

Ripensamento in Cassazione sulla tassazione della cessione del diritto di opzione

di ANGELO BUSANI

L'istituto del diritto di opzione, contemplato nell'articolo 244I, codice civile (per la s.p.a.) e nell'articolo 248I-bis, codice civile (per la s.r.l., ove invero – ma senza mutarne la finalità – lo si denomina “diritto di sottoscrizione” per sottolinearne il carattere soggettivo e la sua forte relazione con la persona del socio) è una chiara espressione della tensione, interna al diritto delle società di capitali, provocata dalla necessaria contemporanea considerazione normativa degli interessi individuali del socio (a

conservare nel tempo l'entità percentuale della sua partecipazione al capitale sociale) e degli interessi della società (ad essere dotata delle occorrenti risorse patrimoniali per lo svolgimento della sua attività).

La relativa disciplina normativa esprime pertanto il punto di equilibrio che il legislatore individua tra i due predetti piani di interesse.

L'origine storica del diritto d'opzione degli azionisti di s.p.a. è relativamente recente, posto che l'istituto era sconosciuto al Codice di Commercio e fu introdotto nel nostro ordinamento solo con l'entrata in vigore dell'attuale codice civile, nel 1942¹ (peraltro, in precedenza l'autonomia statutaria ne aveva fatto comunque utilizzo)². L'attuale formulazione dell'articolo 244I, codice civile (che scaturisce dalla riforma del diritto societario del 2003) risente anche del dettato imperativo³ della cosiddetta “seconda Direttiva in materia societaria”⁴ la quale, imponendo di concedere ai soci il diritto di opzione nel caso di aumento di capitale sociale a pagamento, genera una sostanziale uniformità di disciplina sul punto negli ordinamenti dei Paesi membri. Invece, negli U.S.A. il diritto di opzione nelle *corporations* è fattispecie solo eventuale, in quanto rimessa dagli ordinamenti dei vari Stati all'autonomia statutaria, la quale concretamente vi fa ricorso sporadicamente e solo in relazione alle *close corporations*⁵.

L'articolo 244I c.c. esordisce, dunque, affermando che, in caso di aumento di capitale a pagamento, le azioni «devono essere offerte in opzione ai soci» e, in corrispondenza, attribuisce a detti soci il «diritto» di opzione.

¹ Cfr. ABU AWWAD, *Il diritto di opzione nelle società quotate*, Milano, 2013, 50; MIOCCIO, *Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azioni*, Napoli, 1957, 6; MONTESSORI, *Il diritto di opzione nella emissione di nuove azioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1921, I, 466; NOBILI, *Contributo allo studio del diritto di opzione nelle s.p.a.*, Milano, 1958, 3.

² Cfr. ABU AWWAD, *Il diritto di opzione*, cit., 54.

³ In tal senso, cfr. Corte Giustizia UE, 19 novembre 1996, n. 42, in *Società*, 1997, 3, 357, con nota di GUIDETTI.

⁴ Cfr. l'art. 29, Direttiva n. 77/91/CEE del Consiglio del 13 dicembre 1976 (in G.U.C.E. n. L 026 del 31 gennaio 1977, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati Membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa).

⁵ Cfr. ABU AWWAD, *Il diritto di opzione*, cit., 38; GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle s.p.a.*, Milano, 2001, 150.

Tradizionalmente⁶, questa posizione soggettiva di «diritto» in capo al socio viene collegata alla constatazione della ritenuta esistenza di una pluralità di diritti individuali del socio, integranti la sua “partecipazione sociale” e immanenti nella stessa, fondati sull’adesione del socio al contratto sociale: il diritto d’opzione deriverebbe pertanto dall’attesa del socio alla conservazione dell’originaria misura proporzionale di assunzione di tali suoi diritti. Si distinguerebbe⁷ così, in tale quadro concettuale, un diritto di opzione “in astratto”, riferito al generale interesse del socio alla stabilità della sua partecipazione, intangibile sia dalla maggioranza del capitale sia dall’autonomia statutaria, da un diritto di opzione “in concreto”, occasionato dal singolo aumento di capitale e possibile oggetto di esclusione o limitazione.

