi dello stesso articolo 30, ovvero non hanno consentito di effettuare le operazioni rilevanti ai fini IVA di cui al comma 4 dello stesso articolo, la società interessata può chiedere la disapplicazione delle disposizioni in materia di società di comodo mediante presentazione di istanza di interpello ai sensi del comma 8 dell'articolo 37-*bis* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600⁹¹.

⁸⁹ Vedasi quanto previsto nella C.M. n. 48/E del 1997 e nella Circolare n. 5/E del 2007.

⁹⁰ Prima delle modifiche intervenute con la legge n. 296/2006, il comma 4-*bis* dell'articolo 30 prevedeva la possibilità di richiedere la disapplicazione della normativa sulle società non operative qualora il contribuente si fosse trovato in presenza di oggettive situazioni di carattere straordinario che avessero reso impossibile il conseguimento dei ricavi, degli incrementi di rimanenze e dei proventi nonché del reddito determinato ai sensi del medesimo articolo 30. Il riferimento al carattere straordinario delle oggettive situazioni impeditive è stato soppresso dall'articolo 1, comma 19, lett. h) della citata legge n. 296/2006.

⁹¹ L'articolo 37-bis, comma 8, del D.P.R. n. 600/1973 prevede che il contribuente possa disapplicare le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni

Le modalità attuative per la compilazione e l'inoltro dell'istanza di interpello disapplicativo sono contenute nel D.M. 19 giugno 1998, n. 259. L'istanza di interpello deve essere rivolta al Direttore regionale dell'Agenzia delle Entrate competente per territorio e spedita, a mezzo del servizio postale, in plico raccomandato con avviso di ricevimento, all'ufficio finanziario competente per l'accertamento in ragione del domicilio fiscale del contribuente⁹².

Il medesimo decreto ministeriale stabilisce che, a pena di inammissibilità, l'istanza deve contenere:

- i dati identificativi del contribuente e del suo legale rappresentante;
- l'indicazione dell'eventuale domiciliatario presso il quale sono effettuate le comunicazioni;
- la sottoscrizione del contribuente e del suo legale rappresentante.

L'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 32 del 14 giugno 2010 ha dettato nuove istruzioni circa la trattazione delle istanze di interpello. In particolare ha previsto che devono considerarsi inammissibili le istanze di interpello non sufficientemente circostanziate nella definizione della fattispecie concreta, essendo onere del contribuente esporre e documentare in maniera chiara ed esaustiva tutti gli elementi conoscitivi utili a ricostruire la fattispecie concreta oggetto di interpello. La Circolare in esame ha elencato alcuni elementi ritenuti necessari per l'individuazione del caso concreto, ossia:

- a) l'indicazione del tipo di istanza e della specifica tipologia di interpello;
- b) i dati identificativi del contribuente e dei soggetti direttamente interessati, comprensivi del codice fiscale dell'istante e dei recapiti per la comunicazione della risposta;
- c) la descrizione puntuale della fattispecie. Nel predisporre l'istanza, il contribuente deve argomentare il fatto in modo da provare che gli effetti antielusivi che le disposizioni normative intendono evitare, nel caso di specie, non possono realizzarsi, descrivendo compiutamente la fattispecie prospettata. Non è quindi sufficiente una rappresentazione sommaria ed approssimativa della fattispecie di interesse, ma, al contrario, il contribuente deve porre l'Amministrazione finanziaria nelle migliori condizioni per acquisire piena conoscenza della problematica rappresentata;
- d) l'indicazione dei valori economici interessati dall'interpello, evidenziando l'eventuale beneficio fiscale.

Si riporta di seguito un caso analizzato dall'Agenzia delle Entrate, il quale in teoria confermerebbe l'importanza della prova documentale a corredo delle istanze di interpello.

soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario. Il contribuente è tenuto a dimostrare che, nella particolare fattispecie, gli effetti elusivi che la norma intende evitare non si potevano verificare.

⁹² Ai sensi dell'articolo 31 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 la competenza di accertamento e controllo spetta all'ufficio distrettuale nella cui circoscrizione è il domicilio fiscale del soggetto obbligato alla dichiarazione alla data in cui questa è stata o avrebbe dovuto essere presentata.

Una società avente come oggetto sociale lo sviluppo, la promozione e la realizzazione di progetti industriali nel settore energetico, e la produzione, trasmissione, vendita e somministrazione di energia, aveva intrapreso undici progetti per la realizzazione di impianti fotovoltaici di grandi dimensioni. La società istante aveva chiesto la disapplicazione dalla disciplina in materia di società di comodo in quanto non era ancora stata in grado di avviare la propria attività economica. Il Direttore Regionale competente ha ritenuto di poter accogliere solo parzialmente l'istanza in quanto in relazione a due degli undici impianti, analizzando il supporto documentale allegato all'istanza, ha verificato che il contribuente non fosse stato in grado di avviare l'attività prevista dall'oggetto sociale in quanto non gli erano ancora state concesse le necessarie autorizzazioni amministrative, pur essendo state dallo stesso tempestivamente richieste. Per quanto concerne i restanti impianti, il Direttore Regionale non aveva – a suo dire – potuto riscontrare nessuna causa oggettiva che potesse legittimare la disapplicazione della normativa sulle società di comodo in quanto la società istante non avrebbe né specificato nel dettaglio le attività svolte né fornito alcuna prova documentale del fatto che l'istante si fosse diligentemente attivato al fine di portare a compimento l'*iter* di rilascio delle autorizzazioni amministrative necessarie per la realizzazione dei suddetti impianti.

Avendo potuto esaminare la documentazione di supporto all'istanza, anche per i “restanti impianti” la documentazione e le motivazioni appaiono sussistenti, e, al contempo, si fatica a comprendere come possano essere definiti “di comodo” costi infruttuosamente sostenuti per la realizzazione di impianti per i quali non era stata ottenuta l'autorizzazione.

Con riferimento alla disciplina in materia di società in perdita sistematica, la Circolare n. 23/E dell'11 giugno 2012 ha previsto che, a pena di inammissibilità, i soggetti non operativi che intendono chiedere la disapplicazione della norma antielusiva in parola debbano procedere alla predisposizione della relativa istanza, nella quale devono essere esposti in modo chiaro i fatti e documentati in maniera esaustiva tutti gli elementi conoscitivi utili ad individuare le situazioni oggettive che giustificano tale disapplicazione; in particolar modo deve essere indicato, oltre al periodo di imposta per il quale si chiede la disapplicazione, anche il periodo di imposta a cui le situazioni oggettive si riferiscono⁹³.

A conferma dell'importanza degli elementi indicati dall'Amministrazione finanziaria si riporta il caso di una società, il cui oggetto sociale è l'attività di realizzazione e conseguente gestione di uno o più campi eolici, la quale aveva chiesto la disapplicazione dalla disciplina sulle società in perdita

⁹³ L'Agenzia delle Entrate, con lo scopo di consentire agli uffici preposti una compiuta attività istruttoria in relazione alla sussistenza delle situazioni oggettive e per una corretta gestione amministrativa delle istanze, ha precisato tramite la Circolare n. 23 dell'11 giugno 2012 che i soggetti che intendono disapplicare entrambe le discipline sulle società di comodo e sulle perdite sistemiche sono obbligati a presentare autonome e separate istanze ai fini delle due diverse normative. Nell'eventualità che venga presentata una richiesta di disapplicazione cumulativa contenuta in un'unica istanza, la stessa verrà ritenuta inammissibile.

sistemica, in quanto nel relativo triennio di osservazione si trovava a dover affrontare il necessario *iter* procedimentale ed autorizzativo propedeutico alla realizzazione degli impianti e all'avvio dell'attività. Il Direttore Regionale a cui è stato sottoposto il caso ha ritenuto di poter accogliere l'istanza, in quanto la documentazione presentata dalla società comprovava ampiamente la verifica delle situazioni oggettive che hanno impedito il conseguimento dei ricavi nel periodo di osservazione. L'accoglimento è stato giustificato dal fatto che il processo di realizzazione di un impianto come un parco eolico sia un'operazione particolarmente complessa, comprensiva di una fase autorizzativa con tempi procedurali lunghi e non riconducibili alla volontà del contribuente. L'Agenzia delle Entrate tramite la Circolare n. 44/E del 9 luglio 2007, nel rispondere ad una serie di quesiti, ha individuato delle condizioni essenziali alle quali il contribuente deve fare riferimento per ottenere la disapplicazione della normativa sulle società non operative poiché rientranti in un periodo di non normale svolgimento dell'attività.

