

ALBERTO RIGHINI

I conferimenti d'opera e servizi
nelle società di persone e di capitali: alcune riflessioni
tradibili dal nuovo art. 2500 *quater* c.c.

SOMMARIO: 1. Premessa: diversità tra apporti d'opera e loro eventuale affluenza nel capitale. – 2. Disciplina dei conferimenti e degli apporti d'opera o servizi nei vari tipi di società: società di persone. – 3. *Segue*: società a responsabilità limitata. – 4. *Segue*: società per azioni. – 4.1. Azioni con prestazioni accessorie (*ex art.* 2345 c.c.). – 4.2. Strumenti finanziari partecipativi (*ex art.* 2346, comma 6°, c.c.). – 5. Riflessi sulla disciplina dei conferimenti o apporti d'opera in sede di assegnazioni di azioni o quote nelle trasformazioni. – 6. Conseguenze dell'art. 2500 *quater* c.c. sull'interpretazione della disciplina dei conferimenti d'opera nelle società di persone: la «capitalizzazione» del conferimento d'opera.

1. – Interpretando le esigenze dell'attuale contesto socio economico, in cui si attribuisce sempre più valore al capitale umano nell'impresa e si ricercano strumenti «flessibili» per conseguirlo, la recente riforma del diritto societario ha introdotto nuove opportunità per eseguire «conferimenti», e più in generale «apporti», d'opera o servizi nelle società.

La riforma, infatti, modificando profondamente la disciplina previgente ⁽¹⁾, ha reso possibile, così come lo era già per le società di persone, i conferimenti d'opera al capitale delle società a responsabilità limitata ed ha previsto per le società azionarie, dove tali conferimenti al capitale sono esplicitamente vietati, la possibilità di emettere, accanto alle già disciplinate azioni con prestazioni accessorie, altri strumenti

⁽¹⁾ L'art. 5, d.p.r. 10 febbraio 1986, n. 30, emanato in attuazione della seconda direttiva societaria della Comunità europea, aveva infatti modificato l'art. 2342 c.c. prevedendo un esplicito divieto di conferire opere e servizi al capitale della società per azioni e quindi anche al capitale delle società a responsabilità limitata per il rinvio dell'art. 2476 c.c. all'art. 2342 c.c.

finanziari con cui si remunera «l'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opere e servizi» (ex art. 2346 c.c.) ⁽²⁾.

Da questi brevi cenni, emerge che il nostro ordinamento riconosce diverse possibilità per conferire o apportare in società opere o servizi.

Queste possibilità, pur comportando sempre un apporto d'opera, sono in realtà fattispecie molto differenti, il cui ricorso può essere condizionato dalle diverse esigenze del conferente e della società conferitaria.

In particolare, anticipiamo che, al di là delle prescrizioni normative che consentono o vietano il conferimento o l'apporto d'opera o di servizi nei vari tipi di società ⁽³⁾, la scelta di ricorrere al conferimento, o ad un'altra forma di apporto d'opera ⁽⁴⁾, è motivata dai differenti interessi perseguiti dalle parti (conferente e società conferitaria).

Nel conferimento d'opera, l'interesse del *conferente* è quello di diventare socio pur essendo privo dei «mezzi» finanziari o patrimoniali.

⁽²⁾ Evidenziamo ancora che la riforma ha reso possibile la valorizzazione dell'apporto personale dei soci nelle società azionarie anche attraverso «una diversa assegnazione di azioni» (non proporzionale) ex art. 2346, comma 4°, c.c. Lo stesso legislatore (Relazione ministeriale sulla disciplina dei conferimenti) indica la possibilità di ripartizione delle azioni tra i soci in misura diversa da quella che risulterebbe sulla base di un criterio di proporzionalità con il valore dei loro conferimenti, quale modo per apportare in società elementi utili per l'attività sociale «non corrispondenti ai requisiti richiesti per la loro imputazione a capitale» tra cui possiamo sicuramente far rientrare anche i conferimenti d'opera e di servizi.

Su tale possibilità (assegnazione di azioni non proporzionale al conferimento) comunque non ci soffermeremo nel presente articolo perché non rilevante per le considerazioni che faremo.

⁽³⁾ Così ad es. il conferimento d'opera per la «sottoscrizione» del capitale sociale è ammesso nelle società di persone ed in quelle a responsabilità limitata mentre è vietato in quelle azionarie, o ancora gli strumenti finanziari sono ammessi nelle sole società azionarie così come le azioni con prestazioni accessorie, salvo le osservazioni che faremo in seguito circa la possibilità di emettere quote con prestazioni accessorie anche nelle società a responsabilità limitata.

⁽⁴⁾ Naturalmente laddove esiste una possibilità alternativa di scelta. Ad es. nelle società a responsabilità limitata si potrebbe porre un'alternativa tra il conferimento d'opera o le prestazioni accessorie, sempre se si ammette, come sostenuto dall'autorevole interpretazione del Collegio notarile Milanese (massima n. 9 del 2004), che nel nuovo contesto normativo che ha abrogato l'art. 2478 c.c. previgente tali società possano ancora emettere quote con obbligo di prestazioni accessorie. O ancora un'alternativa si potrebbe porre nelle società per azioni dove l'apporto d'opera può essere ottenuto mediante la sottoscrizione di azioni con prestazioni accessorie o di strumenti finanziari.

Eseguendo la prestazione d'opera il conferente libera la sua quota senza alcun esborso economico.

L'interesse della *società conferitaria* sarà invece di tipo «organizzativo», in quanto, «inserendo» i prestatori d'opera nella compagine sociale, si aggregano risorse economiche ed umane nel «vincolo» del rapporto sociale. Il legame che si crea, da un punto di vista strettamente imprenditoriale, si dovrebbe tradurre in termini di benefici sulla produttività dell'impresa ⁽⁵⁾ poiché i prestatori-soci, hanno una maggiore motivazione per il buon andamento economico della società.

Diversamente, con le azioni con prestazioni accessorie, l'interesse del *conferente* non può essere quello di diventare socio senza «mezzi», in quanto tali azioni devono essere necessariamente liberate da conferimenti in denaro o in natura (art. 2345 c.c.), ma è quello di ricevere una remunerazione aggiuntiva per le prestazioni «accessorie» che esegue a favore della società.

La società emittente, dal canto suo, sempre in un'ottica d'interesse «organizzativo», oltre che acquisire prestazioni dai soci, cosa che ricordiamo nel caso delle società azionarie non sarebbe altrimenti possibile, se non ricorrendo eventualmente all'emissione di strumenti finanziari, si può assicurare le prestazioni dei fornitori legandole allo *status* di socio.

In ogni caso, sia ponendosi dal punto di vista di acquisire prestazioni dai soci, che di «legare» i fornitori alle sorti della società, con l'emissione di queste azioni, la società si garantisce maggiormente l'esatto, e continuo, adempimento da parte del socio-fornitore.

Infatti, da una parte si può dettare nell'atto costitutivo una puntuale disciplina delle stesse cui il socio è vincolato (*ex art. 2345 c.c.*) e dall'altra, essendo queste azioni nominative ed intrasmissibili senza il consenso degli amministratori, offrono maggiori tutele in caso di alienazione, poiché la società è sempre in grado di esprimere il proprio «gradimento» e «controllare» che l'acquirente si trovi nella situazione obiettiva di adempiere alle prestazioni dovute.

Infine, per quanto riguarda gli strumenti finanziari, dal momento che dalla sottoscrizione degli stessi non discende mai un rapporto

⁽⁵⁾ Sul tema si v. WEIGMANN, *Capitale, utili e riserve nelle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 45.

sociale⁶, l'interesse del conferente andrà ricercato nella regolamentazione dei diritti amministrativi e patrimoniali che ne fa lo statuto.

Per cui se il conferente è il socio che apporta la propria opera, il suo interesse sarà presumibilmente quello della remunerazione (ottenere quindi dei diritti patrimoniali che remunerano il suo apporto) ma potrebbe essere anche diverso qualora ad esempio tra i diritti amministrativi legati allo strumento finanziario ci siano diritti particolari di cui lo stesso non dispone (ad es. la riserva di nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione, sorveglianza o di un sindaco *ex art. 2346 c.c.*).

