

L'associazione in partecipazione e la cointeressenza come ipotesi fiscalmente assimilate alla partecipazione in società

di Fabio Carriolo

Aspetti generali

L'associazione in partecipazione è un negozio giuridico a dire a prestazioni corrispettive, attraverso il quale un soggetto (l'associato) partecipa al rischio della gestione dell'impresa (o di uno o più affari), assumendo delle obbligazioni nei confronti dell'altro contraente (associante).

Rispetto al contratto di società l'associazione in partecipazione si qualifica in quanto in essa l'attività di impresa fa capo esclusivamente all'associante, che assume su di sé i relativi diritti e obblighi.

In contropartita rispetto all'apporto fornito, l'associato ha diritto, alla scadenza del contratto, al capitale apportato aumentato degli eventuali utili realizzati, nella percentuale pattuita.

In mancanza di specifici accordi difformi, il contratto comporta la partecipazione alle eventuali perdite registrate dalla gestione dell'affare (o degli affari) che ne costituiscono l'oggetto.

In ogni caso, la partecipazione alle perdite non può superare l'ammontare del capitale o del lavoro apportato dall'associato.

Il contratto di cointeressenza, cui si applicano secondo il codice civile alcune regole dell'associazione in partecipazione, prevede invece la partecipazione agli utili di un'impresa senza partecipazione alle perdite (cointeressenza impropria), verso il corrispettivo di un apporto in denaro o altri beni, oppure la partecipazione agli utili e alle perdite senza il corrispettivo di un apporto (cointeressenza propria).

A questi istituti il legislatore fiscale ha inteso estendere – a ricorrere di determinate condizioni - il trattamento previsto per le partecipazioni in società, in quanto ritenute ipotesi sostanzialmente simili ad apporti di *equity*.

La configurazione civilistica dei due contatti

Nel contratto di associazione in partecipazione, come pure nel contratto di cointeressenza, con i dovuti adattamenti, in forza del rinvio contenuto dell'art. 2554, c. 1, c.c.:

- i terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante (art. 2551), ovvero verso il cointeressante;
- la gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante, ovvero al cointeressante; il contratto può determinare quale controllo possa esercitare l'associato (cointeressato) sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare; l'associato (cointeressato) ha in ogni caso diritto al rendiconto dell'affare compiuto, o a quello annuale della gestione se questa si protrae per più di un anno (art. 2552).

A tale proposito, occorre tener presente che:

- **il contratto di associazione in partecipazione** attribuisce all'associato una partecipazione agli utili dell'associante verso il corrispettivo di un determinato apporto: se tale apporto è di capitale o misto, si determina l'«equiparazione» agli utili, diversamente – se si tratta di apporto di lavoro -, le «remunerazioni» sono totalmente deducibili e totalmente imponibili in capo ai due contraenti;
- **il contratto di cointeressenza** si «sdoppia» nelle seguenti due tipologie:

- **cointeressenza «impropria»**, nella quale si ha la partecipazione agli utili dell'impresa senza partecipazione alle perdite, ma con il corrispettivo costituito da un determinato apporto, che può essere di capitale, ovvero di opera e/o servizi: tale situazione è comunque caratterizzata *«dalla possibilità di concorrere agli eventuali utili di un affare, quale corrispettivo del versamento di una somma al titolare dell'affare medesimo, in sostituzione degli interessi sulla somma stessa»* (Cass., Sez. I civ., 18.7.1969, n. 2671);
- **cointeressenza «propria»**, nella quale si ha la partecipazione sia agli utili che alle perdite dell'impresa, ma senza prevedere alcun apporto da parte del cointeressato.

In questo contesto normativo, l'equiparazione agli utili non risulta applicabile:

- relativamente ai contratti di associazione in partecipazione, se l'apporto è di capitale o misto;
- relativamente ai contratti di cointeressenza: se l'apporto è di capitale, misto o assente.

L'indeducibilità delle remunerazioni

Parallelamente rispetto a quanto previsto per gli strumenti finanziari relativamente alla quota che rappresenta la partecipazione ai risultati economici della società emittente (art. 109, c. 9, lett. a, TUIR), il legislatore ha previsto che non sono deducibili le remunerazioni dovute sulla base di contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza impropria, se è previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi (art. 109, c. 9, lett. b, TUIR).