Una visione più moderna⁸, che tende a ridimensionare la categoria delle situazioni soggettive del socio, supera invece la visione del diritto di opzione come espressione della sfera soggettiva dell’azionista, e ciò in linea con quanto accade in numerosi altri ordinamenti⁹, ove il diritto di opzione è del tutto assente o previsto come una possibilità conseguente all’esplicito esercizio di una opzione statutaria in tal senso. In altre parole, il diritto di opzione non sarebbe più da intuire come derivazione dal contratto sociale di una tendenzialmente immodificabile posizione di partecipazione proporzionale al capitale sociale, ma, più semplicemente, come un insieme di regole finalizzate allo scopo di regolamentare l’esecuzione dell’operazione di aumento del capitale sociale: in sostanza, più che essere attinente alla sfera soggettiva del socio, il diritto di opzione è intuito come una regola di *governance*, vale a dire come obbligo della società di permettere al socio di esercitare – versando ulteriore capitale di rischio – l’onere (e non tanto il *diritto*) che la legge gli concede per permettergli di non subire la diluizione della caratura della sua quota di partecipazione al capitale sociale.

Il diritto di opzione, oltre che essere esercitabile dall’azionista cui compete, può anche essere ceduto, con la conseguenza che il diritto a partecipare alla sottoscrizione dell’aumento di capitale connesso alla circolazione del diritto di opzione si trasmette dal socio al cessionario del diritto stesso. Si pone, dunque, il tema della tassazione dell’atto avente a oggetto la cessione a titolo oneroso del diritto di opzione, qualora il cedente non agisca nella posizione di soggetto passivo dell’Iva, caso nel quale si avrebbe invero una fattispecie di esenzione da Iva (ai sensi dell’articolo 10, comma 1, n. 4), d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) e un corrispondente abbattimento alla misura fissa dell’imposta di registro (in nome del principio di alternatività di cui all’articolo 40, comma 1, d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131¹⁰, e all’articolo 11, Tariffa Parte Prima¹¹ allegata al TUR), con la precisazione che se l’atto in questione fosse stipulato mediante scrittura privata non autenticata non ve ne sarebbe nemmeno obbligo di registrazione, se non “in caso d’uso” (articolo 5, comma 2, TUR). Se, quindi, il soggetto che cede l’opzione non agisca nell’esercizio di impresa, arte o professione, è indubbiamente forte l’attrazione dell’atto di cessione dell’opzione nell’alveo applicativo dell’articolo 9, TP1 (per il quale si fa luogo a registrazione “in termine fisso”, con l’aliquota del 3 per cento, degli *[a]tti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale*), da applicare alla base imponibile rappresentata «dall’ammontare dei

⁶ Cfr. ASCARELLI, *L’interesse sociale dell’art. 2441 cod. civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. Soc.*, 1956, 93; MIGNOLI, *I diritti della categoria di azioni nel sistema dei diritti degli azionisti*, in *Banca Borsa Tit. di Cred.*, 1955, 1, 459.

⁷ Cfr. NOBILI, *Contributo allo studio del diritto di opzione*, cit., 46; SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2012, 25.

⁸ Cfr. GINEVRA, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale*, cit., 157.

⁹ Cfr. ABU AWWAD, *Il diritto di opzione*, cit., 36.

¹⁰ Recante il testo unico dell’imposta di registro, cui d’ora innanzi ci si riferisce con l’acronimo “TUR”.

¹¹ Ad essa d’ora innanzi ci si riferisce con l’acronimo “TP1”.

corrispettivi in denaro pattuiti per l'intera durata del contratto»: articolo 43, comma 1, lett. h), TUR). Invero, l'atto avente a oggetto la cessione del diritto di opzione non è espressamente contemplato in alcuna voce della TP1 (recante l'elencazione degli atti soggetti a registrazione "in termine fisso") e della Tariffa Parte Seconda¹² allegata al TUR (recante l'elencazione degli atti soggetti a registrazione solo "in caso d'uso").