L'interesse della società conferente sarà sempre di tipo organizzativo, nel senso dell'acquisizione di elementi (prestazioni) utili per il proficuo svolgimento dell'attività sociale.

A differenza delle azioni con prestazioni accessorie, con gli strumenti finanziari la società si garantisce maggiormente le prestazioni del titolare in quanto se ne può vietare la circolazione.

Dopo queste prime riflessioni, che volevano brevemente anticipare la sostanziale diversità di scopo tra le varie tipologie d'apporto d'opera vigenti nel nostro ordinamento, soprattutto con riferimento a ciò che costituisce «conferimento» di capitale e ciò che invece non lo è, analizziamo con riferimento ai diversi tipi di società le varie possibilità di apporto indicate (parr. 2, 3 e 4), per vedere poi i riflessi che la normativa esistente determina in sede di applicazione del nuovo art. 2500 *quater* c.c. che disciplina l'assegnazione di azioni e di quote ai soci, anche d'opera, in sede di trasformazione da società di persone in società di capitali (par. 5), ed infine le conseguenze che il nuovo articolo 2500 *quater* c.c. determina sull'interpretazione della normativa dei conferimenti d'opera nelle società di persone (par. 6).

Circa i riflessi della normativa sui conferimenti d'opera nella trasformazione di una società di persone in una società di capitali, vedremo come in presenza di soci d'opera, questi, in ragione della diversa normativa esistente nel nuovo tipo societario adottato con la trasformazione, ma anche in ragione delle diverse esigenze evidenziate, potrebbero essere «riqualificati». Così un socio d'opera di una società

⁶) In questi strumenti, per definizione, non vi può essere mai imputazione dell'apporto a capitale e né al sottoscrittore può essere attribuito il diritto di voto, se non per determinati argomenti (art. 2351 c.c.).

di persone, a seguito della trasformazione, può diventare socio di capitale di una società a responsabilità limitata o azionista con il vincolo (o meno) di eseguire prestazioni accessorie, o può perdere lo *status* di socio ed essere sottoscrittore di strumenti finanziari.

2. – Nelle società di persone la possibilità per i soci di conferire «quanto necessario per il perseguimento dell'oggetto sociale» (ex art. 2253 c.c.) trova la sua massima espressione non essendo imposti dall'ordinamento vincoli o divieti come nelle società di capitali ⁽⁷⁾.

La motivazione di tanta «libertà» è stata ricondotta dalla dottrina al diverso ruolo che in queste società rivestono i conferimenti, e quindi il capitale sociale ⁽⁸⁾. In questo contesto, infatti, la tradizionale attribuzione di «garanzia» dei creditori sociali è notevolmente ridimensionata dal tipo di responsabilità (illimitata) dei soci.

In particolare, per quel che rileva in questa sede, la possibilità che i soci conferiscano la propria opera, o i propri servizi, è esplicitamente prevista dal legislatore in molte disposizioni.

Brevemente in tema:

⁽⁷⁾ Vedremo, infatti, che nelle società azionarie i conferimenti a capitale di opere e servizi sono espressamente vietati (ex art. 2342, comma 5°, c.c.) ed è possibile conferire solo denaro o, previa redazione di una perizia di stima (ex art. 2343 c.c.), beni in natura o crediti, mentre nelle società a responsabilità limitata la riforma ha allargato le maglie dei divieti delle attività conferibili, prevedendo la conferibilità di «tutti gli elementi dell'attivo suscettibili di valutazione economica» ed in particolare, per quel che rileva in questa sede, ha eliminato il divieto di conferire opere e servizi pur prevedendo vedremo delle prestazioni di garanzia.

⁽⁸⁾ La previgente dottrina individuava le ragioni di una differente disciplina per il diverso ruolo svolto nelle due categorie di società (persone e capitali) dal patrimonio sociale formato dai conferimenti dei soci: nelle società di capitali esso rappresentava – in linea di principio e salva l'eccezione relativa agli accomandanti di s.a.p.a. – l'unica garanzia per i creditori sociali; nelle società di persone invece, il patrimonio sociale non era mai l'unica garanzia dei creditori sociali in quanto c'è sempre almeno un socio illimitatamente responsabile per le obbligazioni sociali. Si spiega così che mentre nelle società personali qualunque entità utile allo svolgimento dell'attività sociale può, in linea di massima, essere oggetto di conferimento, altrettanta libertà non si rinviene nelle società di capitali la cui disciplina impone talune restrizioni, funzionali alla tutela dei creditori sociali. MARASÀ, *Le società*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, p. 155.

- di indicazione da fornire nell'atto costitutivo, l'art. 2295 c.c. al n. 7 richiede esplicitamente che siano indicate *«le prestazioni a cui sono obbligati i soci di opera»*;
- di ripartizione dei guadagni o delle perdite, l'art. 2263 c.c., comma 2° prevede che *«la parte spettante al socio che ha conferito la propria opera, se non è determinata dal contratto, è fissata dal giudice secondo equità»*;
- di ripartizione dell'attivo a seguito della liquidazione della società, l'art. 2282 c.c. prevede che: *«estinti i debiti sociali, l'attivo residuo è destinato al rimborso dei conferimenti. L'eventuale eccedenza è ripartita tra i soci in proporzione della parte di ciascuno nei guadagni. L'ammontare dei conferimenti non aventi per oggetto somme di denaro (tra cui rientrano i conferimenti d'opera) è determinato secondo la valutazione che ne è stata fatta nel contratto o, in mancanza, secondo il valore che essi avevano nel momento in cui furono eseguiti»*;
- di esclusione per sopravvenuta inidoneità ad eseguire la prestazione, l'articolo 2286, comma 2° prescrive che *«il socio che ha conferito nella società la propria opera ...può essere escluso per sopravvenuta inidoneità a svolgere l'opera ...»*.

Ciò che è interessante notare è che, nella richiamata normativa, non si rinvencono indicazioni, se non indirettamente, circa il «trattamento» di questi conferimenti. Si tratta di conferimenti di capitale, e quindi da imputare a capitale, o di conferimenti di patrimonio e quindi non imputabili a capitale?

Ad offrire spunti di riflessione in merito, è l'art. 2282 c.c., che disciplinando la ripartizione dell'attivo in sede di liquidazione, stabilisce che, dopo l'estinzione dei debiti sociali, l'attivo deve essere destinato alla restituzione dei conferimenti chiarendo che, per quelli diversi dal denaro (tra cui rientrano anche i conferimenti d'opera), la restituzione è fatta sulla base della valutazione che risulta dal contratto o in mancanza con riferimento al valore che avevano nel momento in cui furono eseguiti ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Il riferimento al valore dei conferimenti al «momento dell'esecuzione» in sede di restituzione è una condizione indispensabile da seguire poiché se non rispettata determina una ripartizione irragionevole. Infatti si supponga ad esempio che due soci A e B si siano impegnati a conferire in società, a fronte di un'eguale partecipazione agli utili, rispettivamente: A 100 di denaro e B 100 di servizi in 5 anni (20 all'anno) e che al momento della liquidazione (terzo anno) A abbia versato tutto il denaro e B, come da impegno, abbia eseguito prestazioni per 60.

Ciò vuol dire quindi che, se in sede di liquidazione, il legislatore riconosce la necessità di fare riferimento ad una valutazione dell'apporto per procedere alla restituzione del conferimento al socio, ammette indirettamente nel contempo che, durante la vita della società, questi apporti non siano stati necessariamente imputati a capitale.

E' chiaro, infatti, che la «valorizzazione» dei conferimenti d'opera si rende necessaria solo nel caso in cui gli apporti non siano già stati imputati a capitale.

In altri termini, dalla disposizione dell'art. 2282 si può trarre che se disciplinando la fase della liquidazione, il legislatore riconosce la possibilità di un trattamento «a patrimonio» degli apporti d'opera durante la vita della società, perché ne reputa necessaria una valutazione in fase di liquidazione, indirettamente ammette entrambi i metodi («a patrimonio» durante la vita della società e necessariamente «a capitale» in fase di liquidazione).