La norma è finalizzata ad evitare che una partecipazione al capitale dell'impresa possa venir mascherata attraverso l'adozione di una delle richiamate forme contrattuali, così da consentire all'associante (o al cointeressante) di portare in deduzione dei componenti reddituali negativi che altrimenti sarebbero risultati del tutto indeducibili, dovendosi qualificare come utili corrisposti (in tal senso, vedasi la relazione di accompagnamento al D.Lgs. 12.12.2003, n. 344).

Secondo l'attuale formulazione dell'art. 47, c. 2, per. 1, TUIR, è stabilito che *«le remunerazioni dei contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), concorrono alla formazione del reddito imponibile complessivo nella stessa percentuale di cui al comma 1, qualora il valore dell'apporto sia superiore al 5 per cento o al 25 per cento del valore del patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato prima della data di stipula del contratto nel caso in cui si tratti di società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni...»*.

In ragione della mancanza, nella cointeressenza propria, di un apporto, le disposizioni richiamate non si rendono però applicabili, così come non si rende applicabile la regola dell'assimilazione agli utili.

Se il cointeressato è un soggetto IRES, gli «utili» da questo percepiti (che sono tali per finzione giuridica) concorrono alla formazione del suo reddito di impresa nella misura del 5% dell'ammontare (art. 89, TUIR), mentre in capo al cointeressante risulta integralmente deducibile la «remunerazione». Tale conclusione è coerente con l'art. 95, c. 6, TUIR, il quale dispone che *«fermo restando quanto disposto dall'art. 109, comma 9, lett. b) le partecipazioni agli **utili** spettanti ... agli associati in partecipazione sono computate in diminuzione del reddito dell'esercizio di competenza, indipendentemente dalla imputazione al conto economico»*.

Per i soggetti *IAS adopter*, occorre tuttavia tener conto che «*gli utili distribuiti relativi ad azioni, quote e strumenti finanziari similari alle azioni detenuti per la negoziazione concorrono per il loro intero ammontare alla formazione del reddito nell'esercizio in cui sono percepiti*» (art. 89, c. 2-bis, TUIR): non è quindi operante l'esclusione dall'imponibile del 95% dell'ammontare che opera per gli altri soggetti IRES.

Sia per i soggetti IAS che per quelli non IAS, la tassazione degli utili segue il principio di cassa (esercizio di percezione).

La cessione dei contratti

In caso di cessione dei contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza possono prodursi delle plusvalenze imponibili.

Tali plusvalenze seguono in ambito IRES le regole cui sono soggette in generale le plusvalenze (art. 86 TUIR).

In campo IRPEF, invece, occorre guardare:

- all'art. 67, c. 1, lett. c, TUIR, relativo alle plusvalenze derivanti dalla cessione di contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza, se il valore dell'apporto supera la soglia percentuale del 5% (partecipazioni negoziate) o 25% (partecipazioni non negoziate);
- nel medesimo art. 67, c.1, successiva lett. c-bis, riguardante le medesime tipologie di plusvalenze se il valore dell'apporto risulta inferiore alle predette soglie.

Con il supporto della relazione illustrativa al D.Lgs. 344/2003, è possibile affermare che si è trattato di un'omogeneizzazione tra il trattamento delle plusvalenze qualificate e non da cessione di contratti e quello previsto per le plusvalenze da cessione di partecipazioni sociali.

L'Assonime (circolare del 14.7.2004, n. 32, par. 3.1) ha evidenziato che la disciplina in esame accomuna i contratti aventi ad oggetto capitale di rischio, cioè apporti suscettibili di non essere restituiti in presenza di perdite (associazione in partecipazione), e quelli più spiccatamente finanziari, aventi ad oggetto una partecipazione agli utili e non alle perdite, nei quali, dunque, l'apporto è oggetto di un obbligo di restituzione (cointeressenza impropria). Tale omogeneità di trattamento è in linea con le disposizioni riguardanti gli strumenti finanziari destinati alla circolazione, equiparati alle azioni se la relativa remunerazione è commisurata agli utili.

È inoltre segnalato che l'applicazione di questo regime ai contratti aventi, come soggetti associanti, imprese individuali o società di persone, presenta qualche «criticità» applicativa, dato che l'imprenditore individuale o i singoli soci delle società personali subiscono l'imposizione integrale ai fini IRPEF del reddito d'impresa o di partecipazioni, mentre l'associato in partecipazione viene tassato con aliquota del 20%¹ (già 12,50%), se «non qualificato», ovvero con le normali aliquote IRPEF sul 49,72%, se «qualificato», della remunerazione percepita.