Senonché, non si può non rilevare che, ai sensi dell'articolo 11, TP1, sono soggetti all'imposta di registro nella misura fissa di euro 200¹³ gli atti pubblici e le scritture private autenticate aventi per oggetto «la negoziazione di quote di partecipazione in società»; e che se un tale oggetto abbia il contratto contenuto in una scrittura privata non autenticata, alla sua registrazione si deve provvedere solo "in caso d'uso" (articolo 2, TP2).

Ebbene, se il conseguimento del diritto di opzione è una posizione strumentale all'acquisizione di una quota di partecipazione al capitale di una società, è mai possibile che sia di entità maggiore l'imposta di registro dovuta per acquistare la posizione strumentale (e cioè l'opzione) rispetto all'imposta di registro dovuta per l'acquisizione del "bene finale", la quale in tanto diviene possibile in quanto sia precedentemente acquisita la posizione strumentale che deriva dalla titolarità dell'opzione?

Nel dare risposta a questo quesito, la Cassazione si è espressa (per quanto consta dai repertori di giurisprudenza) in due sole occasioni e in due modi diametralmente opposti: dapprima¹⁴ è stato deciso (in una fattispecie nella quale la cessione del diritto di opzione venne effettuata in un contesto di ricostituzione del capitale azzerato per perdite) che i cedenti «hanno posto in essere un atto che produce gli stessi effetti, per il suo contenuto economico, della cessione delle quote sociali. Infatti, per effetto della cessione dei diritti di opzione in parola, il [cessionario dell'opzione] ha potuto sottoscrivere le quote di capitale sociale [...] rimaste non optate dagli altri soci [...], consentendo così di portare a termine l'operazione societaria di ricostituzione del capitale», mentre, con la sentenza n. 10240 del 26 aprile 2017, si qualifica come un «errore» quello di «ritenere che la cessione del diritto di opzione e l'acquisto dell'azione costituiscano *unicum* inscindibile. La cessione dei diritti di opzione [...] non realizza automaticamente e di per sé l'effetto traslativo della partecipazione sociale. Ne deriva che l'operazione di cessione del diritto di opzione, per le sue descritte particolarità, non può essere *tout court* assimilabile alla negoziazione di partecipazioni societarie, in difetto dell'equivalenza cessione del diritto di opzione - cessione della partecipazione sociale».

In altri termini: in un primo tempo la Cassazione ha svolto un ragionamento "sostanziale", intuendo la cessione del diritto di opzione (e la relativa tassazione) fortemente impregnata delle caratteristiche del negozio cui essa prelude, e cioè l'acquisto delle partecipazioni oggetto di emissione in sede di aumento del capitale sociale (in sostanza: se quest'ultimo beneficia della tassazione di registro in misura fissa, altrettanto deve essere per l'atto di cessione dell'opzione); in seguito, invece, la Cassazione ha valorizzato l'autonomia dei due momenti negoziali e il carattere fortemente patrimoniale dell'atto di cessione del diritto di opzione (in considerazione del fatto che nell'atto di cessione dell'opzione viene previsto il pagamento di un prezzo, del fatto che il diritto di opzione è finalizzato a salvaguardare il socio dalla diluizione della sua quota di partecipazione al capitale sociale che può derivare da un'operazione di aumento a pagamento del capitale stesso e del fatto che

¹² Ad essa d'ora innanzi ci si riferisce con l'acronimo "TP2".

¹³ L'imposta di registro in misura fissa è stabilita in euro 200, essendo stata elevata da 168 a 200 euro dall'articolo 26, comma 2, d.l. 12 settembre 2013, n. 104, convertito in legge 8 novembre 2013, n. 128 (con effetto dal 1° gennaio 2014, ai sensi dell'articolo 26, comma 3, d.l. 12 settembre 2013, n. 104, convertito in legge 8 novembre 2013, n. 128).