Un delineato contesto normativo è più che naturale che offrisse alla dottrina ampi spazi per elaborare sue interpretazioni in merito al trattamento di questi conferimenti (pro e contro la capitalizzazione), le quali sono influenzate dalla diversa funzione che le stesse attribuiscono al capitale sociale.

Una parte della dottrina ⁽¹⁰⁾, che assegna al capitale sociale una preminente funzione di garanzia nei confronti dei terzi che contrattano con la società, e conseguentemente ritiene conferibili solo i beni espropriabili, ha qualificato tali conferimenti come *conferimenti di «patrimonio»* poiché, pur costituendo entità utili per il perseguimento

Se si suppone che l'attivo residuo di liquidazione è pari a 180 e si restituiscono i conferimenti non con il vincolo di quanto effettivamente eseguito, ma in proporzione ai rispettivi impegni (o alle rispettive partecipazioni agli utili), i due soci riceverebbero 90 ciascuno (180 diviso 2 perché l'impegno, così come la partecipazione agli utili è identica).

Quindi A non avrebbe l'integrale restituzione di quanto effettivamente conferito in società (100), nonostante l'attivo residuo sia capiente, mentre B riceverebbe addirittura 30 in più rispetto a ciò che è stato il suo reale apporto.

Invece, procedendo alla restituzione dei conferimenti con riferimento al valore dell'esecuzione, vuol dire che A riceve 110 (tutto il suo conferimento 100, più il 50% (10) dell'eccedenza tra l'attivo residuo e il rimborso dei conferimenti $180 - 160 = 20$, ex art. 2282, comma 1°) mentre B riceve 70 (tutto il conferimento eseguito 60 più il 50% (10) dell'eccedenza tra l'attivo residuo e il rimborso dei conferimenti $180 - 160 = 20$ ex art. 2282, comma 1°).

⁽¹⁰⁾ V. nota 12.

dell'oggetto sociale, non sono idonei alla garanzia dei creditori sociali e non sono quindi neppure iscrivibili in bilancio (dottrina contro la «capitalizzazione»).

Altra parte ⁽¹⁾, invece, attribuisce al capitale ed ai conferimenti una funzione produttiva, nel senso di garantire alla società ogni e qualsiasi entità utile al conseguimento dell'oggetto sociale. In quest'ottica è conferibile in società non solo ciò che è espropriabile, ma ogni entità suscettibile di valutazione economica ed utile al fine di realizzare gli scopi societari. Il conferimento d'opera è così equiparato ai conferimenti tipici (denaro e beni in natura) qualificati *di capitale* (dottrina pro la «capitalizzazione»).

Non soffermandoci sulle singole questioni ed osservazioni fatte dalle opposte dottrine, le quali sono per lo più orientate ad affermare le proprie tesi attraverso la confutazione delle tesi opposte, e rinviando quindi alle stesse per eventuali e puntuali approfondimenti ⁽¹²⁾, ci limitiamo ad evidenziare in questa sede gli indiscutibili e principali effetti (capitalizzazione o meno) che le differenti teorie determinano sui soci, sulla società e sui terzi, con la consapevolezza che nella prassi si

⁽¹⁾ V. nota 12.

⁽¹²⁾ In particolare a favore dell'imputazione a capitale è soprattutto DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, II ed.; p. 90; ed ancora ID., *Ancora sulla composizione del capitale sociale nelle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 46; dove effettua una esplicita replica alle obiezioni postegli da WEIGMANN, *Capitale, utili e riserve nelle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 45.

Per Di Sabato il conferimento d'opera deve essere incluso nel capitale per esigenze di uniformità dei principi contabili, per tutelare il socio d'opera e per non escluderlo dalle decisioni in materia di capitale. Secondo l'impostazione dell'autore, tutti i conferimenti andrebbero imputati a capitale al fine di conservare la funzione di produttività dell'impresa sociale, di consentire la corretta determinazione del risultato d'impresa e l'eguaglianza di posizione dei soci al termine della società.

In posizione intermedia per la capitalizzazione si esprimono in termini di «eventualità» (se preventivamente valutato) GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 128; o facoltà G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, III ed., p. 487. Mentre contro e quindi ritengono non capitalizzabile il conferimento d'opera in quanto conferimento di patrimonio che si esaurisce con la prestazione: F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1980, p. 211; SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, p. 310; ROMAGNOLI, *Per uno studio sui conferimenti d'opera*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, p. 1418; ID., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, p. 153; MINNITI, *Il socio d'opera nelle società di capitali e nelle società di persone*, in *Vita not.*, 1986, p. 1377; GALGANO, *Le società in generale, Le società di persone*, Milano, 1982, p. 180.

riscontrano entrambe le impostazioni, nel senso che i conferimenti d'opera sono sia imputati a capitale che, forse più frequentemente, non imputati a capitale.

Per quanto riguarda gli «effetti», è stato osservato ⁽¹³⁾ che la scelta di «capitalizzare», e quindi di imputare a capitale i conferimenti d'opera, consente di ottenere una più corretta determinazione del risultato d'esercizio (utile o perdita), nonché garantisce l'uguaglianza di posizione dei soci al termine della società e tutela maggiormente i creditori sociali.

In particolare sul risultato d'esercizio, e quindi sull'utile distribuibile, si osserva che se non si capitalizza il servizio espletato dai soci che lo hanno conferito, e quindi indirettamente non se ne calcola il costo, si evidenzia un utile fittizio (maggiore) e si distorce il quadro fedele della redditività dell'impresa. A conferma si può osservare che se si acquistasse la medesima prestazione da un terzo con denaro, la spesa verrebbe subito imputata e diminuirebbe il saldo attivo dell'esercizio.

Viceversa, la capitalizzazione, consente di evidenziare il corretto risultato dell'esercizio proprio perché valorizza tutti i costi sostenuti per lo svolgimento dell'attività sociale e quindi per la produzione del reddito.

Conseguentemente questa diversa determinazione del risultato di esercizio (maggiore nel caso non si capitalizzi e viceversa minore nel caso si capitalizzi) si riflette anche sulla attribuzione degli utili (maggiore o minore) ai soci ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ In tal senso soprattutto DI SABATO, *op. cit.*, nota 12.

⁽¹⁴⁾ Esemplificando:

- *ipotesi della NON capitalizzazione* - due soci (A e B) costituiscono una società e apportano rispettivamente: A capitale per 100 che versa subito nelle casse sociali e B sue prestazioni per 100 che esegue integralmente nel corso dell'esercizio senza che le stesse siano capitalizzate e che quindi se ne rilevi il costo. Se la società produce nell'esercizio ricavi per 200 e costi per 20, nell'ipotesi in cui ai soci sia riconosciuta un'uguale partecipazione agli utili (50%) a fine esercizio i soci A e B riceveranno rispettivamente utili per 90 (ricavi 200 – costi 20, che non comprendono il costo di 100 delle prestazioni rese da B = 180 /2);

- *ipotesi della capitalizzazione* - se invece a parità di condizioni si considera anche il costo delle prestazioni rese da B (100) i due soci (A e B) riceveranno rispettivamente utili per 40 (ricavi 200 – costi 120, che comprendono il costo di 100 delle prestazioni rese da B = 80 /2).

Quanto ai creditori sociali, la «capitalizzazione» determina una loro maggiore tutela, poiché consente di «conservare più correttamente» nel patrimonio sociale i valori che corrispondono a tutti i beni e servizi impiegati nell'esercizio dell'attività economica.

Per quanto riguarda poi la fase della liquidazione della società, la preventiva valorizzazione (e quindi capitalizzazione) del conferimento d'opera, tutela sicuramente maggiormente la posizione del socio d'opera in sede di ripartizione dell'attivo, poiché garantisce l'uguaglianza di posizione dei soci al termine della società.