A tale proposito, l'Assonime riteneva che il regime impositivo dei contratti in parola dovesse invece seguire quello dell'impresa associante, secondo la sua natura.

¹ Il DL 66/2014 (cd. "decreto IRPEF") prevede un aumento di tale aliquota al 26% a partire dall'1 luglio 2014.

L'apporto di capitale in natura

I contatti di associazione in partecipazione possono includere fattispecie differenti tra loro per la natura dell'apporto e le varie condizioni che sono oggetto dei patti tra associante e associato.

Ad esempio, l'apporto reso dall'associato può consistere, semplicemente, nel fornire all'associante dei beni ad un prezzo particolarmente favorevole.

Questa è precisamente l'ipotesi che è stata oggetto delle precisazioni dell'Agenzia delle Entrate, pronunciatasi con la risoluzione 16.05.2005, n. 62/E.

Secondo la pronuncia di prassi, essa dà luogo a *«una fattispecie contrattuale complessa, nella quale a fronte dell'apporto di beni effettuato dall'associato, l'associante provvede al pagamento di un prezzo generalmente stabilito in misura pari al prezzo di costo degli stessi beni o al 30 per cento del normale prezzo di cessione ed inoltre attribuisce all'associato un diritto di partecipazione agli utili ed alle perdite prodotti nell'esercizio dell'attività di vendita al dettaglio degli stessi beni»*.

Nel caso di specie, il contratto conteneva inoltre delle clausole sulla base delle quali l'associato si impegnavano a cedere i propri beni all'associante senza obbligo di restituzione: tali pattuizioni inducevano a ritenere che il tipo di apporto dovuto dall'associato (ossia la fornitura di determinati quantitativi di merce a prezzi «ribassati» rispetto al prezzo di listino) dovesse qualificarsi come un **apporto di capitale in natura**.

Per tale motivo, la remunerazione dell'apporto medesimo non è stata ritenuta deducibile in sede di determinazione del reddito imponibile della società associante, in applicazione della disposizione di cui all'art. 109, c. 9, lett. b, TUIR.

L'apporto reso dall'associato è in tale contesto valorizzabile secondo i criteri incardinati nell'art. 9 del TUIR, secondo il quale, nel caso dei conferimenti o apporti in società o in altri enti, si considera corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti .

Lo stesso valore normale può essere portato in deduzione nella determinazione del reddito della società associante, e, secondo l'Agenzia, tale regola vale anche ai fini del trattamento fiscale applicabile agli utili corrisposti per la determinazione del valore della produzione rilevante ai fini dell'IRAP.

Ai fini IVA, inoltre, la risoluzione osserva che tale fattispecie contrattuale è espressamente disciplinata nell'art. 5 del D.P.R. n. 633/1972 solo con riferimento ai contratti di associazione in partecipazione con apporto di solo lavoro, relativamente alle quali è detto che essi non realizzano il presupposto soggettivo di applicazione del tributo se rese da soggetti che non esercitano in via abituale altre attività di lavoro autonomo.

Per quanto invece attiene ai contratti con apporti diversi, l'obbligo scaturente dal contratto può individuato nell'apporto con cessione dei beni effettuato nei confronti dell'associante: tale operazione deve quindi essere ricondotta a tassazione, ai fini IVA, a norma dell'art. 2 del D.P.R. 633/1972.

Infine, relativamente agli obblighi di registrazione del contratto, l'Agenzia fa presente che l'art. 2 della Tariffa, Parte Prima, allegata al D.P.R. 131/1986, stabilisce l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa (in luogo di quella proporzionale dell'1% precedentemente prevista) per i contratti di associazione in partecipazione con apporto di beni diversi da immobili, imbarcazioni e natanti, con obbligo di registrazione nei termini previsti dall'art. 13 del medesimo decreto, ossia entro 20 giorni dalla data dell'atto se formato in Italia, o entro 60 giorni se formato all'estero.

Le prestazioni di opera e servizi (1)

Gli apporti che sono oggetto del contratto possono però anche prevedere una serie piuttosto complessa di prestazioni e obbligazioni che legano tra loro i due contraenti.