¹⁴ Cfr. Cass., 30 maggio 2005, n. 11466.

il diritto di opzione è pure finalizzato, in caso di emissione delle nuove azioni a valore nominale, a salvaguardare il plusvalore latente della società rispetto al valore nominale del suo capitale sociale).

Se tutte queste argomentazioni svolte nella sentenza n. 10240/2017 sulla autonomia dell'atto di cessione del diritto di opzione e sul suo rilevante contenuto patrimoniale sono senz'altro condivisibili, non pare però che da esse si possa giungere anche al risultato della tassazione dell'atto di cessione dell'opzione con l'imposta di registro in misura proporzionale, ai sensi dell'articolo 9, TUR; e questo perché si tratta di un ragionamento che pare dover essere bloccato al cospetto di una fondamentale riflessione in termini di capacità contributiva. Infatti, se quella espressa dal contribuente che cede la quota di partecipazione è stata ritenuta dal legislatore (per evidenti ragioni di agevolazione) meritevole dell'imposizione in misura fissa, sarebbe incoerente (e illegittima, perché non compatibile con il principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione che impone di trattare con egual criterio le identiche manifestazioni di capacità contributiva) una lettura dell'atto di cessione del diritto di opzione che non tenesse conto del fatto che esso è strumentale alla stipula di un ulteriore e assai più rilevante atto (l'acquisto delle azioni di nuova emissione) che il legislatore ha esplicitamente inteso sottrarre dall'imposizione proporzionale.

È, insomma, la medesima situazione che si ha nel caso in cui si stipuli un contratto preliminare (contenente la previsione di caparre e acconti) recante l'obbligo di concludere un contratto definitivo avente a oggetto la cessione di quote di partecipazione al capitale di una società: il tenore letterale della Nota all'articolo 10, TPr, è invero nel senso che, in ogni caso, caparre e acconti si debbano tassare, rispettivamente, con le aliquote dello 0,5 e del 3 per cento, ma non appare francamente plausibile che la tassazione del contratto preliminare possa eccedere quella (prevista con l'applicazione dell'imposta in misura fissa) del contratto definitivo¹⁵.

La tassazione del contratto preliminare è, infatti, una mera anticipazione del carico tributario dovuto per la stipula del contratto definitivo, in quanto solo con la stipula del contratto definitivo il contribuente manifesta la propria capacità contributiva: pertanto, da un lato, la tassazione con l'imposta proporzionale del contratto preliminare, a prescindere dal contratto definitivo, rappresenterebbe un prelievo non supportato da alcuna manifestazione di capacità contributiva; d'altro lato, la tassazione di entrambi i contratti costituirebbe una evidente duplicazione di prelievo, a fronte di un'unica manifestazione di capacità contributiva¹⁶.

¹⁵ Cfr. in senso contrario, oltre alla predetta Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 407/E del 30 ottobre 2008, anche la Nota n. 114394 del 16 settembre 2011 della Direzione regionale della Lombardia dell'Agenzia delle Entrate, per la quale «nel caso in cui per i beni immobili oggetto del contratto preliminare siano previsti regimi di esenzione o regimi agevolativi, tali regimi non si estendono al contratto preliminare, con in conseguenza che la tassazione applicabile al preliminare potrebbe eccedere quella applicabile al definitivo. Il contratto preliminare, infatti, è un contratto con meri effetti obbligatori, avente ad oggetto la promessa di vendere e, rispettivamente, di acquistare un dato immobile. Detto contratto, dunque, non produce alcun effetto traslativo a costitutivo di diritti reali, comportando solo l'assunzione dell'obbligo di stipulare successivamente il contratto traslativo. Di conseguenza la tassazione agevolata applicabile al contratto definitivo, che peraltro potrebbe anche non venire stipulato, non può estendersi al contratto preliminare, produttivo di soli effetti obbligatori». Questa interpretazione non è convincente: sia perché argomenta sul fatto che il contratto preliminare è un contratto ad effetti obbligatori (senza che questo argomento abbia rilevanza nel ragionamento in questione) sia perché dimentica che in tanto il preliminare è tassato in quanto considerato «un tutt'uno» con il contratto definitivo, essendo unica la manifestazione di capacità contributiva espressa dalla sequenza «preliminare/definitivo».