Ciò in quanto, seppur abbiamo accennato che in forza dall'art. 2282 c.c. tutti i conferimenti (capitalizzati o meno che siano) sono rimborsati ai soci (e quindi c'è parità di trattamento), sicuramente, in presenza di conferimenti già capitalizzati (e quindi già valutati) il rimborso sarà diretto, come quelli di capitale, e non dovrebbe dare luogo a conflitti tra i soci perché gli «accordi» sul suo valore sono già stati presi in sede di costituzione ed «esternati» in maniera univoca attraverso l'imputazione a capitale.

In realtà, con riferimento agli effetti che si determinano in capo ai soci in sede di liquidazione, la presenza dell'art. 2282 c.c., rende evidente come il legislatore ha inteso permettere entrambi i metodi poiché ne ha reso equivalenti gli effetti⁽¹⁵⁾.

Così, se è vero che durante la vita della società si distribuiscono più utili con un metodo (non capitalizzazione) più che con un altro (capitalizzazione), la situazione è poi equiparata, per i soci, al momento della liquidazione della società.

Infatti, se la scelta di capitalizzare il conferimento d'opera determina una contrazione dell'eventuale risultato positivo d'esercizio (emergono meno utili), e questo minore utile è distribuito nel tempo ai soci, in sede di liquidazione, tutti i soci si vedranno attribuire una quota maggiore di attivo di liquidazione (proprio perché si sono distribuiti meno utili) e viceversa, se si è scelto di non capitalizzare il

Quindi nell'ipotesi di *NON capitalizzazione* i soci ricevono più utile (90 contro 40).

⁽¹⁵⁾ Abbiamo già evidenziato, seppur ricorrendo a differenti argomentazioni, come dall'art. 2282 c.c. si debba trarre il riconoscimento del legislatore per entrambi i metodi. Alle argomentazioni utilizzate in tale altra sede (necessità di una valutazione in sede di liquidazione e quindi possibilità di una non capitalizzazione dei conferimenti d'opera durante la vita della società) si possono ora affiancare queste dell'equivalenza degli effetti.

conferimento d'opera, emergeranno più utili che, sempre se distribuiti nel tempo, determineranno in sede di liquidazione un minore attivo da distribuire ai soci (la distribuzione dell'utile diminuisce la liquidità della società) ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Esemplicando:

- *IPO (I) non capitalizzazione* (+ utili distribuibili – attivo di liquidazione).

Abbiamo già evidenziato come la *non capitalizzazione* determini maggiori utili – nota 11 – pertanto non ci soffermeremo su tale aspetto mentre vedremo come ciò si trasforma in minore attivo di liquidazione e poi dopo aver esposto l'*IPO (II)* vediamo come le due IPO (I) e (II) si equivalgono.

Supponiamo che:

- due soci A e B abbiano conferito in società rispettivamente A 100 di denaro e B 100 di prestazioni (eseguite e non capitalizzate) ed abbiamo una paritetica partecipazione ai risultati della gestione;

- la società ha realizzato un utile di 150;

- la situazione patrimoniale della società è:

Attivo: cassa 250 Patrimonio 250
(capitale 100 e utile d'esercizio 150)

Se i soci prelevano l'utile di 150 (attribuendosi 75 ciascuno) le disponibilità liquide della società (cassa) diventeranno 100 (250 – 150) per cui in sede di eventuale liquidazione (se come da esempio non ci sono passività da estinguere) si vedranno attribuire 50 ciascuno (la cassa 100/2). Quindi i soci hanno prelevato dalla società complessivamente 125 ciascuno (75 di utili + 50 di attivo di liquidazione).

- *IPO (II) capitalizzazione* (– utili distribuibili + attivo di liquidazione).

Supponiamo che:

- due soci A e B abbiano conferito in società rispettivamente A 100 di denaro e B 100 di prestazioni (eseguite e capitalizzate) ed abbiamo una paritetica partecipazione ai risultati della gestione;

- la società ha realizzato un utile di 50;

- la situazione patrimoniale della società è:

Attivo: cassa 250 Patrimonio 250
(capitale 200 e utile d'esercizio 50)

Se i soci prelevano l'utile di 50 (attribuendosi 25 ciascuno) le disponibilità liquide della società (cassa) diventeranno 200 (250 - 50) per cui in sede di eventuale liquidazione (se come da esempio non ci sono passività da estinguere) si vedranno attribuire 100 ciascuno (la cassa 200/2). Quindi i soci hanno prelevato dalla società complessivamente 125 ciascuno (75 di utili + 50 di attivo di liquidazione).

Quindi vediamo che le due ipotesi pur determinando un diverso risultato di utili e di attivo distribuibile nel complesso si equivalgono (ai soci è attribuito sempre 125).

Da quanto esemplificato si deve trarre anche che se in sede di liquidazione non si riescono a restituire i conferimenti (*ex art. 2282 c.c.*) perché si sono prelevati più utili (*NON* si è capitalizzato il conferimento d'opera) la situazione di apparente svantaggio è in realtà compensata come visto dai maggiori prelievi eseguiti nel tempo sugli utili.

Per cui nel complesso le due situazioni, con riguardo ai soci, possono ritenersi equivalenti nel tempo ⁽¹⁷⁾ (*non capitalizzazione*:+ utili distribuibili – attivo di liquidazione = *capitalizzazione*:– utili distribuibili + attivo di liquidazione) ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Sempre che in sede di liquidazione ci sia margine per il rimborso di tutti i creditori, altrimenti con il metodo della patrimonializzazione sia avrebbe una preferenza per i soci che hanno ricevuto più utili nel corso della vita della società rispetto ai creditori rimasti insoddisfatti in liquidazione, salvo gli effetti che avrà un eventuale fallimento personale dei soci.

⁽¹⁸⁾ Sempre in tema di effetti è interessante osservare poi che nell'ipotesi di partecipazione agli utili uguale al conferimento, la scelta della capitalizzazione può generare differenti effetti a seconda, ed in conseguenza, del differente meccanismo di capitalizzazione utilizzato.

In particolare vediamo che la consistenza del capitale, e quindi la partecipazione agli utili che abbiamo supposto uguale al conferimento, varia se si decide di capitalizzare subito tutto l'impegno al conferimento d'opera o se lo si capitalizza via via che il socio esegue la prestazione cui si è impegnato.

Così, se si *capitalizza subito integralmente tutto il conferimento d'opera* il capitale e la relativa corrispondente partecipazione del socio ai risultati di gestione saranno da subito maggiori che nell'ipotesi in cui si *capitalizza per maturazione il conferimento d'opera* dove il capitale e la relativa partecipazione ai risultati della gestione sociale si accrescono invece via via nel tempo fino all'integrale estinzione dell'obbligazione contratta dal socio d'opera ad eseguire la prestazione.

Esemplificando:

(I) *Capitalizzazione integrale di tutto il conferimento d'opera*

Ipotizzando due soci (A e B) che apportano rispettivamente: A capitale per 100 che versa subito nelle casse sociali e B sue prestazioni per 100 che si impegna ad eseguire nell'arco di 5 anni, se si capitalizza subito ed integralmente l'apporto d'opera (100), si avrà che il capitale sarà pari a 200 ed il socio d'opera parteciperà da subito ai risultati della gestione nella misura del 50%.

(II) *Capitalizzazione per maturazione il conferimento d'opera*

Riproponendo l'esempio precedente, e quindi i due soci (A e B) che apportano rispettivamente: A capitale per 100 che versa subito nelle casse sociali e B sue prestazioni per 100 che si impegna ad eseguire nell'arco di 5 anni, in questo caso si avrà che il capitale della società sarà costituito nel primo anno da 120 (100 di capitale già versato da A più 20 di prestazioni che il socio B esegue nel primo anno), nel secondo da 140, nel terzo da 160 e così fino al quinto anno in cui il socio B avrà eseguito tutta la sua prestazione ed capitale sarà quindi di 200. Contestualmente anche la partecipazione dei soci ai risultati della gestione varierà di anno in anno (si incrementa per il socio B e viceversa si decrementa per A) in funzione del rapporto dei rispettivi apporti contabilizzati. Così nel primo anno sarà rispettivamente dell'83% (100/120) per A e del 17% (20/120) per B; nel secondo 71%(100/140) e 29% (40/140) e così via fino ad assestarsi nel quinto anno, come nell'ipotesi di "capitalizzazione integrale", nella misura del 50 per cento ciascuno (100/200).