Il punto 6.3 della citata circolare, stabilisce che il contribuente deve essere in grado di dimostrare che i fatti o gli accadimenti che non hanno permesso il raggiungimento dei ricavi non devono essere riconducibili alla sfera di volontà dell'imprenditore.

Il quesito sottoposto all'attenzione dell'Amministrazione finanziaria riguardava una società avente come oggetto sociale l'attività di ristorazione su un battello navigante lungo un fiume, la quale per poter svolgere la propria attività necessitava dell'ottenimento della licenza di navigazione dalla capitaneria di porto. La risposta dell'Agenzia si è basata sul fatto che l'attività della società sia stata impedita dalla inutilizzabilità del battello, poiché carente della necessaria licenza di navigazione.

Soffermandoci sulla questione di accadimenti indipendenti dalla volontà imprenditoriale, si espongono ulteriori due risposte fornite in sede di interpello.

Il primo caso riguarda una società avente per oggetto sociale l'attività di progettazione definitiva ed esecutiva, la costruzione e la gestione, tecnica, economica e funzionale per un periodo determinato nel tempo, di un complesso immobiliare, oggetto di un contratto stipulato con un Comune di provincia, la quale ha chiesto la disapplicazione della normativa sulle società di comodo in quanto impossibilitata a conseguire i ricavi minimi presunti in conseguenza del fatto che il contratto prevedeva che il conseguimento dei primi ricavi solo al momento dell'effettuazione del collaudo dell'opera. Il Direttore Regionale competente ha accolto detta istanza ritenendo che il mancato conseguimento dei ricavi minimi presunti non fosse in alcun modo imputabile al contribuente ma dipendesse unicamente dalle condizioni contrattuali stipulate tra le parti.

Il secondo caso riguarda una società la cui attività è finalizzata alla ricerca, acquisto, lavorazione e vendita di materiali ghiaiosi alluvionali derivanti dallo sfruttamento di aree adibite a cava, la quale aveva chiesto la disapplicazione della disciplina sulle società di comodo in quanto la

commercializzazione del materiale relativo al suo oggetto sociale sarebbe potuta avvenire solo a seguito dell'ottenimento delle necessarie autorizzazioni amministrative per l'attività estrattiva, le quali dovevano essere rilasciate dal Comune competente. Il Direttore Regionale ha accolto, anche in questo caso, la richiesta della società istante ritenendo che l'impossibilità di esercitare l'attività estrattiva non fosse attribuibile all'inerzia della società, ma discendesse dalla complessità dell'*iter* burocratico necessario per l'ottenimento delle suddette autorizzazioni. Infatti, la società, pur avendo a disposizione i terreni per lo sfruttamento di aree adibite a cava, si trovava carente dell'autorizzazione all'escavazione dal momento che la procedura amministrativa risultava essere ancora in corso alla data di presentazione dell'istanza e, per tal motivo, non era nelle condizioni di poter esercitare l'attività prevista dal proprio oggetto sociale.

capitolo 7

Le fasi di start up **nel regime “PEX”**

1. L'esercizio di impresa commerciale: una catena di rinvii di norme; quando la "norma base" (art. 55 TUIR) è interpretata in maniera non perfettamente coerente, se richiamata in combinato disposto con l'art. 87 del TUIR

Fin dall'introduzione del regime "PEX", nell'imposizione delle plusvalenze realizzate nella cessione di partecipazioni in regime di reddito d'impresa⁹⁴, una delle problematiche che più ha preoccupato le imprese e che ha penalizzato lo sviluppo di compravendite di azioni e quote di società "commerciali", è stata la verifica della sussistenza di uno dei requisiti richiesti dal comma 1 dell'art. 87 del TUIR⁹⁵.

Precisamente, il requisito oggettivo di cui alla lettera d) di detto comma, che prevede l'esercizio da parte della società partecipata "*di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'art. 55 (del TUIR)*".

Questo laconico richiamo comporta un riferimento non relegato alle attività previste dall'art. 2195 c.c., posto che lo stesso art. 55 allarga l'ambito presuntivo ("*si intende...*", "*Sono inoltre considerati...*") ad altre attività non ricomprese in detta disposizione civilistica.

Prima dell'introduzione del regime PEX nel 2004, il citato articolo 55 ricopriva soprattutto interesse per i soggetti per i quali non si aveva una sorta di presunzione assoluta di "commercialità" e quindi, di esercizio di reddito d'impresa commerciale.

Ciò in quanto vigeva e vige la presunzione secondo la quale (u.c. art. 6 TUIR) i redditi delle snc e delle sas sono qualificati e determinati unitariamente secondo le norme relative al reddito d'impresa commerciale, così come per le società di capitali ed enti commerciali residenti vige la presunzione di qualificazione e determinazione in regime di reddito d'impresa secondo quanto disposto dal 1° comma dell'art. 81 del TUIR.

Quindi, prima dell'introduzione del regime PEX, la qualificazione di "*esercizio di imprese commerciali*" era piuttosto interpretata dall'Amministrazione Finanziaria in maniera estensiva e non restrittiva, soprattutto in taluni casi per ricondurre a tassazione delle fattispecie che, altrimenti, sarebbero escluse poiché non sussistenti i presupposti per l'applicazione della disciplina dei redditi "diversi" (una volta, diversamente qualificati come *redditi derivanti da operazioni speculative*).

⁹⁴ E, di converso, nella deducibilità delle minusvalenze.

⁹⁵ Come noto, la sussistenza di detti requisiti è richiesta, per espresso rimando, anche dall'art. 58 del TUIR per le società di persone commerciali e per le persone fisiche nell'esercizio di impresa commerciale.

Cambiano gli scenari, cambiano le esigenze (di gettito), conseguentemente cambiano le soluzioni e le interpretazioni.

Mentre sussisteva la tendenza dell'Amministrazione Finanziaria a riqualificare come attività commerciale quella esercitata da persona fisica, ad esempio nella vendita di più fabbricati acquistati da più di cinque anni, e ciò può accadere tutt'ora per tali soggetti, di contro, come appresso vedremo, la tendenza in ambito PEX è stata, per l'Amministrazione Finanziaria, quella di dequalificare attività esercitate da società le cui partecipazioni sono state cedute, con il risultato di considerare inapplicabile il regime PEX⁹⁶.

2. Il sub-requisito temporale

Il requisito della commercialità, secondo la definizione datane dall'art. 55 del TUIR, come peraltro anche quello della non-residenza in un paese incluso nella c.d. black list, come noto devono sussistere, ininterrottamente, al momento del realizzo, “*almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso*”⁹⁷.

Come altrettanto noto, questo requisito di commercialità, in caso di possesso della partecipazione per periodo inferiore al predetto periodo, va verificato quando la stessa partecipazione era posseduta da eventuali precedenti dante causa.

Tale interpretazione fu criticata da Assonime nella sua circolare n.38 del 6 luglio 2008 (par. 6.4, pag. 55), poiché la stessa non vedeva congruo col sistema che si dovesse indagare l'esistenza di una commercialità – o meno – rispetto a società la cui partecipazione era stata, nel corso del “triennio” precedente, oggetto di vendita e quindi con atto realizzativo, da parte del dante causa, la quale cessione sia stata precedentemente considerata “non esente”⁹⁸ e quindi assoggettata a tassazione.

In altri termini, per Assonime, sarebbe stato logico che ove fosse intervenuta una cessione di partecipazione della società Gamma da Alfa a Beta, e per Alfa detta cessione fosse risultata non-PEX e quindi imponibile, non fosse giustificato doversi indagare della commercialità della società Gamma nel periodo ante cessione, ma solo in quello successivo di effettivo possesso da parte di Beta, per verificare se una cessione da parte di quest'ultima si dovesse qualificare PEX o non PEX. Altre problematiche venivano vaticinate da Assonime in detta sua circolare relativamente all'avverbio “*ininterrottamente*”.

Per completezza, prima di entrare nello specifico delle criticità del tema PEX per le nuove iniziative imprenditoriali, rammentiamo anche che in caso di esistenza della società Alfa da meno di un

⁹⁶ Illuminante al proposito, la Ris. dell'Agenzia delle Entrate n. 286 del 11/10/2007.

⁹⁷ Per esigenze definitorie, d'ora in poi si definirà “triennio” quello che in realtà è il requisito ordinariamente legato al maggior periodo intercorso dall'inizio del terzo periodo d'imposta precedente.

⁹⁸ Al tempo, il regime PEX prevedeva la esenzione al 100% delle plusvalenze.

“triennio”, il requisito della commercialità si debba verificare per detto minor periodo, a meno che la società non risulti essere avente causa di un’operazione di fusione, scissione o conferimento d’azienda, nel qual caso si dovrà indagare se la sua dante causa abbia esercitato effettivamente un’attività commerciale o meno⁹⁹.