¹⁶ Cfr. FEDELE, *Trascrizione del contratto preliminare e disciplina tributaria*, in *Riv. Not.*, 2008, 1120, per il quale sotto il profilo fiscale l'operazione che si realizza nella sequenza preliminare-definitivo va intesa come unica manifestazione di capacità contributiva, per cui la disciplina dell'imposta di registro «assoggetta ad imposta proporzionale il solo contratto definitivo e, laddove nel contesto del contratto preliminare emerga ulteriore materia imponibile, ma in ordine a pattuizioni funzionali alla definitiva conclusione dell'affare (per il versamento di caparre o la previsione di acconti sul prezzo, ad es.) stabilisce che l'imposta percetta alla registrazione del preliminare medesimo sia detratta da quella dovuta sul contratto definitivo».

Non resta dunque che una soluzione: leggere la Nota all'articolo 10, TPI, in tema di tassazione di caparre e acconti contenuti in un contratto preliminare, come se fosse stata scritta dal legislatore con la mente evidentemente rivolta alla sola (e ordinaria) contrattazione immobiliare (quella nella quale, invero, il contratto preliminare trova la sua massima frequenza e l'ammontare della tassazione del contratto definitivo è in ogni caso maggiore – salvo fattispecie eccezionali – della tassazione applicabile al contratto preliminare) e ritenendo tale norma inapplicabile al caso in cui il contratto definitivo abbia una tassazione inferiore a quella applicata al contratto preliminare (e, in particolare, senza considerare il caso della contrattazione delle partecipazioni societarie: è assai plausibile in effetti che quest'ultima non sia stata osservata dal legislatore dell'imposta di registro del 1986, in quanto solo a seguito dell'abrogazione della "tassa sui contratti di borsa"¹⁷ e del conseguente venir meno del principio di alternatività tra "tassa di borsa" e imposta di registro – di cui all'articolo 1, comma 3, r.d. 30 dicembre 1923 n. 3278 –, le cessioni di partecipazioni hanno ricevuto tassazione con l'imposta di registro). Cosicché dovrebbe concludersi che¹⁸:

- a) ogni qual volta la tassazione del contratto preliminare sia di importo inferiore a quello che sarebbe da applicare se il contratto fosse stipulato in forma di contratto definitivo, il disposto della Nota all'articolo 10, TUR, ha piena applicazione;
- b) qualora la tassazione del contratto preliminare sia di importo superiore a quello che sarebbe da applicare se il contratto fosse stipulato in forma di contratto definitivo, il disposto della Nota all'articolo 10, TUR, dovrebbe trovare un tetto nell'importo che sarebbe da versare se il contratto preliminare fosse invece stipulato nella forma del contratto definitivo¹⁹ (se non si aderisca a questa tesi, deve darsi necessariamente ingresso a un diritto di rimborso di un importo pari alla maggior tassazione del contratto preliminare rispetto al contratto definitivo; ma non v'è chi non veda l'assurdità di una tassazione applicata già sapendo, al momento stesso della sua applicazione, che essa

¹⁷ Disposta dall'articolo 37, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito in legge 28 febbraio 2008, n. 31.