Entrambi i meccanismi presentano dei vantaggi per i soggetti coinvolti ed allo stesso tempo si prestano a valutazioni critiche ma la scelta, così come tutte le scelte che avvengono nell'ambito della discrezionalità (come accennato la materia non è regolamentata da norme imperative), è effettuata in base a quelle che sono le esigenze delle parti.

Dalle osservazioni fin qui fatte, che suggeriscono l'opportunità della «capitalizzazione» del conferimento d'opera nelle società di persone, pur a fronte di una prassi e di un indiretto orientamento normativo (*ex art. 2282 c.c.*) che utilizzano e riconoscono il sistema della «non capitalizzazione» dei conferimenti d'opera, si dovrebbe affermare che la scelta di capitalizzare i conferimenti d'opera nelle società di persone, se pur scelta opportuna, non è anche necessaria né tanto meno l'unica possibile.

In tal senso (ammissibilità di entrambe le tecniche), vedremo si deve leggere anche il nuovo art. 2500 *quater* c.c. ⁽¹⁹⁾ che disciplina l'assegnazione di azioni e di quote a seguito di una trasformazione da società di persone in società di capitali.

Nella disposizione il legislatore, infatti, non prende posizione circa la capitalizzazione o meno dei conferimenti d'opera ma indirettamente, così come già fatto nell'art. 2282 c.c., riconosce entrambi i metodi.

L'art. 2500 *quater* c.c. stabilisce il diritto del socio d'opera all'assegnazione d'azioni o quote della società trasformata in misura corrispondente alla partecipazione ⁽²⁰⁾ che l'atto costitutivo gli

Anche in questo caso, anzi forse ancora di più in questo caso considerati gli effetti sull'attribuzione degli utili ai soci, è molto importante la puntuale indicazione nel contratto sociale della tempistica dell'esecuzione della prestazione.

⁽¹⁹⁾ Art. 2500 *quater* c.c. – *Assegnazione di azione o quote* – nel caso previsto dall'art. 2500 *ter*, ciascun socio ha diritto all'assegnazione di un numero di azioni o di una quota proporzionale alla sua partecipazione, salvo quanto disposto dai commi successivi.

Il socio d'opera ha diritto all'assegnazione di un numero di azioni o di una quota in misura corrispondente alla partecipazione che l'atto costitutivo gli riconosceva precedentemente alla trasformazione o, in mancanza, d'accordo tra i soci ovvero, in difetto di accordo, determinata dal giudice secondo equità.

Nelle ipotesi di cui al comma precedente, le azioni o quote assegnate agli altri soci si riducono proporzionalmente.

⁽²⁰⁾ Al capitale, al patrimonio o agli utili? Partecipazione agli utili per DE ANGELIS, *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2 *bis*, 2003, p. 388. Al capitale o in ogni caso con criterio omogeneo rispetto a tutti i soci,

riconosceva prima della trasformazione, o in mancanza di indicazioni nell'atto costitutivo, in base all'accordo tra i soci o, in caso di disaccordo, dal giudice secondo equità⁽²¹⁾.

In questi ultimi casi, e quindi qualora l'atto costitutivo non indichi nulla, la norma prevede una riduzione proporzionale delle azioni o quote assegnate agli altri soci, in maniera tale che l'ammontare complessivo del capitale trova comunque il limite massimo nel valore del patrimonio netto stimato.

La riduzione avverrà naturalmente solo nel caso in cui l'apporto non è stato capitalizzato (diversamente, infatti, non sarebbe necessaria una riduzione delle partecipazioni degli altri soci)⁽²²⁾.

Dalla norma si può quindi trarre che il legislatore riconosce oltre alla possibilità che tutti gli apporti siano capitalizzati (caso indirettamente riconosciuto in sede di trasformazione con la previsione dell'assegnazione proporzionale delle azioni o quote), anche la possibilità che quelli d'opera non lo siano (caso questo indirettamente riconosciuto proprio con la previsione, sempre in sede di assegnazione delle azioni o quote, della riduzione proporzionale).

3. – Fino alla promulgazione del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, come accennato in premessa, nelle società di capitali, a differenza di quelle di persone, non erano consentiti i conferimenti d'opera a capitale.

La riforma, nel rispetto delle prescrizioni comunitarie (dir. Ce 77/91, art. 7), ha mantenuto il divieto per quelle azionarie (artt. 2342, comma 5° e 2454 c.c.), pur consentendone un aggiramento attraverso la previsione di differenti strumenti (cd. strumenti partecipativi finanziari) che vedremo consentono «apporti d'opera da parte dei soci», e ne ha

CAGNASSO, *sub art. 2500 quater*, in *Il nuovo diritto societario commentario*, diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso e Montalenti, p. 2262, nota 13.

⁽²¹⁾ L'introduzione di questo ventaglio di criteri, nel quale è compresa come *extrema ratio* la determinazione equitativa della quota del socio d'opera da parte del giudice, si giustifica con l'introduzione della nuova regola della trasformabilità a maggioranza delle società di persone che potrebbe comportare che non tutti i soci siano d'accordo circa le modalità della trasformazione. DE ANGELIS, *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2 bis, 2003, p. 388.

⁽²²⁾ BERGAMO e TIBURZI, *Le nuove trasformazioni fusioni scissioni*, Milano, 2005, p. 84 con richiami di altra dottrina.

invece pienamente legittimato la possibilità in quelle a responsabilità limitata⁽²³⁾.

L'art. 2464, comma 6°, dispone infatti ora esplicitamente che «*il conferimento può anche avvenire mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria con cui vengono garantiti, per l'intero valore ad essi assegnato gli obblighi assunti dal socio aventi per oggetto la prestazione d'opera o di servizi a favore della società*»⁽²⁴⁾.

Non soffermandoci sulla definizione formulata dal legislatore, e ritenuta da un punto di vista strettamente letterale «impropria» dalla dottrina⁽²⁵⁾, evidenziamo che in queste società il sistema dell'imputazione a capitale dei conferimenti d'opera⁽²⁶⁾ è l'unico sistema ammissibile⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ La disposizione attua in pieno – come non può fare in tema di s.p.a. – l'indirizzo della l. delega (art. 3, comma 2°, lett. c, ed art. 4, comma 5°, lett. a, l. n. 366 del 2001) nel senso di una disciplina dei conferimenti tale da consentire l'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'impresa sociale, a condizione che sia garantita l'effettiva formazione del capitale sociale.

⁽²⁴⁾ Per la nuova disciplina dei conferimenti nelle s.r.l. si v. SALVATORE, *La nuova srl: la disciplina dei conferimenti e delle partecipazioni sociali*, in questa rivista, 2003, p. 226 ss. e MIOLA, *Capitale sociale e conferimenti nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 657 ss.

⁽²⁵⁾ Dal testo delle norma potrebbe sembrare che oggetto del conferimento sia la polizza assicurativa o la fideiussione bancaria, mentre in realtà l'oggetto del conferimento è l'opera (o la prestazione di servizio) del socio. La polizza assicurativa o la fideiussione bancaria costituiscono invece unicamente la garanzia che il socio faccia fronte al proprio obbligo di conferimento per l'intero valore del medesimo. DE ANGELIS, *Alcune questioni sul capitale "assicurato" nelle Srl*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 311. Si v. inoltre sul tema TASSINARI, *I conferimenti "mediante la prestazione di una polizza di assicurazione o di una fideiussione bancaria" nella nuova Srl*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, coll. *Notariato e nuovo diritto societario*, 2004, p. 85; CINGOTTI, *La nuova disciplina dei conferimenti nella Srl*, in *Società*, 12, 2003, p. 1587.

⁽²⁶⁾ La rappresentazione contabile del conferimento d'opera sarà:

1) al momento della sottoscrizione delle quote da parte del socio conferente che si impegna ad eseguire determinate prestazione d'opera o servizi la società rileverà il credito verso il socio per le prestazioni da ricevere con contropartita il capitale sociale (e l'eventuale versamento della cauzione a garanzia qualora non sia stata prestata la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa). Così in partita doppia:

<i>Crediti V/soci per prestazioni d'opera</i>	<i>a</i>	<i>Capitale sociale</i>
<i>(Macroclasse A o B – I – 7 dell'attivo)</i>		
<i>Banca</i>	<i>a</i>	<i>Depositi cauzionali</i>

detta perizia potrebbe influenzare l'atteggiamento dei notai in sede di costituzione.