In una certa ipotesi, sempre esaminata dall'Agenzia delle Entrate (risoluzione n. 123/E del 4.6.2007), venivano in essere degli obblighi, assunti dalla società associata, aventi natura «ibrida», in quanto consistenti: in parte in prestazioni di opere e servizi, così articolate:

- 1) messa a disposizione di almeno un dipendente della società associata, che presta la propria consulenza professionale in materia di strumenti finanziari;
 - 2) messa a disposizione del marchio dell'associata, affinché la società associante possa utilizzarlo nell'ambito dell'iniziativa economica posta in essere;
- in parte, in una prestazione in denaro, cui si obbliga l'associata nei confronti dell'associante.

Secondo l'impostazione interpretativa dell'Agenzia, l'assunzione di tali obblighi da parte dell'associato risulta cruciale, poiché essa fa sorgere un contratto di associazione in partecipazione con apporto misto (servizi + capitale), con la conseguente indeducibilità della remunerazione in capo alla società associante.

Ciò è vero, secondo l'Agenzia, anche se, ai fini civilistici, le parti hanno inteso precisare che le prestazioni in denaro non costituiscono un apporto ai sensi dell'art. 2549 del codice.

Le prestazioni di opera e servizi (2)

Un'ulteriore fattispecie in materia di prestazioni di opera e servizi quali contenuti del contratto di associazione in partecipazione si rinviene nella risoluzione n. 192/E del 12.5.2008.

Si trattava, nel caso di specie, del rapporto contrattuale instauratosi tra la società associante - «Alfa» - e l'associata, in forza del quale:

- l'associata apportava all'associante delle «prestazioni d'opera e di servizi necessari al buon andamento del punto vendita»;
- l'associante riconosceva all'associata una parte (il 95%) degli utili generati dal punto vendita;
- l'associata riconosceva all'associante una somma di 70.000 euro «a titolo di corrispettivo e rimborso forfetario degli investimenti già effettuati e per quelli programmati a breve termine dall'associante e/o da società facenti parte del gruppo, al fine di consolidare ed accrescere le esperienze e i successi commerciali già acquisiti». Tale somma era versata a titolo di corrispettivo a fondo perduto e non poteva essere oggetto di restituzione.

Secondo quanto è rammentato dall'Agenzia, nell'ipotesi di apporto di opere e servizi le remunerazioni corrisposte all'associato sono deducibili dal reddito dell'associante in base al criterio della competenza e indipendentemente dall'imputazione a conto economico e tassate integralmente in capo alla società associata.

Nell'ipotesi dell'apporto di capitale o di capitale e lavoro (contratti misti), vige la regola dell'indeducibilità delle remunerazioni corrisposte all'associato in partecipazione (art. 109, c. 9, lett. b, TUIR).

Ai sensi dell'art. 44, c. 1, lett. f, TUIR, gli utili derivanti dai contratti di associazione in partecipazione caratterizzati da un apporto misto assumono la natura di redditi di capitale, assoggettati a tassazione in capo al percipiente secondo il principio di cassa con le stesse modalità previste per

gli utili derivanti dalla partecipazione in società soggette ad IRES. Nell'ambito del reddito d'impresa, la percezione di tali utili concorre, per le società di persone, alla formazione del reddito d'impresa nella misura del 49,72 % (percentuale che comporta in capo ai soci l'applicazione dell'imposta personale sulla parte imponibile loro imputata per trasparenza). A tale riguardo, può evidenziarsi che invece la situazione apparentemente analoga delle società di capitali trasparenti per opzione comporta l'imputazione per trasparenza ai soci della sola percentuale soggetta a imposizione in ambito IRES, ossia del 5% dell'utile percepito dalla società-associata.

Nel caso sottoposto all'esame dell'Agenzia, l'obbligo assunto dall'associato (con apporto di opere e servizi) consisteva nello svolgimento delle prestazioni necessarie per la gestione operativa del punto vendita. Il versamento di 70.000 euro quale corrispettivo e rimborso degli investimenti effettuati dall'associante non veniva in tale contesto a mutare la natura del sinallagma.

Era quindi riconosciuta «una fattispecie contrattuale complessa nella quale l'associato oltre che acquisire il diritto alla partecipazione agli utili derivanti dalla gestione del punto vendita..., beneficia altresì della possibilità di avvalersi del sistema distributivo dell'associante, beneficio che viene tuttavia autonomamente remunerato dall'associato con il versamento, prima dell'inizio dell'attività e senza possibilità di rimborso, del predetto corrispettivo».