Appresso vedremo come, in pratica, questo obbligo di riscontrare la precedente attività della incorporata, ovvero della scissa, ovvero della conferente pone dei problemi enormi e delle pericolose conseguenze per i soci della incorporante ovvero della beneficiaria ovvero della conferitaria.

Nonostante la concessione interpretativa dell’Agenzia delle Entrate colla Circolare n.36, che ha “consentito” di poter ammettere l’esistenza della commercialità in caso di minor periodo per le società costituite da meno di tre anni, va da sé che in tale caso, comunque, dei problemi si son posti sin dall’inizio, e non tanto e non solo per le vere e proprie eventuali situazioni di difficile “start up”. Infatti, ove si tratti di partecipazione di società costituita da più di un triennio, in linea di massima le fasi di attivazione della società non creano problemi.

Per ovvi motivi, per una società costituita da meno di un triennio, pur potendosi riferire a detto minor periodo, è ovvio e logico che vi sia necessariamente e logicamente un periodo più o meno breve per effettivamente attivare un’attività commerciale.

Ciò, a meno che non si abbia il caso limite di società nata in concomitanza con un’acquisizione d’azienda già pienamente “attiva”.

È quindi logico e comprensibile, che nel momento in cui l’Agenzia ammetteva potersi avere un periodo inferiore al triennio, si potesse avere un’aspettativa di indulgenza rispetto a situazioni di attivazione dell’attività d’impresa che necessariamente presuppongono una fase complessa.

Paradossalmente, tanto più complessa, tanto più nella realtà delle cose si voglia realizzare un’attività seria di *business* non meramente di *godimento*.

Quindi, sempre paradossalmente, tanto più vi è nell’investitore (possessore della partecipazione da qualificare PEX) la volontà di intraprendere un “business”, importante, vero, e non di mero godimento, tanto maggiori sono le complessità necessarie per la sua attivazione, in termini di organizzazione, autorizzazioni, etc.

Ancora in altri termini, ai più è parsa un’evidente contraddizione in termini contemporaneamente ammettere la possibile esistenza della commercialità in caso di società partecipate costituite da

⁹⁹ La Circolare dell’Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E precisò infatti che in caso di riorganizzazione aziendale si debba verificare la sussistenza del requisito in capo al soggetto dante causa (paragrafo 2.3.6.4.): “quando la nascita di un nuovo soggetto consegue ad un’operazione di riorganizzazione societaria occorrerà, quindi, tener conto delle caratteristiche del dante causa, per verificare, su proiezione triennale, come prevede l’articolo 87, comma 2, i requisiti della commercialità e della residenza in un paese non black list. Nella sostanza, occorre valutare retroattivamente ed in capo ai soggetti preesistenti i predetti requisiti.”

meno di tre anni e nel contempo eventualmente negare che potesse essere commerciale l'attività di Start Up.

Considerata la stringente condizione temporale di continuità richiesta (“*ininterrottamente*”), per tali società quasi neo-costituite, era ovvio che – in teoria, ma potenzialmente anche in pratica – anche un solo giorno di non commercialità, potesse avere nefasti effetti sull'aspettativa di ottenimento del requisito PEX, così come in realtà spesso avvenuto.

Sempre in teoria (che purtroppo in casi limite si è tramutata in pratica), in caso di cessione di partecipazione di società più giovane del “triennio”, in un'ipotetica situazione ove dalla costituzione della società non si sia addivenuti alla pronta attivazione di un'attività commerciale, anche un solo giorno di sfasamento fra la data di costituzione e quella di pieno esercizio di “business”, potrebbe portare al comunque opinabile, comunque contestabile, comunque accertabile.

3. Asserita natura antielusiva della norma che pretende la sussistenza del requisito della commercialità: rimedi? Introduzione al tema delle fasi di Start Up

C'è un aspetto che forse non è stato tutt'ora esplorato come avrebbe meritato.

A più riprese l'Agenzia ha affermato la natura di norma con funzione antielusiva, sia con riguardo al requisito della residenza (in un paese non black list) sia, per quel che più in questa sede ci interessa, a proposito della commercialità.

Per la verità, apparirebbe più una norma “a sistema”, ma presa per buona tale interpretazione da parte della stessa Agenzia delle Entrate, poiché peraltro ribadita più volte, ne consegue che non si possa negare la possibilità di esperire la procedura di disapplicazione di norma anti elusiva ex 8° comma dell'art. 37 bis, DPR 600/1973.

Cosa è invece accaduto, invece, in realtà? E' accaduto che nella generalità dei casi i contribuenti hanno preferito tentare la strada di diverso interpello, non disapplicativo, bensì esperito ex art. 11, legge 27/7/2000, n. 212.

Questo perché gli stessi contribuenti hanno preferito, in una situazione comunque considerata nebulosa ed opinabile, tentar la via interpretativa e non disapplicativa.

Con il risultato, sempre nella generalità dei casi, di vedersi applicata l'interpretazione più rigorosa e restrittiva, con il conseguente ulteriore risultato di negazione del regime PEX, senza “appello”.

È ovvio che i contribuenti non hanno esperito la procedura per la *disapplicazione*, poiché ciò avrebbe significato partire da una situazione di ammissione di esistenza di “non commercialità”, come peraltro non esiste la prova contraria che, se un contribuente avesse ammesso oggettivamente l'insussistenza del requisito della commercialità, nel contempo richiedendo la disapplicazione della

norma condizionante la fruizione della PEX, quest'ultima la si sarebbe potuta ottenere per effetto della stessa disapplicazione concessa dall'Agenzia.

Per esempio, ove difettino le condizioni di mantenimento del “riporto perdite” nei casi di fusione, per carenza di parametro di patrimonio netto, è ovvio che il contribuente non presenta interpello *ex lege* 212/2000, bensì disapplicativo *ex* 8° comma art. 37 bis DPR 600/1973, poiché è chiara la situazione di base ed è chiaro che, diversamente, non si può tentare altra via.

Il fatto che il tema della commercialità sia stato – a conoscenza – trattato in chiave di interpellati *ex lege* 212/2000 è comunque sintomatico della opinabilità di una norma di non facile né automatica interpretazione, a maggior ragione per le società di recente costituzione.

In questo contesto, già di per sé permeato di situazioni indefinite e comunque opinabili, si aggiunge, in maniera ancora più marcata per le società con business “in divenire”, la presunzione assoluta di insussistenza del requisito di commercialità, di cui al secondo periodo della lettera d) del 1° comma dell'art.87.¹⁰⁰

Si ricorderà che per effettuare il confronto fra ciò che “fa attività commerciale” e ciò che non lo fa, ad esempio, gli immobili “patrimonio” concessi in locazione a terzi, occorre avere riguardo ai *valori correnti*, tenendo anche conto degli avviamenti positivi e negativi, anche se non iscritti¹⁰¹.

È facilmente intuibile che questo riferimento a valori correnti, *goodwill* e *badwill*, obbliga a fare delle stime e delle valutazioni che, in quanto stime, sono comunque soggette a diversa valutazione da parte del Fisco. Quindi, anche da una diversa valutazione può derivare una conseguente diversa qualificazione del regime applicabile alla vendita della partecipazione posseduta.

Questo problema è ancora più sentito ove si abbia una coesistenza di immobili per il momento non utilizzati direttamente per l'attività ed un'attività commerciale con avviamento non attuale bensì prospettico.

Un caso di scuola, in questi ultimi anni, è dato dalle società che producono energia da fonti alternative (fotovoltaico, eolico, etc.).

La mancanza di ricavi nei primi tempi di attività, l'impossibilità di dimostrare ricavi e quindi avviamento se non prospettico, la congiunta esistenza di immobili strumentalmente non connessi all'attività produttiva, hanno creato forti problemi per chi volesse effettuare cessioni in regime PEX. Questi problemi si sono inoltre allargati a dismisura, poiché è stato ed è tipico del settore che gli sviluppatori del business risultino usualmente non coincidere con le figure imprenditoriali degli investitori “a regime”. Infatti, lo schema tipico è stato ed è: conferimento di ramo d'azienda da parte

¹⁰⁰Per le “partecipazioni in società il cui valore del patrimonio è prevalentemente costituito da beni immobili diversi dagli immobili alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività dell'impresa, dagli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa. Si considerano direttamente utilizzati nell'esercizio d'impresa gli immobili concessi in locazione finanziaria e i terreni su cui la società partecipata svolge l'attività agricola.”