Peraltro, a favore della prima tesi (*pro perizia*), è stato giustamente osservato ⁽²⁹⁾ che la mancanza delle relazione giurata di stima determinerebbe una sperequazione rispetto alla fattispecie della trasformazione di una società di persone, con soci d'opera, in una società a responsabilità limitata dove è invece richiesta la redazione di una perizia ⁽³⁰⁾.

Quindi, se sussiste l'esigenza di accertare quei conferimenti in sede di trasformazione, *a fortiori*, essa dovrebbe sussistere anche al momento della costituzione di una società (o del suo aumento di capitale).

Escussione delle garanzie.

Se il sistema delle garanzie è indispensabile per garantire l'effettività del conferimento, e quindi del capitale, si è giustamente evidenziato come lo stesso (ed in particolare le polizze assicurative e le fidejussioni bancarie) presenta non poche problematiche in caso di escussione per inadempimento della prestazione da parte del socio o in caso di escussione da parte dei creditori sociali o in caso di fallimento ⁽³¹⁾.

Osservazioni fiscali.

conferente, la quale pertanto deve essere o circoscritta per sua natura (ad es. l'appalto d'opera per la costruzione di un determinato bene) o limitata ad un periodo temporale determinato o quanto meno determinabile, non essendo altrimenti possibile capitalizzare il valore di prestazioni di ampiezza o durata indeterminabile».

⁽²⁹⁾ DE ANGELIS, *Alcune questioni sul capitale "assicurato" nelle Srl*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 311.

⁽³⁰⁾ In questo caso, infatti, il nuovo art. 2500 *ter*, comma 2°, c.c. dispone che il capitale della società risultante dalla trasformazione «*deve risultare da una relazione di stima redatta a norma dell'art. 2343, o nel caso di società a responsabilità limitata dall'art. 2465 c.c.*» e stante il successivo art. 2500 *quater*, comma 2°, c.c. che come già accennato riconosce al socio d'opera il diritto a rimanere socio (divenendo socio di capitale) della trasformanda società, si ha che qualora il conferimento d'opera non sia stato completamente eseguito, la parte ineseguita deve ricevere opportuna valutazione in sede di relazione di stima *ex art. 2343 c.c.*

⁽³¹⁾ In merito si v. SALAFIA, *Il conferimento di opere e servizi seconda la riforma societaria*, in *Società*, 12, 2003, p. 1576 e AMATUCCI, *Ancora un capitale per la Srl? Sincerità del legislatore tra tutela dei creditori e "rarefazione" dei conferimenti*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1427.

Accenniamo inoltre ai riflessi fiscali del conferimento d'opera per confutare eventuali ambiti «elusivi», come ritenuto da alcuno⁽³²⁾, e per sottolineare quindi, come gli interessi sottesi a tale «scelta» di conferimento siano da ricercare, come evidenziato in premessa, altrove.

Il conferimento d'opera, come chiarito dalla Commissione Gallo prima, e più recentemente dall'Agenzia delle entrate (ris. 16 marzo 2005, n. 35/E)⁽³³⁾, costituisce dal punto di vista economico–reddituale, per la conferitaria, un costo deducibile per la quota di prestazione oggetto del conferimento che ha contribuito alla produzione dei ricavi nel corso dell'esercizio e per il socio conferente un componente positivo di reddito da assoggettare a tassazione con il criterio di competenza (se soggetto svolgente attività d'impresa) o di cassa (se altro soggetto).

4. – Nelle società per azioni, dove vige il divieto del conferimento a capitale delle prestazioni personali dei soci (*ex art. 2342*, comma 5°) abbiamo accennato che l'apporto personale dei soci in società può essere diversamente valorizzato attraverso la previsione di «*una diversa assegnazione di azioni*» (non proporzionale) *ex art. 2346*, comma 4°, c.c. nonché, per quanto può risultare interessante in questa sede, con l'emissione di strumenti partecipativi finanziari (*art. 2346*, comma 6° c.c.) o di azioni con prestazioni accessorie⁽³⁴⁾ (*ex art. 2345 c.c.*)⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ F.M. GIULIANI, *Intorno a talune ipotesi operazionali di "private banking", essenzialmente sostenute dagli aspetti tributari*, in *questa rivista*, 2004, p. 1118, il quale prima della chiara presa di posizione da parte dell'Agenzia delle entrate aveva sostenuto che «la società che rende i servizi non è tassata in termini reddituali sul corrispettivo, acquisendo piuttosto una partecipazione nella società destinataria; per parte sua quest'ultima nella determinazione del proprio reddito imponibile, può portare in deduzione, secondo il principio di competenza, un importo complessivamente eguale al valore peritale del conferimento d'opere/servizi».

⁽³³⁾ FRANCESE e MIELI, *Nessuna tassazione al momento della sottoscrizione*, In *Guida normativa*, 55, 2005.

⁽³⁴⁾ Evidenziamo che nelle società a responsabilità limitata la possibilità di eseguire prestazioni accessorie, stante l'abrogazione dell'art. 2478 c.c., è ritenuta ancora possibile dall'autorevole interpretazione del Collegio notarile Milanese nella massima n. 9 del 2004 dove si afferma: «la mancanza di un espresso rinvio alla disciplina delle prestazioni accessorie nelle s.p.a. (art. 2345 c.c.) non fa venir meno la possibilità che l'atto costitutivo di s.r.l. stabilisca l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie, determinandone contenuto, durata, modalità e compenso».

⁽³⁵⁾ Art. 2345 c.c. - *Prestazioni accessorie* - Oltre l'obbligo dei conferimenti, l'atto costitutivo può stabilire l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie non

4.1. – Come accennato, le azioni con prestazioni accessorie sono azioni che, oltre all'obbligo dei conferimenti (che devono essere liberati nei modi ordinari e quindi con capitale, beni o crediti), impongono al socio prestazioni aggiuntive remunerate, oltre che con i diritti spettanti alle azioni ordinarie, con un particolare compenso.

Queste azioni possono crearsi solo con l'atto costitutivo (o intuitivamente con una deliberazione all'unanimità di tutti i soci) che ne disciplinerà anche il relativo rapporto in termini di contenuto delle prestazioni, di durata, di modalità, compenso, e stabilirà particolari sanzioni in caso di inadempimento.

Il rapporto relativo alle prestazioni accessorie è un rapporto di scambio distinto da quello sociale anche se ad esso collegato⁽³⁶⁾.

L'intensità del collegamento, o meglio l'integrazione dei due rapporti, è tale per cui la circolazione di queste azioni non è libera, ma si attua necessariamente con l'intervento della società, la quale deve esprimere il proprio gradimento alla sostituzione di una persona ad un'altra nella posizione di socio e di fornitore.

Per questo la legge prevede, come accennato in premessa, che le azioni alle quali è connesso l'obbligo di prestazioni accessorie debbano essere nominative e non siano trasferibili senza il consenso degli amministratori.

Si tratta, infatti, di controllare non soltanto che l'acquirente si trovi nella situazione obiettiva che gli consente di adempiere alle prestazioni

consistenti in danaro, determinandone il contenuto, la durata, le modalità e il compenso, e stabilendo particolari sanzioni per il caso di inadempimento. Nella determinazione del compenso devono essere osservate le norme applicabili ai rapporti aventi per oggetto le stesse prestazioni.

Le azioni alle quali è connesso l'obbligo delle prestazioni anzidette devono essere nominative e non sono trasferibili senza il consenso degli amministratori.

Se non è diversamente disposto dall'atto costitutivo, gli obblighi previsti in questo articolo non possono essere modificati senza il consenso di tutti i soci.