¹⁸ Invece, l'Amministrazione è giunta (ma solo nel 2013) a concedere unicamente il rimborso di quanto pagato in sede di registrazione del contratto preliminare, in eccesso rispetto alla tassazione del contratto definitivo. Secondo la Circolare Agenzia delle Entrate n. 18/E del 29 maggio 2013, paragrafo 3.1, «nel caso in cui l'imposta proporzionale corrisposta per la caparra confirmatoria e per gli acconti di prezzo risulti superiore all'imposta di registro dovuta per il contratto definitivo, spetta il rimborso della maggiore imposta proporzionale versata per la registrazione del contratto preliminare, secondo le regole previste dall'articolo 77 del TUR. Si rammenta che ai sensi del comma 1 della citata disposizione, il rimborso dell'imposta deve essere richiesto, a pena di decadenza dal contribuente, "entro tre anni dal giorno del pagamento ovvero, se posteriore, da quello in cui è sorto il diritto alla restituzione". Tenuto conto che il diritto alla restituzione sorge a seguito della registrazione del contratto definitivo, in quanto solo in tale sede può essere scomputata l'imposta pagata in sede di preliminare, il termine triennale previsto dal citato articolo 77 decorre dalla data di registrazione del contratto definitivo». L'approdo cui l'Agenzia è pervenuta è senz'altro importante, in quanto, almeno, abolisce l'ottusità con cui erano state scritte le citate R.M. n. 407 del 30 ottobre 2008 e Nota n. 114394 del 16 settembre 2011 della Direzione regionale della Lombardia dell'Agenzia delle Entrate; ma non v'è chi non veda come questa soluzione del rimborso sia oltremodo penalizzante, e ciò non solo perché costringe ingiustificatamente a un esborso, in attesa di avere la restituzione dell'eccedenza in esito a una procedura di rimborso (nella speranza che si tratti di un iter breve), ma anche perché assoggetta il contribuente a un termine di decadenza che invece non sarebbe in gioco se al contribuente fosse consentito di pagare, in sede di tassazione del contratto preliminare, un importo non superiore a quello che, nello stesso momento, sarebbe dovuto se fosse registrato il contratto definitivo.

¹⁹ Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, Commissione Studi Tributari, Studio n. 185-2011/T, approvato il 9 novembre 2011, secondo il quale «appare, però, evidente come l'imputazione prevista nella nota cit. presupponga che l'entità su cui imputare sia maggiore, per cui l'eventuale debenza – per il definitivo – di un'imposta principale inferiore alle somme pagate in sede di registrazione del preliminare per le caparre confirmatorie (e per gli acconti del prezzo), sarebbe in contrasto con il principio, legato all'unica manifestazione di capacità contributiva, alla base del suddetto meccanismo dell'imputazione; e per tale motivo appare necessario – nelle ipotesi in esame – interpretare la norma di cui alla nota in modo da evitare che la tassazione di somme, che si attegga come un'anticipazione della tassazione del definitivo, comporti invece un'eccedenza di imposta rispetto a quest'ultima, con l'effetto di variare di fatto l'unitario assoggettamento ad imposta di registro dell'operazione preliminare-definitivo, parametrata sull'imposta principale dovuta per il definitivo. In conclusione, quindi, la nota all'art. 10 cit. dovrebbe essere letta intendendo l'imposta principale dovuta per il definitivo come limite massimo alla tassazione dell'operazione unitariamente considerata nella sequenza preliminare-definitivo, con la conseguenza di applicare – in sede di tassazione del preliminare che già prefiguri i requisiti rilevanti per la tassazione del definitivo – l'imposta proporzionale di registro fino a concorrenza di quella che sarà dovuta per il definitivo».

darà luogo a un diritto di rimborso, sia nel caso in cui il contratto definitivo venga stipulato, sia nel caso in cui non venga stipulato)²⁰.

Le stesse conclusioni, *mutatis mutandis*, paiono poter essere ripetute per la sequenza “acquisto del diritto di opzione / acquisto della quota di partecipazione che il diritto di opzione dà il diritto di sottoscrivere”: pare insomma non sostenibile che la misura della tassazione del secondo negozio non costituisca un limite per la tassazione del primo negozio, la cui stipula è un momento imprescindibile affinché il secondo possa essere stipulato.

²⁰ Cfr. Comm. Trib. Reg. Lombardia, 20 luglio 2015, secondo cui «se il contratto preliminare prevede la corresponsione di acconti non soggetti a Iva, per il principio dell'autonomia tra preliminare e contratto definitivo, l'imposta dovuta per la sua registrazione è quella proporzionale del 3 per cento e non quella fissa e questo anche se il contratto definitivo va assoggettato ad imposta fissa in quanto è sempre prevista la possibilità di richiedere il rimborso della maggiore imposta versta per effetto del preliminare rispetto al contratto definitivo».