¹⁰¹ Come fu chiarito dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 344/2003.

dello sviluppatore dell'operazione, seguito dalla cessione della partecipazione, ciò che peraltro ha creato notevolissimo contenzioso anche in ambito d'imposta di registro, per effetto della riqualificazione dell'operazione come diretta cessione d'azienda.

I prodromi di ciò che a buon titolo si può definire l'imposta sulla burocrazia e/o sulle inefficienze italiane, vale a dire la negazione del regime PEX, in presenza di oggettive situazioni di impossibilità a produrre ricavi a regime, si ebbero già, ad esempio, con le risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate n. 165/E del 25/11/2005 e n. 323 del 9/11/2007.

In estrema sintesi, con la prima risoluzione si rappresentava il caso di una complessa situazione, nella quale la società "K Spa", della quale l'istante X possedeva la partecipazione, quale assuntrice di un concordato fallimentare, ha impiegato ben quattro anni, dal luglio 2000 al novembre 2004, per vedersi riconosciuta l'avvenuta esecuzione del concordato.

È facile immaginare che l'istante X, attraverso la sua partecipata K, avrebbero ben preferito impiegare molto meno tempo, così come è pleonastico sottolineare che chi propone un'operazione del genere non può certo imporre tempi celeri né "fare fretta" a tribunali e giudici.

Nel caso di specie, l'Agenzia ha negato l'esistenza di attività commerciale negli anni in cui K ha svolto solo – e cos'altro avrebbe potuto fare? – *"l'attività di assuntore di concordato fallimentare"*.

Nella seconda risoluzione, riguardante una società operante nel settore alberghiero, si rappresentava un altrettanto complessa situazione di ristrutturazione di un complesso alberghiero di oltre 21.000 mq., che ha impiegato più anni, sia per difficoltà nell'ottenimento delle autorizzazioni che per l'oggettiva importanza delle opere da eseguire.

Anche in questo caso, è stata negata la sussistenza dell'attività commerciale, questa volta per il periodo di ristrutturazione dell'immobile.

In entrambi i casi, sicuramente le società partecipanti, che si attendevano una conferma del regime PEX sulle proprie partecipazioni, avrebbero fatto volentieri a meno di pastoie burocratiche e lungaggini oggettive e sulle quali mai avrebbero potuto incidere, così come è vero che non fa certo piacere pagare pesanti interessi passivi per il protrarsi di iter autorizzativi.

4. La negazione *tranchant* della sussistenza dell'esercizio di impresa commerciale per le fasi di Start Up

Ma la conferma più eclatante e nota della negazione della commercialità per le fasi di *start up* la si è avuta con l'Interrogazione parlamentare, a risposta immediata, in Commissione 5-01695, presentata da Maurizio Fugatti il 28 luglio 2009, seduta n. 210: "relativamente alla verifica del quarto requisito emergono dubbi interpretativi nel caso la società partecipata sia in fase di start up, quindi non ancora in grado di svolgere alcuna attività, sebbene abbia avviato i lavori per la"

predisposizione dei siti produttivi; la circolare n. 36 del 4 agosto 2004, la risoluzione n. 165/E del 2005 e la risoluzione n. 323/E del 2007 dell'Agenzia delle Entrate hanno chiarito alcuni aspetti, in particolare, l'esclusione dell'applicabilità dell'articolo 87 del TUIR alle società immobiliari, ma non esiste, ad oggi, una pronuncia esplicita da parte dell'Amministrazione finanziaria in merito alle società effettivamente operative in fase di start up: se l'articolo 87 del TUIR si possa applicare alle plusvalenze derivanti da cessione di partecipazioni in società in fase di start up, che hanno già iniziato i lavori di predisposizione dei propri siti produttivi e che, quindi, non sono ancora in grado di svolgere attività produttiva. (5-01695)”.

Questa la parte conclusiva della risposta: *“Con particolare riferimento alle attività cosiddette preparatorie, l'Agenzia delle Entrate si è già espressa negando il regime di esenzione con riferimento ad una società partecipata proprietaria di un complesso immobiliare oggetto di lavori di ristrutturazione e restauro finalizzati a realizzare una struttura alberghiera (cfr. risoluzione del 9 novembre 2007, n. 323). Al riguardo, è stato inoltre evidenziato come ad assumere rilevanza, nel rispetto della ratio della norma, sia l'attività in concreto esercitata e non la mera costituzione in forma di società di capitali. **Ne consegue che se l'attività prevista dallo statuto non si può considerare iniziata non è riscontrabile, in linea di principio, la sussistenza del requisito della commercialità necessario per fruire del regime di participation exemption**”.*

È ovvio che una risposta del 2009 quale questa, ha gettato nello sconforto soprattutto il settore dell'energia da fonti rinnovabili, ma non solo, ed ha fatto sì che molti progetti, soprattutto da parte di investitori esteri (ovviamente veicolati con società holding italiane) non siano stati portati avanti, fra l'altro nel periodo in cui si sarebbe dovuto avere la massima espansione del settore con i primi “conto energia”.

La situazione è ancora più paradossale, perché molte situazioni, già di per sé penalizzate da ritardi nella concessione di autorizzazioni a costruire, o a produrre energia, o impedita da ricorsi al TAR da parte di associazioni ambientaliste, coi tempi italici di giustizia, hanno creato problemi di PEX come se perder tempo e spendere soldi in legali ed interessi fosse un modo elusivo, per gli investitori, per “non far impresa (commerciale)”.

Con particolare riguardo al settore fotovoltaico, per gli investitori era ben difficile comprendere ciò, quando già dovevano confrontarsi con la diversa qualificazione, da parte di diversi dipartimenti dell'Amministrazione Finanziaria, immobiliare o no, da attribuirsi agli impianti fotovoltaici su terreni ¹⁰² agricoli.

¹⁰² Tale dicotomia è stata parzialmente rimossa dalla recentissima Circolare n. 36/E del 19/12/2013 dell'Agenzia delle Entrate.

Rimangono in essere altre “dicotomie”, quali la diversa qualificazione, da parte dell'Agenzia delle Entrate, in tema di immobili da abbattere e ricostruire, ai fini delle II.DD e delle indirette...

5. La Circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 7/E del 29 marzo 2013: effettivamente risolti i problemi delle Start Up? Interpretazioni estensive ed approcci restrittivi.

A cercare di porre riparo a questa situazione *kafkiana* sulle “attività preparatorie”, sia pur con ritardo (ritardi su ritardi...), è finalmente giunta la **Circolare dell’Agenzia delle Entrate, n. 7/E del 29 marzo 2013**, la quale forse è stata forse un po’ troppo sbrigativamente vista come la panacea di tutti i mali di pregressa *non commercialità*.

Invero, un importante riconoscimento di una prima apertura da parte dell’Agenzia delle Entrate lo si è avuto nel paragrafo 2 della citata Circolare, quando essa così si esprime: “*Si considerano atti tipici della fase di start up, a titolo esemplificativo, tutte le attività dirette a costituire, definire e rendere operativa la struttura aziendale, comprese quelle relative agli studi preparatori, all’ottenimento di permessi, licenze e autorizzazioni, alle ricerche di mercato all’addestramento iniziale del personale, all’acquisizione delle risorse finanziarie e tecniche necessarie ad avviare l’attività dell’impresa.*”

Un *revirement* del genere faceva ben sperare per il prosieguo della circolare ma, ad avviso di chi scrive, i risultati sono al di sotto delle legittime attese degli operatori.

L’Agenzia prende in fatti in esame la seguente casistica:

- Fase di Start Up seguita dall’attività commerciale
- Fase di Start Up ancora in atto
- Fase di inattività

In sostanza, questi i **principi** adottati dall’Agenzia:

- 1) Perché un soggetto cedente possa vendere in regime PEX, è necessario che prima della cessione si sia avuta una fase in cui i ricavi si sono avuti, poiché alla fase della start up è seguito (prima della cessione della partecipazione) l’inizio dell’attività commerciale.
Se ciò è accaduto, si aggrega nel “periodo commerciale” anche quello di start up. Se ciò non è accaduto, niente PEX.
- 2) Se quindi la fase di Start Up non è ancora ultimata e si cede la partecipazione prima che ciò accada, e che quindi si abbiano i primi ricavi, non si può applicare la PEX.
- 3) Se prima della fase di Start Up si ha una fase di inattività, quest’ultima non la si può cumulare con le fasi di Start Up e di attività commerciale.

6. I settori salvati in via interpretativa

L’Agenzia si rende però conto che con un così rigido schema, si creerebbero comunque enormi problemi nel qualificare il rapporto fra fase di *Start Up* e requisito della commercialità, e così assume che “*in alcuni settori, determinate attività – che potrebbero essere ritenute meramente preparatorie – possono considerarsi, al contrario, esplicative dell’esercizio di attività d’impresa*”.