⁽³⁶⁾ Si ha in definitiva un contratto stipulato contestualmente al contratto sociale e collegato alla partecipazione sociale. Questo contratto è soggetto alla disciplina che gli è quindi propria (somministrazione, locazione, apertura di credito, ecc.) ma altre conseguenze derivano dal collegamento. Le particolari sanzioni in caso di inadempimento possono consistere non solo in limiti nell'esercizio dei diritti sociali, ma anche nella decadenza dalla partecipazione, che verrebbe incamerata dalla società. F. FERRARA JR-CORSI, *Gli imprenditori e la società*, Milano, 2001, p.426.

dovute, ma anche che l'acquirente offra le garanzie necessarie ad assicurare l'esatto adempimento degli obblighi ad esse relativi ⁽³⁷⁾.

La legge non precisa positivamente l'oggetto di queste prestazioni accessorie, ma si limita a prevedere che non possono avere ad oggetto denaro.

Nella prassi queste prestazioni accessorie hanno natura periodica ed hanno per oggetto un *dare*, tuttavia la dottrina ⁽³⁸⁾ ritiene non si possa escludere che esse abbiano per oggetto un *facere* o anche un *non facere*.

In particolare, per quel che rileva in questa sede, la giurisprudenza ⁽³⁹⁾ ha riconosciuto che le prestazioni accessorie ben possono consistere in attività personali simili a quelle di un prestatore d'opera.

Da questo breve cenno, discende chiaramente la profonda differenza che esiste tra i conferimenti d'opera a capitale fin qui esaminati, che altro non sono che il mezzo per «liberare» il conferimento di capitale e tramite i quali il soggetto acquisisce lo *status* di socio, e gli apporti d'opera o servizi in argomento, tramite i quali il socio-prestatore acquisisce una specifica remunerazione indipendente dalla sua qualifica di socio ma imprescindibilmente legata ad essa.

D'altronde, come già evidenziato nelle premesse, le due situazioni perseguono interessi diversi: nel primo caso (apporto al capitale) la società «vincola» in rapporto sociale un soggetto «senza mezzi economici» la cui prestazione è presumibilmente necessaria per il buon perseguimento dell'oggetto sociale; nel secondo (apporto quale prestazione accessoria) la società si garantisce le prestazioni (che è necessario remunerare specificatamente) da un fornitore-socio di capitale, che quindi dispone di mezzi per acquistare la partecipazione.

4.2. – Come anticipato, la riforma ha reso possibile l'emissione da parte delle società azionarie (e solo di queste) di strumenti finanziari partecipativi ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ G. FERRI, *Le società*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, III ed., p. 487.

⁽³⁸⁾ G. FERRI, *Le società*, *op. cit.*, p. 490.

⁽³⁹⁾ Cass., 13 novembre 1971, n. 3259.

⁽⁴⁰⁾ Art. 2346, comma 6°, c.c. - *Emissione delle azioni* - Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo

L'apporto a fronte del quale vengono emessi questi strumenti si configura come un elemento completamente distinto dal conferimento dei soci a titolo di capitale, ed è proprio per questo motivo che a fronte degli stessi possono essere apportati anche elementi che in queste società non sono conferibili a capitale, come ad esempio, le prestazioni d'opera o di servizi.

Questa possibilità che i soci eseguano apporti diversi dal capitale (perché ricordiamo che gli strumenti sono sottoscrivibili sia dai terzi ma anche dai soci) rende gli strumenti finanziari in parte simili alle azioni con prestazioni accessorie, dalle quali tuttavia differiscono oltre che per il fatto che non comportano conferimenti, anche perché il rapporto che essi costituiscono fra il titolare e la società non è collaterale ad un rapporto societario e quand'anche emesso a favore di un socio è materialmente indipendente dallo stesso, con l'effetto che la sua regolamentazione da parte dello statuto non produce alcun effetto sul rapporto societario al quale è collegato ⁽⁴¹⁾.

Un ulteriore differenza si riscontra con riferimento alla «circolazione»: infatti la circolazione dell'azione con prestazione accessoria comporta sia la circolazione del rapporto accessorio di prestazione del titolare sia la circolazione della quota di capitale rappresentata, mentre l'eventuale circolazione dello strumento finanziario, nella nuova disciplina, non produce effetti sulle azioni alle quali fosse eventualmente collegato.

Ed ancora mentre le azioni con prestazioni accessorie sono trasferibili, sia pure con il consenso degli amministratori, gli strumenti finanziari possono essere legittimamente dichiarati intrasferibili (o meno) ed è forse quest'ultima circostanza che potrebbe indurre la

statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione.

⁽⁴¹⁾ Ulteriori differenze si riscontrano con riferimento alla «circolazione»: infatti la circolazione dell'azione con prestazione accessoria comporta sia la circolazione del rapporto accessorio di prestazione del titolare sia la circolazione della quota di capitale rappresentata, mentre l'eventuale circolazione dello strumento finanziario, nella nuova disciplina, non produce effetti sulle azioni alle quali fosse eventualmente collegato.

Ed ancora mentre le azioni con prestazioni accessorie sono trasferibili, sia pure con il consenso degli amministratori, gli strumenti finanziari possono essere legittimamente dichiarati intrasferibili (o meno).

società, qualora voglia acquisire prestazioni del socio, a preferire l'utilizzo di questi strumenti alle azioni accessorie.

Circa i diritti patrimoniali ricollegati a tali strumenti, evidenziamo che il legislatore non ne offre una casistica ⁽⁴²⁾ né offre chiarimenti in merito alla qualificazione dei diritti amministrativi, lasciando così ampio spazio all'autonomia statutaria di fissarli rendendoli così uno strumento molto flessibile e quindi interessante per incentivare l'acquisizione dei servizi in argomento.

Concludiamo l'analisi proposta con l'osservazione che la differenza sostanziale che distingue i conferimenti d'opera dalle altre forme d'apporto (prestazioni accessorie e strumenti finanziari) è che solo il primo implica una partecipazione al contratto di società, con la conseguente attribuzione della qualifica di socio. Le altre fattispecie analizzate, che pur comportano un apporto dei soci, realizzano rapporti differenti che mai possono essere ricondotti ed equiparati a quelli che discendono dal rapporto sociale né tanto meno attraverso essi il prestatore acquisisce capitale sociale.

5. – La panoramica presentata sulla disciplina dei conferimenti e degli apporti d'opera induce a fare alcune riflessioni sulle possibili situazioni che si potrebbero avere in sede di trasformazione di società di persone in società di cap

itali in presenza di soci d'opera.

Innanzitutto evidenziamo che con l'art. 2500 *quater* c.c. il legislatore ha posto un punto fermo sul dibattito sorto nel vigore della previgente disciplina circa la posizione del socio d'opera nell'ipotesi di trasformazione di società di persone in società di capitali ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Presumibilmente i diritti patrimoniali che saranno privilegiati nella prassi saranno il diritto agli utili, il diritto alla quota di liquidazione, o altri diritti legati ad indici di *performance* aziendale. COSTANZO e TESTA, *Spa – azioni – obbligazioni – strumenti finanziari*, Milano, 2005, p. 329.

⁽⁴³⁾ Secondo una parte della dottrina il socio d'opera avrebbe dovuto essere escluso dalla società trasformata a causa dell'impossibilità sopravvenuta a prestare la propria attività lavorativa (*ex* art. 2286, comma 2°, c.c.). Così C. SANTAGATA, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, p. 239. Altra parte della dottrina, muovendo dalla considerazione che il conferimento d'opera non è un conferimento di capitale ma di patrimonio, sosteneva invece che il socio d'opera avrebbe potuto continuare a

La norma riconosce ora, infatti, in termini inequivocabili il diritto del socio d'opera a diventare socio di capitale nella società trasformata, ovvero il diritto per il socio d'opera di vedersi attribuita una quota di partecipazione al capitale sociale della società (di capitali) risultante dalla trasformazione, cosa che, in passato, è stata messa in discussione con varie argomentazioni.

Questo diritto (del socio d'opera) deve però essere verificato alla luce dell'indicata normativa ed in particolare dei vincoli dalla stessa posti, così come degli accennati interessi perseguiti delle parti.