Prima di entrare nel vivo di tali deroghe interpretative più estensive, vediamo quali sarebbero gli effetti dei *principi* di cui sopra, reputati comunque più “aperti” rispetto alle precedenti chiusure.

Esponiamo, a mo’ di esempio, due casi ipotetici ¹⁰³, per confrontarli fra loro.

Primo caso.

Ipotizziamo si abbia una società costituita per la realizzazione di iniziative di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili di origine agroforestale, nell’ambito di progetti di riconversione industriale, che abbia comportato la demolizione di uno stabilimento, la bonifica del suolo, l’acquisizione di altre aree, il sostenimento di investimenti per molti milioni di euro, per la realizzazione degli impianti. Anni, per ottenere le autorizzazioni. Una volta ottenute, associazioni ambientaliste presentano ricorso al TAR e bloccano l’iniziativa, per cui non si può certo iniziare l’attività. Il TAR vuole il suo tempo, così come il Consiglio di Stato dinanzi al quale una delle due parti può appellarsi.

Il socio di tale società chiama a far parte della compagine societaria un nuovo investitore, vendendogli una quota, col realizzo di una plusvalenza, che tiene conto dell’avviamento prospettico, quando la società potrà – finalmente – realizzare i suoi obiettivi produttivi.

Secondo caso.

Immaginiamo una società che ha, nel suo patrimonio, solamente un attico in una località marina, concesso in locazione a terzi con un canone congruo addirittura tanto da evitare il regime delle società “non operative”.

La società socia di tale società cede le quote ad un soggetto terzo, col realizzo di cospicua plusvalenza.

Quali le differenze fra i due casi, per quanto attiene la tassazione sulle plusvalenze, secondo i *principi* “di massima” enunciati dalla citata recente Circolare n. 7/E del 2013? Assolutamente nessuna, perché in base a detti *principi* di massima, in nessuno dei due casi si può applicare il regime PEX, ed è veramente paradossale che, in linea di massima, vengano interpretativamente equiparati un caso di eclatante sforzo imprenditoriale e quello della vendita di una casa in riviera.

¹⁰³ Ipotetici fino ad un certo punto, perché la realtà italiana è costellata di casi limite.

Per fortuna dell'investitore del primo caso, il settore interessato è ricompreso fra quelli (appena due) che sono in via esemplificativa enunciati come produttivi di attività commerciale anche nella fase di Start Up.

Quindi, per solo tali due settori, quello energetico e quello dei lavori pubblici, abbiamo la citazione esemplificativa che “statuisce” che non sia necessario realizzare i primi ricavi per poter ricomprendere anche la fase di *start up* nel c.d. “periodo commerciale”.

Ma se quelli sopra indicati erano i principi adottati dall'Agenzia in generale e solo per tali due settori è stata data un'indicazione diversa, sovengono tanti altri settori e situazioni che non possono essere certo assimilati a quello dell'attico sulla riviera.

Basti pensare al settore farmaceutico, al settore delle biotecnologie, a quello delle cave, soggette a concessioni all'escavazione anche se non dedite ai “lavori pubblici”, all'edilizia non legata ai lavori pubblici, ma comunque soggetta a problemi di burocrazia che non la lascia comunque indenne, al settore delle applicazioni informatiche avanzate, etc.

A nostro avviso, è proprio da rivedere la chiave di lettura e di applicazione della norma, perché non può essere propria dei principi generali, quella di necessariamente presupporre l'ottenimento dei primi ricavi come elemento di discriminazione fra il regime PEX e non PEX.

Ci pare un'interpretazione che va oltre il dettato di legge.

Diversamente opinando, la mancata concessione della PEX potrebbe quindi diventare un'imposizione sulle inefficienze del sistema Italia o, ancora, un'imposizione sulle inefficienze dello stesso imprenditore, poiché potrebbe aversi che sia per incapacità del socio di riferimento che non si sono avuti ancora i primi ricavi, ma che *il business* possa comunque potenzialmente generare in prospettiva utili e quindi, nell'immediato, una plusvalenza da cessione.

Quando è palese che la società partecipata ha svolto un'effettiva attività per prospetticamente generare ricavi e si spera, utili, perché trattare quest'ultima come non commerciale, magari solo perché non è riuscita a competere con concorrenti più agguerriti che siano riusciti a generare ricavi più velocemente?

Fra l'altro, il negare l'applicazione del regime PEX a partecipazioni in società che non hanno ancora conseguito ricavi è più probabile che comporti la deducibilità di minusvalenze che la tassazione di plusvalenze.

Paradossalmente, quest'interpretazione apparentemente restrittiva lo diventa anche sostanzialmente solo per il motivo che il conseguimento di minusvalenza nella cessione di una partecipazione non PEX, comporta la determinazione di una minusvalenza la cui deducibilità è ad alto rischio di disconoscimento in chiave antielusiva.

Ciò che è peraltro monitoriamente sottolineato nella citata Circolare n. 7/E del 29 marzo del 2013, dell’Agenzia delle Entrate.

Le complessità e le perplessità aumentano a dismisura, poi, quando questo intreccio fra fase propedeutica e fase prettamente commerciale si combinano con la coesistenza del possesso di immobili diversi da quelli alla cui produzione o al cui scambio è diretta l’attività dell’impresa.

Come noto, si applica il “principio della prevalenza”, per poter affermare che per presunzione assoluta si è “non PEX”, quando il valore corrente degli immobili né destinati alla vendita né strumentalmente utilizzati direttamente per l’attività commerciale è superiore al valore effettivo del ramo d’azienda destinato ad indubitabile attività commerciale.

Come fare questo confronto nei casi di coesistenza di rami d’azienda in start up, ma meritevoli di tutela in quanto assimilabili ai casi enunciati dall’Agenzia, quelli dell’energia e delle opere pubbliche?

Si dovrebbe poter effettuare un confronto di avviamenti meramente potenziali e prospettici, con valori attuali e più, al momento, concreti, di immobili che non possono, sicuramente non da subito, far parte di un complesso organizzato di business “non di mero godimento”.

A questo proposito, la circolare n. 7 del 29/3/2013 introduce un (a suo dire) opportuno quanto però pericoloso utilizzo di “*altri criteri di prevalenza di un’attività rispetto ad un’altra, quali l’ammontare dei ricavi, dei costi e dei redditi generati da ciascuna attività, il numero dei dipendenti ad esse addetti e così via*”.

Se per i settori meritevoli di tutela, quale quello energetico, si ha attività commerciale anche nella fase di start up che per presupposto non genera ricavi, come fare il confronto per determinare la “prevalenza”?

Se si può evitare il confronto fra ricavi e si può fare un confronto fra valori correnti, si può escludere dal confronto la parte di compendio immobiliare ancora non funzionalmente collegato all’impresa, in quanto si è in una fase di start up?

E comunque, quando si discorre di confronto di valori correnti, per quanto attiene il ramo in start up, si può fare affidamento al valore che il ramo avrà una volta ottenute autorizzazioni che ancora non si hanno?

Oppure, i “costi sospesi” avranno, a questi fini, valore pari a zero?

Oppure ancora avranno valore pari ai costi sostenuti?

7. Necessità di sussistenza di un'azienda?

A chi scrive pare non sia stato dato sufficiente risalto, nel commentare la Circolare n. 7/E del 29 marzo 2013, all'asserita necessaria sussistenza di azienda, nell'ambito della società le cui partecipazioni si vogliono vendere.

Al paragrafo 1 di detta circolare, infatti, si legge che la finalità dell'istituto in commento è quella di *“favorire la circolazione – sotto forma di partecipazioni – di complessi patrimoniali che abbiano natura di vere e proprie aziende funzionali all'esercizio di attività d'impresa, dotate di una capacità, anche potenziale, al concreto svolgimento di attività produttiva.”*

Ancora, nel prosieguo, si legge che si è in presenza di un'impresa commerciale ai fini PEX *“nell'ipotesi in cui la società partecipata risulti dotata di una struttura operativa idonea alla produzione e/o alla commercializzazione di beni o servizi potenzialmente produttivi di ricavi”*.

Ora, ci pare che tali concetti non fossero sussistenti nelle prime interpretazioni dell'Agenzia e che possano risultare ultronei rispetto al sistema, che non lo prevede legislativamente.

Ciò anche perché, in tema di interpretazione dell'art. 55 del TUIR, norma richiamata dall'art. 87 dello stesso TUIR, *“l'organizzazione in forma d'impresa”*, ex lettera a) del 2° comma dell'art. 55, è richiesta solo per le attività di prestazioni di servizi *“che non rientrano nell'art. 2195 c.c.”*, e non, certo, per le attività che pienamente vi rientrano.

L'asserita necessità di sussistenza di azienda ricorda quella interpretativamente assunta in tema di riconoscimento fiscale delle differenze emergenti nelle operazioni di fusione e scissione.

Ma in tale ultimo caso, la ratio di tale interpretazione sussiste perché fusioni e scissioni trovano, a detto fine, un riferimento alle diverse operazioni di conferimento, d'azienda, appunto.

8. Considerazioni finali

Come si vede, le questioni e le nebulosità sono tante e tali da considerare non risolti i problemi per effetto della circolare n. 7 del 29 marzo 2013 e da far comprendere perché, nell'immaginario collettivo degli investitori esteri, la collocazione di holding in Italia non sia ancora vista come scelta ottimale, ma non tanto per questione di aliquote, quanto per problematiche connesse alla solita incertezza e volatilità delle norme.

Avere dei dubbi, per anni, della commercialità di indiscutibili operazioni industriali (*“commerciali”* ex art. 55 TUIR) crea disoccupazione o, nella migliore delle ipotesi, non crea occupazione.

capitolo 8

***Esenzione
plusvalenze
reinvestite
in Start Up***

Premessa

La Legge 147/2013 (Legge di stabilità 2014) all'art. 1, comma 583, sopprime l'agevolazione di cui all'art. 68 commi 6-bis) e 6-ter) del TUIR disponendo: " *A partire dall'anno di imposta 2014, sono abrogate le agevolazioni fiscali (...) di cui alle seguenti disposizioni normative: (...) e) articolo 68 commi 6-bis e 6-ter, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917*".

L'articolo 3 del Decreto Legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, rubricato "Start Up", aveva introdotto i commi 6-bis) e 6-ter) all'art. 68 del TUIR, al fine di favorire l'investimento nel capitale di società di nuova o recente costituzione.

La legislazione premiale ripeteva l'esperienza di modelli di incentivazione adottati in altri Paesi, e in particolare il riferimento era a quello francese sulle società unipersonali per il venture capital.

La soppressione dell'agevolazione, tuttavia, non dovrebbe impedire che essa rimanga "idealmente" in vigore per disciplinare le fattispecie concretizzatesi sino a tutto il 31/12/2013, per le quali il rispetto del necessario requisito del reinvestimento abbia tempo per concretizzarsi anche post 31/12/2013; parrebbe quindi di poter affermare con sufficiente certezza che la disciplina di cui alla presente trattazione continui necessariamente a sussistere per regolamentare quali casistiche, e a quali condizioni, possano valersi dell'agevolazione fiscale in esame.

Se così non fosse, verrebbe a mancare la disciplina necessaria per far sì che i contribuenti non perdano retroattivamente un'agevolazione della quale a legittimo titolo ritenevano di aver usufruito sino a tutto il 31/12/2013; dall'altro lato, se così non fosse, difetterebbe una disciplina che, sia pur transitoriamente, imponga delle regole da rispettare per il mantenimento dell'esenzione della quale si era usufruito.

A tal fine, può venire in aiuto la Circolare n. 11/E del 28 marzo 2012, che, seppure in merito a materia diversa¹⁰⁴, chiarisce in che modo si determini il passaggio tra una nuova disposizione normativa e quella previgente.

Aderendo a questa interpretazione, e contestualizzando il principio affermato dall'Agenzia delle Entrate, è possibile affermare che l'agevolazione fiscale in esame, soppressa a far data dal 01/01/2014, continui a sussistere per tutte le cessioni di partecipazioni avvenute fino al 31/12/2013: tutte le plusvalenze realizzate a seguito di contratti di cessione di partecipazioni realizzatisi entro il

¹⁰⁴ La Circolare ha ad oggetto l'unificazione dell'aliquota di tassazione dei redditi di natura finanziaria e chiarisce che l'introduzione della nuova aliquota pari al 20% ha effetto sui redditi di capitale e sui redditi diversi per i quali il diritto alla percezione sia sorto dal 01/01/2012 in poi.

31/12/2013, beneficerebbero quindi dell'esenzione della disciplina di che trattasi, rimanendo escluse quelle conseguite per effetto di cessioni realizzate a partire dal 01/01/2014.

Come enunciato dalla Circolare menzionata, e riprendendo una precedente interpretazione (Circolare n. 165/E del 1998), la plusvalenza deve intendersi realizzata *"nel momento in cui si perfeziona la cessione a titolo oneroso della partecipazione, titolo o diritto, piuttosto che nell'eventuale diverso momento in cui viene liquidato il corrispettivo della cessione. La percezione del corrispettivo infatti può verificarsi, in tutto o in parte, sia in un momento antecedente che successivo al trasferimento stesso, come accade nei casi di pagamento in acconto ovvero delle dilazioni del pagamento"*.

Ancora: *"Pertanto, qualora in data antecedente al 31 dicembre 2011 il contribuente abbia percepito somme o valori a titolo di anticipazione su una cessione effettuata dal 1° gennaio 2012, le stesse non sono tassabili nell'anno in cui sono percepite ma in quello in cui la cessione si è perfezionata con aliquota d'imposta al 20 per cento.*

Alla luce di quanto esposto, se la cessione a titolo oneroso si è perfezionata antecedentemente al 1° gennaio 2012, la plusvalenza è assoggettata a imposizione con aliquota del 12,5 per cento, anche se il corrispettivo è stato percepito a partire dalla suddetta data di entrata in vigore della nuova aliquota".

Per quanto attiene quindi le specifiche problematiche di disciplina transitoria, di fatto ignorate dal legislatore, riteniamo di poter quindi concludere come segue:

- Le cessioni formalizzate ante 31/12/2013, anche con pagamento entro detto termine, ovviamente beneficiano dell'agevolazione, a condizione che siano – poi – rispettate le regole di reinvestimento secondo il dettato dei commi 6-bis) e 6-ter), che – sia pur solo a detti fini, e transitoriamente, rimarrà in vigore.
- Le cessioni formalizzate entro il 31/12/2013, a parere di chi scrive dovrebbero a legittimo titolo poter beneficiare dell'agevolazione, anche in caso di pagamenti non completati entro il 31/12/2013. Diversamente, si avrebbe l'effetto aberrante ed assurdo di far divenire operazioni addirittura del 2012 come passibili di sanzioni.
- Le cessioni per le quali entro il 31/12/2013 sia intervenuto solo il pagamento a titolo di anticipazione, e non la formalizzazione della cessione, perderanno la possibilità di beneficiare dell'agevolazione.

Al fine di individuare le fattispecie divenute non più agevolabili a partire dal corrente anno di imposta, pertanto, è opportuno richiamare la normativa oggetto di eliminazione.

1. Meccanismo dell'agevolazione - articolo 68 comma 6 - bis TUIR

Secondo il comma 6-bis) le plusvalenze, derivanti dalla cessione di **partecipazioni qualificate** o **non qualificate, possedute da almeno tre anni**, realizzate da contribuenti suscettibili di generare redditi diversi di natura finanziaria di cui all'art. 67 TUIR, e relative a società di cui all'articolo 5, escluse le società semplici e gli enti ad esse equiparati, e all'art. 73 comma 1) lettera a), **costituite da non più di sette anni**, nonché le plusvalenze derivanti dalla cessione di strumenti finanziari e contratti indicati nelle disposizioni di cui alle lettere c) e c) bis dell'art. 67 TUIR, relativi alle medesime società, rispettivamente **posseduti e stipulati da almeno tre anni**, non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto esenti se, **entro due anni dal loro conseguimento**, siano reinvestite in società di cui agli artt. 5 e 73 comma 1 lett. a) TUIR che svolgano la medesima attività, **sempreché si tratti di società costituite da non oltre tre anni**.

Quanto al profilo soggettivo, i contribuenti ammessi all'agevolazione sono:

- persone fisiche residenti, purché non agiscano in qualità di esercenti attività di impresa, arti o professioni ovvero in qualità di lavoratore dipendente;
- società semplici e soggetti equiparati ai sensi dell'art. 5 TUIR;
- enti non commerciali di cui all'art. 73, comma 1, lettera c) TUIR;
- persone fisiche, società ed enti non residenti, quando il reddito si considera percepito nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 23 TUIR.

Sul piano oggettivo, atteso che una delle condizioni per beneficiare dell'esenzione è costituita dall'obbligo di reinvestire la plusvalenza realizzata, entro il biennio successivo al realizzo, in azioni o quote di società di persone o di capitali residenti nel territorio dello Stato costituite da non oltre tre anni e che svolgono la *medesima attività* di quella esercitata dalla società cui si riferisce il rapporto partecipativo ceduto, è importante chiarire cosa debba intendersi precisamente per "medesima attività".