In particolare, la constatazione che tra le società di capitali esistono società in cui i conferimenti d'opera sono ammissibili (s.r.l.) ed altre in cui non lo sono (s.p.a. e s.a.p.a.) induce a fare alcune riflessioni.

Se prima della trasformazione:

– il conferimento d'opera è già stato *eseguito* e quindi la società non vanta alcun credito nei confronti del socio conferente, la presenza del socio d'opera non costituisce alcun problema in sede di trasformazione

partecipare alla società trasformata effettuando un «idoneo conferimento» (in denaro o in natura).

GASPERONI, voce *Trasformazione e fusione di società*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 1044; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano, Lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 369, note 66; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1993, p. 752; SILVETTI, voce *Trasformazione e fusione delle società*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 541; RESCIGNO, *Trasformazione di società e responsabilità dei soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 953.

Infine una terza corrente di pensiero sosteneva che il socio d'opera avesse senz'altro diritto ad una partecipazione nella società trasformata evidenziando che in caso di ripartizione dell'attivo (*ex art. 2282 c.c.*) o di sua esclusione, il socio d'opera ha diritto alla liquidazione della sua quota. In tale caso per determinare la misura della partecipazione occorre rifarsi alla valutazione della prestazione lavorativa del socio contenuta nel contratto sociale ed in assenza di tale indicazione la determinazione avrebbe dovuto essere effettuata consensualmente dai soci o se in disaccordo in sede giudiziale. Così CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Tratt. s.p.a.*, 7***, diretto da Colombo e Portale, 1999, p. 193; DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, Milano, 1998, p. 126; SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXX, 2, Milano, 2000, p. 226.

Ed è proprio quest'ultimo orientamento ad essere stato fatto proprio dalla riforma che, come già osservato, ha previsto un vero e proprio diritto del socio d'opera all'assegnazione d'azioni o quote della società trasformata. AA.VV., *Le operazioni straordinarie*, Fondazione Aristeia, Giuffrè, 2004, p. 14.

e ciò sia se ci si trasforma in società azionarie che a responsabilità limitata.

In questo caso, infatti, non si pongono problemi circa la compatibilità dei conferimenti d'opera con la tipologia di società in cui ci si trasforma e ciò perché il conferimento d'opera (capitalizzato o meno), essendo stato integralmente «liberato», sarà valorizzato al pari degli altri conferimenti di capitale, per cui a seguito della trasformazione tutti i soci saranno soci di capitale.

Viceversa se prima della trasformazione

– il conferimento d'opera *non è stato eseguito*, o lo è stato solo in parte occorrerà distinguere se con la trasformazione si originerà una società a responsabilità limitata o azionaria, in quanto, come abbiamo visto la disciplina di questi conferimenti è profondamente diversa in queste società.

Sub A – Società a responsabilità limitata

In questo caso, dal momento che i conferimenti d'opera al capitale sono ammissibili alle condizioni viste, il socio, se vorrà vedersi riconosciuta integralmente la sua partecipazione, dovrà procedere, per la parte dei conferimenti non ancora eseguiti, ad offrire le garanzie indicate dal legislatore (cauzione, polizza assicurativa e fidejussione bancaria).

Così, la partecipazione del socio diviene a tutti gli effetti una partecipazione di capitale ed il socio contrarrà l'obbligo di eseguire il conferimento d'opera ineseguito con la società trasformata.

Sub B – Società per azioni

In caso di trasformazione in Società per azioni, stante l'indicato divieto di conferire opere e servizi, i soci d'opera, se vorranno mantenere inalterata la loro partecipazione, dovranno, per la parte non ancora eseguita, compiere i relativi apporti nelle forme consentite in questo tipo di società, e quindi in denaro o in natura.

Qualora gli stessi non vogliano (o possano) procedere in tale senso (versamento) si vedranno assegnare azioni solo per la parte eventualmente eseguita. Estremizzando, se la trasformazione avviene quando gli stessi non hanno ancora conferito nulla, perderanno il diritto a divenire soci ed al più, in ragione degli interessi sottesi, si potrà ricorrere, ove possibile, agli altri istituti affini (azioni con prestazioni accessorie ma soprattutto se il soggetto non intende eseguire conferimenti di denaro o di beni, strumenti finanziari).

In tale circostanza, se i soci sono d'accordo, perché ricordiamo che la trasformazione è deliberata a maggioranza, per consentire al socio d'opera di mantenere la sua «posizione» in società, si potrebbe procedere anziché direttamente ad una trasformazione in s.p.a., ad una trasformazione «intermedia» in s.r.l.

Questo passaggio intermedio (s.r.l.) consentirebbe, infatti, di mantenere (sempre alle condizioni viste) il socio d'opera nella compagine sociale e non mutare così l'originario assetto sociale.

Dopo che il socio d'opera avrà eseguito le sue prestazioni nella s.r.l., questa potrà essere trasformata in s.p.a. senza che intervengano modifiche nell'assetto sociale.

6. – Conseguenze dell'art. 2500 *quater* c.c. sull'interpretazione della disciplina dei conferimenti d'opera nelle società di persone: la «capitalizzazione» del conferimento d'opera.

Concludiamo le nostre riflessioni sull'articolo in oggetto accennando ai riflessi dello stesso sulla problematica della «capitalizzazione» (o meno) del conferimento d'opera nelle società di persone.

Dalle osservazioni svolte è emerso che «la scelta di capitalizzare i conferimenti d'opera nelle società di persone se pur scelta opportuna, non è anche necessaria, ne tanto meno l'unica possibile».

L'affermazione, che nasce dall'osservazione di ciò che avviene nella realtà e dagli effetti che ne discendono, abbiamo detto essere supportata indirettamente a livello normativo dall'art. 2282 c.c. ed oggi dal nuovo art. 2500 *quater* c.c.

Circa il nuovo art. 2500 *quater* c.c., abbiamo già accennato come lo stesso offre nuovi spunti interpretativi alla questione, laddove nel riconoscimento della partecipazione del socio d'opera in sede di trasformazione, impone la riduzione proporzionale delle quote degli altri soci (*ex art. 2500 quater*, comma 3°, c.c.)⁽⁴⁴⁾.

In particolare, la norma, stabilendo che ciascun socio ha diritto all'assegnazione di un numero di azioni o quote proporzionale alla sua partecipazione, sancisce il principio generale dell'immodificabilità della posizione del socio in sede di trasformazione.

⁽⁴⁴⁾ *Sub 2464*, in *Commentario breve al c.c.*, Cian e Trabucchi, Padova, 2004.

Questo principio subisce però delle attenuazioni in presenza di soci d'opera i cui conferimenti non siano stati capitalizzati.

Infatti, se il conferimento d'opera è stato già capitalizzato prima della trasformazione, il principio dell'immodificabilità (e relativa assegnazione proporzionale) trova piena attuazione in quanto al socio d'opera spetterà una quota corrispondente alla partecipazione precedente – non esistono in questo caso margini di discrezionalità –. Se invece la prestazione d'opera non è stata valorizzata (capitalizzata) saranno tutti i soci a determinare –discrezionalmente – la quota di spettanza del socio d'opera (o in caso di disaccordo sarà decisa dal giudice secondo equità) ed in tale circostanza le quote degli altri soci si dovranno ridurre proporzionalmente.

Pertanto, il legislatore della riforma, indicando come criterio generale d'attribuzione, in sede di trasformazione, quello di un'assegnazione proporzionale a tutti i soci (e che presuppone quindi una capitalizzazione di tutti gli apporti), ed indicando un correttivo (la riduzione proporzionale) alla presenza di soci d'opera il cui conferimento non è stato capitalizzato, riconosce indirettamente entrambi i metodi (capitalizzazione e non).

Il nuovo art. 2500 *quater* c.c. ci porta così ad affermare che, nonostante la riforma non sia intervenuta a modificare direttamente alcuna delle disposizioni dettate in tema di società di persone, risulta rafforzato l'indirizzo interpretativo che poteva trarsi dall'art. 2282 c.c. e che ci aveva fatto anticipare che il nostro legislatore ritiene ammissibili entrambe le tecniche di trattamento dei conferimenti d'opera.