Sul punto è intervenuta la circolare n. 15/E del 10 aprile 2009 con cui l'Agenzia delle Entrate, riprendendo una propria precedente interpretazione¹⁰⁵, ha ritenuto che la locuzione facesse riferimento ad attività ricomprese in un medesimo studio di settore anche se con diverso codice Ateco, attribuendo in tal modo un'accezione piuttosto restrittiva alla locuzione "medesima attività", poco coerente con la *ratio* della norma che dovrebbe essere quella di incentivare l'investimento in nuove imprese e lo sviluppo di nuove realtà produttive.

¹⁰⁵ Cfr. Circolare n. 5/E del 4 febbraio 2004

In ogni caso, tale requisito ricorre anche quando le società svolgono plurime attività di impresa, in questo caso la società in cui viene reinvestita la plusvalenza deve avere ricavi prevalenti nel medesimo settore di attività in cui la società originaria aveva ricavi prevalenti.

La stessa circolare precisa che il reinvestimento può consistere nell'acquisizione di azioni o quote sia di società *start up* neo-costituite, sia di società già esistenti (costituite comunque da non oltre tre anni) che deliberino un aumento di capitale sociale.

Il regime di esenzione di cui al citato comma 6-bis dell'articolo 68 del TUIR si applica altresì alle plusvalenze realizzate mediante la cessione degli strumenti finanziari e dei contratti indicati nelle lettere c) e c –bis) dell'art. 67 TUIR.

Si tratta in particolare di:

- strumenti finanziari simili alle azioni di cui all'art. 44 comma 2 lettera a), la cui remunerazione è costituita interamente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi;
- contratti di cui all'art. 109 comma 9 lettera b) TUIR, ovvero i contratti di associazione in partecipazione e quelli di cui all'art. 2554 c.c. (contratto di partecipazione agli utili e alle perdite) allorché sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi.

Relativamente alla prima tipologia di strumenti appena enunciata, quando la cessione di strumenti finanziari assimilati alle azioni dà luogo alla cessione di una partecipazione qualificata?

Posto che per effetto dello stesso comma 1) lettera c) dell'articolo 67 TUIR, sono assimilati alle plusvalenze da realizzo di partecipazione qualificata gli strumenti finanziari i quali non rappresentino una partecipazione al patrimonio, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito con la Circolare 52/E del 10 dicembre 2004 che nel caso in cui lo strumento finanziario venga emesso a fronte dell'apporto di beni o servizi ovvero in mancanza di un apporto si configura sempre una cessione di partecipazione qualificata.

Nel caso in cui invece gli strumenti finanziari di natura partecipativa siano emessi in contropartita ad un apporto di capitale, essendo il diritto alla restituzione dell'apporto di capitale equiparabile ad un diritto di partecipazione al patrimonio, si delinea una cessione qualificata soltanto se il valore dell'apporto è superiore al 5 o al 25 per cento del patrimonio netto contabile della società emittente, a seconda che le partecipazioni siano o meno quotate.

Relativamente alla seconda tipologia di strumenti elencata, l'assimilazione alla cessione di partecipazioni qualificate si configura quando il valore dell'apporto sia superiore alle medesime percentuali sopra menzionate con riferimento al valore del patrimonio netto contabile alla data della stipula del contratto.

2. *Requisiti temporali per l'applicazione dell'agevolazione*

Come detto, l'esenzione spetta a condizione che:

- le partecipazioni, gli strumenti finanziari ed i contratti siano relativi **a società costituite da non più di sette anni**;
- le partecipazioni e gli strumenti finanziari **siano posseduti da almeno tre anni**;
- i contratti di associazione in partecipazione siano stati **stipulati da almeno tre anni**;
- la società in cui si effettua il reinvestimento deve essere **costituita da non più di tre anni**.

Ai fini del rispetto del requisito di anzianità della società (sia di quella da cui origina la plusvalenza sia di quella dove essa viene reinvestita) si fa ovviamente riferimento alla data di costituzione.

Nel caso siano intervenute operazioni societarie straordinarie quali fusione o scissione, il computo del periodo temporale deve tenere conto anche degli anni di vita della società scissa o fusa.

Inoltre, qualora lo strumento da cui si origina la plusvalenza sia stato acquistato o stipulato in più momenti distinti, si applica il criterio L.I.F.O. di cui all'art. 67 TUIR comma 1 bis, per il quale "*si considerano cedute per prime le partecipazioni, i titoli, gli strumenti finanziari, i contratti acquisiti in data più recente*".

Il limite del triennio entro il quale deve essere costituita la società ove si effettui il reinvestimento viene giustificato da Assonime nella circolare n. 50/2008 con l' "*intento di agevolare solo le cessioni di partecipazioni in società che hanno già superato la fase di start up e non il passaggio da una società all'altra che si trovino entrambe in fase di avvio*". La stessa circolare precisa che "*il presupposto della durata almeno triennale del rapporto partecipativo esclude dall'agevolazione anche l'ipotesi di disinvestimento parziale e di reinvestimento nella stessa società, trattandosi di un presupposto incompatibile con la necessità di effettuare il reinvestimento in società costituite da meno di tre anni*".

3. *Limiti posti all'importo dell'esenzione - articolo 68 comma 6 – ter) TUIR*

Il comma 6-ter) stabilisce un tetto al valore massimo dell'esenzione, costituito dal quintuplo del costo sostenuto dalla società (le cui partecipazioni sono oggetto di cessione) nei cinque anni anteriori alla cessione, per acquisire o realizzare beni materiali ammortizzabili diversi dagli immobili, nonché beni immateriali ammortizzabili, oltre che per spese di ricerca e sviluppo.

In sostanza, il meccanismo incentivante richiede che nella predetta società siano stati effettuati investimenti produttivi e ciò per evitare l'estensione dell'esenzione alle plusvalenze originate da fattori speculativi o comunque non connessi a tale tipo di investimenti.

Con la Circolare n. 15/E del 2009, l'Agenzia delle Entrate ha precisato che tra i beni materiali ammortizzabili non rilevano gli immobili sia di natura strumentale che di natura patrimoniale o gli immobili-merce, e che tra i beni immateriali ammortizzabili deve intendersi ricompreso l'avviamento.

Per quanto riguarda le spese di ricerca e sviluppo, attesa la finalità della norma volta a collegare la misura dell'agevolazione agli investimenti produttivi, si ritiene assumano rilevanza esclusivamente le spese capitalizzate iscritte nello Stato patrimoniale ed ammortizzabili.

Di conseguenza l'importo della plusvalenza **che eccede** detto limite è soggetta a tassazione nei modi ordinari.

Parimenti, un limite oltre il quale si deve intendere tassabile la plusvalenza si verifica evidentemente, come anche evidenziato dalla più volte menzionata Circolare n. 15/E del 2009, qualora il costo del reinvestimento sia inferiore alla plusvalenza realizzata: l'esenzione compete in questo caso limitatamente al costo della nuova partecipazione, dovendosi sottoporre a tassazione la differenza.

4. Conseguenze in caso di mancato reinvestimento nel biennio successivo

Il meccanismo dell'agevolazione di cui alla presente trattazione comporta una sorta di periodo di sospensione durante il quale la plusvalenza non è considerata imponibile ai fini delle imposte sui redditi.

Se entro il biennio successivo al realizzo, il cedente reinveste la plusvalenza alle condizioni di cui all'articolo 68 comma 6) bis del TUIR, si può considerare definitiva l'esenzione da imposizione nei limiti dell'importo reinvestito (e nel rispetto del tetto massimo stabilito dal successivo comma 6-ter).

L'Agenzia delle Entrate, con Risoluzione n. 63 del 10 giugno 2011, riferendosi in particolare alle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni qualificate, ha specificato poi che qualora esse non siano oggetto di reinvestimento nei modi e nei termini stabiliti dall'art. 68 comma 6 bis del TUIR, si deve procedere alla rideterminazione delle imposte mediante il ricalcolo del reddito complessivo relativo al periodo d'imposta in cui la plusvalenza doveva essere originariamente assoggettata a tassazione.

Pertanto, nel caso in cui il contribuente agisca in regime dichiarativo, all'interno del modello Unico Persone fisiche e Enti non commerciali, il quadro rilevante è il RT - Plusvalenze di natura finanziaria, che andrà compilato in corrispondenza del rigo "Plusvalenza non reinvestita (*start up*)".

Nello specifico, in caso di plusvalenza derivante da cessione di *partecipazione non qualificata*, il contribuente dovrà utilizzare il rigo RT 18 (Sezione II-A) del modello dichiarativo e dovrà tassare

detta plusvalenza mediante imposta sostitutiva pari al 20% (o al 12,5% fino al periodo di imposta 2012 che rappresentava il termine del biennio durante il quale si sarebbe dovuta realizzare la condizione di reinvestimento ai fini dell'esenzione relativamente alla plusvalenza realizzata nel corso del 2010). L'imposta sostitutiva andrà maggiorata degli interessi calcolati a decorrere dal termine di pagamento delle imposte derivanti dalla dichiarazione dei redditi relativa all'anno in cui è stata realizzata la plusvalenza.

Brevemente, nel caso di scelta per il regime del risparmio amministrato (art. 6 D.Lgs 461/1997), il contribuente è chiamato a comunicare all'intermediario il mancato reinvestimento entro il biennio, fornendogli la provvista per il pagamento dell'imposta sostitutiva e degli interessi. Nel caso di scelta per il regime di risparmio gestito, è il gestore ad avere l'onere di verificare la sussistenza dei requisiti per la spettanza dell'esenzione e ad operare le necessarie rettifiche del risultato maturato di gestione, sia all'atto della cessione sia al termine del biennio¹⁰⁶.

In caso di plusvalenza da realizzo di *partecipazione qualificata*, il soggetto IRPEF dovrà invece indicare nel rigo RT 38 della Sezione III, oltre all'imponibile della quota di plusvalenza da assoggettare a tassazione¹⁰⁷, anche l'importo di imposta Irpef e di addizionali regionale e comunale dovute, al netto degli interessi, da corrispondere cumulativamente all'imposta dovuta.

5. *Dettagli operativi e dubbi normativi*

A fronte di una disposizione così meticolosa nella enunciazione delle caratteristiche e delle condizioni da rispettare ai fini dell'applicazione del meccanismo agevolativo, un primo dubbio operativo potrebbe riguardare l'esatta individuazione del biennio entro il quale il reinvestimento della plusvalenza realizzata consenta di soddisfare il requisito temporale previsto dall'articolo 68 comma 6 bis TUIR.

Invero, altrettanta precisione del comma citato non è da rilevarsi nella circolare n. 15/E del 2009, laddove in luogo di approfondire il concetto relativo a tale requisito temporale, si prevede che "se alla conclusione del biennio il cedente reinveste.... la plusvalenza diventa definitivamente esente", e "Nel diverso caso in cui, decorso il predetto termine di due anni, il cedente non reinvesta la plusvalenza, quest'ultima assume rilevanza ai fini delle imposte sui redditi..."

L'ipotizzato decorso del biennio di cui alla circolare risulta in evidente contraddizione con la locuzione "biennio entro il quale" della normativa, oltre a rappresentare un concetto poco chiaro (il

¹⁰⁶ nell'eventualità che prima del biennio il contribuente chiuda il rapporto con l'intermediario (sia in caso di risparmio amministrato sia in quello di risparmio gestito), quest'ultimo deve indicare nel 770, quadro SO, la data di realizzo della plusvalenza ed il corrispettivo di cessione; il contribuente assoggetterà a tassazione l'importo della plusvalenza in dichiarazione.

¹⁰⁷ nella misura del 49,72% della plusvalenza (il D.M. 2.4.2008 a partire dal 01.01.2009 ha innalzato a questo valore la quota imponibile che nella previgente disciplina era pari al 40%)

decorso del biennio definirebbe infatti *il dies a quo* può verificarsi un certo evento, ma fino a quando sarebbe lecito che si manifestasse tale evento ?), pertanto si può ragionevolmente presumere che l'Agenzia delle Entrate si sia espressa in maniera non corretta.

In merito alla data di inizio del termine biennale, l'Agenzia delle Entrate fa riferimento, nella sua Circolare n. 15/E 2009, alla data di percezione del corrispettivo della cessione, precisando che "*in caso di rateazione del corrispettivo, ai fini della verifica della condizione del reinvestimento della plusvalenza entro il biennio, detto termine deve essere computato dalla data di percezione di ogni singola rata del corrispettivo*".

La Circolare prosegue chiarendo che in quest'ultimo caso il reinvestimento dovrà riguardare la sola parte della plusvalenza realizzata, ossia quella determinata tenendo conto della quota del corrispettivo percepito e della corrispondente quota del costo.

Esempio:

Costo dello strumento = 80

Corrispettivo totale = 100

Corrispettivo incassato = 70

Quota di corrispettivo incassato = 70%

Parte del costo da raffrontare con l'incassato = 70% di 80 = 56

Plusvalenza da reinvestire = 70 - 56 = 14

Resta inoltre da chiarire come individuare esattamente il termine del biennio, se cioè si debba fare riferimento a due esatte annualità decorrenti dal conseguimento della plusvalenza da cessione della partecipazione (o dello strumento finanziario o contratto), ovvero al più esteso arco temporale che inizia nel periodo di imposta del realizzo della plusvalenza e che termina con la fine del secondo periodo di imposta successivo.

Una interpretazione rigorosa, ma anche razionale, porta a dare rilievo alle esatte date del realizzo della plusvalenza (come sopra individuato) e successivamente del reinvestimento della stessa, inteso come momento nel quale viene effettuato l'esborso finanziario. La normativa si esprime infatti in termini di anni e non di periodi di imposta.

Ulteriori dubbi si pongono a proposito della decorrenza del predetto termine di due anni qualora l'incasso della plusvalenza sia frazionato per effetto della rateazione concessa al soggetto acquirente.

Esempio - Soluzione di Assonime: Circolare n. 50 del 7 agosto del 2008

A è la società partecipata costituita in data 10 ottobre 2002;

Il Signor X possiede la quota di partecipazione in A sin dalla data di costituzione, quindi possiede la quota di partecipazione da più di tre anni;

Il Signor X effettua la cessione della partecipazione in data 12 ottobre del 2008;

L'ammontare complessivo della plusvalenza è pari a 15.000 euro, incassata per 7.500 euro in data 12 ottobre del 2008 e per ulteriori 7.500 euro il 10 febbraio 2009.

Verifica dei requisiti temporali – interpretazione Assonime

Dalla data di costituzione (10 ottobre 2002) alla data di perfezionamento della cessione della partecipazione (12 ottobre 2008) non sono decorsi più di sette anni;

Il soggetto cedente possiede la quota di partecipazione da più di tre anni;

Il termine ultimo per effettuare il reinvestimento di 7.500 euro è il 12 ottobre del 2010;

Il termine ultimo per effettuare il reinvestimento di ulteriori 7.500 euro è il 10 febbraio 2011.

In presenza di queste e di tutte le altre condizioni il contribuente potrà beneficiare dell'esenzione.

Per la verifica del primo requisito temporale, cioè l'anzianità della società le cui quote sono state oggetto di cessione, il riferimento è alla data in cui è avvenuto il perfezionamento dell'atto di cessione (12 ottobre del 2008). Invece per la decorrenza del termine di due anni, quale data finale per l'effettuazione del reinvestimento, il riferimento è rappresentato dal momento in cui viene materialmente incassato il corrispettivo.

Inoltre, secondo le indicazioni di Assonime (Circolare n. 50 del 7 agosto 2008), il beneficio della detassazione è ripetibile: un soggetto può ben usufruire più volte dell'agevolazione, ovvero dopo aver reinvestito in una prima *start up*, decorsi tre anni di possesso, cede la partecipazione e acquista le quote in una nuova società.

Come osservato da Assonime, non si comprende però il motivo per cui il beneficio sia limitato al reinvestimento in società svolgente la stessa attività della società da cui origina la plusvalenza; e pare incoerente il fatto che la detassazione riguardi, oltre alle partecipazioni, anche la cessione di strumenti finanziari o di contratti di associazione in partecipazione mentre il reinvestimento delle plusvalenze esclude questa modalità.

In conclusione, permangono diverse perplessità in ordine alla disciplina illustrata oggetto di recente soppressione, che sarebbero state meritevoli di chiarimento nonostante l'agevolazione fiscale da essa trattata non rientrasse probabilmente tra quelle maggiormente utilizzate alla luce della sua complessità e in particolare della rigidità dei parametri richiesti.



Presidente: *Emilio Abruzzese*

Componenti: *Marcello Braglia,
Matteo Cornacchia,
Cristiana Crispolti,
Maria Giovanna Franchi,
Francesca Rigosi,
Annunziata Sansone,
Gianluca Settepani*

Con la cortese partecipazione del Notaio Rita Merone