Pertanto, secondo l'opinione espressa dall'Agenzia, il predetto importo «non aveva natura di apporto di capitale reso al fine di partecipare all'impresa dell'associante ed eventualmente sopportarne i correlati rischi, ma appare concretizzare un onere non rimborsabile che l'associato deve assolvere per poter beneficiare delle competenze professionali e del successo

commerciale della società associante», e per tale ragione veniva a costituire per la società-associata una spesa di natura pluriennale deducibile a norma dell'art. 108, c. 3, TUIR, nel limite della quota imputabile a ciascun esercizio. Lo stesso importo doveva inoltre essere assoggettato ad IVA.

Quanto sopra precisato, l'Agenzia ha ritenuto che l'apporto reso dall'associato si qualificasse come apporto di opere e servizi, e che la relativa remunerazione:

- potesse essere portata in deduzione dalla società associante ai sensi dell'art. 95, c. 6, TUIR;
- concorresse integralmente alla formazione del reddito d'impresa del percipiente (cioè della società-associata).

Altri contratti con apporto misto

La **risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 145/E del 10.4.2008** ha fornito importanti precisazioni per quanto attiene al trattamento dei contratti con apporto misto, con affermazioni apparentemente dissonanti rispetto a quella appena esaminata, ma in realtà con essa convergente nell'attribuire assoluta rilevanza alla natura delle obbligazioni assunte secondo la lettera del contratto.

In tale risoluzione, relativa al caso di una società-associante che stipulava i contratti per la gestione di vari negozi di «parafarmacia», il contratto prevedeva che il soggetto associato dovesse versare all'associante la somma di 35.000 euro a titolo di garanzia per il magazzino e gli arredi ad esso affidati.

Nel caso di specie, l'associato era una persona fisica, che si impegnava alla collaborazione nella gestione del punto vendita affidato.

Secondo quanto affermato dall'Agenzia, «*l'assunzione di tali obblighi da parte dell'associato*» conferiva al contratto natura di contratto di

associazione in partecipazione con apporto di servizi e capitale (apporto misto), *«a prescindere delle qualificazioni testuali indicate dalle parti», non incedenti sulla qualificazione fiscale della fattispecie».*

«Il versamento di tale somma concretizza, infatti, un apporto di capitale assunto dall'associato al fine della condivisione del rischio d'impresa dell'associante e quindi un elemento caratterizzante la qualificazione della remunerazione spettante all'associato».

In tale prospettiva, l'impegno da parte dell'associante a restituire all'associato una somma di pari importo incrementata annualmente dell'aumento medio del prezzo dei farmaci ad uso umano sembrava costituire *«un ulteriore rendimento e non la mera integrazione della perdita di valore reale della somma corrisposta».*

Le remunerazioni periodiche spettanti all'associato al termine dei diversi esercizi andavano quindi considerate come percezione di utile annuale, imponibili in capo allo stesso ai sensi dell'art. 44, c. 2, lett. f, TUIR, e indeducibili in capo alla società istante, a norma dell'art. 109, c. 9, lett. b, TUIR.

Al momento della risoluzione del contratto, la corresponsione dei 35.000 euro avrebbe costituito per l'associato restituzione di capitale, mentre tutto ciò che fosse stato erogato dall'associante oltre i 35.000 euro contrattualmente previsti avrebbe costituito un'ulteriore remunerazione del contratto ai sensi dell'art. 45 del TUIR.

Lo schema della cointeressenza

L'art. 95 sopra richiamato fa menzione dei soli contratti di associazione in partecipazione, e non anche di quelli, ad essi analoghi, di cointeressenza; tuttavia, anche prima di prendere in considerazione quanto sul tema è stato detto dalla prassi interpretativa ufficiale, sembra logico assumere che, se la condizione per l'assimilazione agli utili societari distribuiti e percepiti è operata dal legislatore con riferimento a quelle situazioni nelle quali si scorga una natura di «*equity*», ovvero di partecipazione al capitale, allora dovrebbe potersi garantire la deducibilità (e la speculare imponibilità) integrale, secondo i principi generali, dei **rapporti privi di apporto**, la cui causa è riscontrabile nello «scambio» tra l'utilità conseguita dal cointeressante (che fa partecipare un terzo al rischio d'impresa) e quella conseguita dal cointeressato (che partecipa agli utili verso il «corrispettivo» costituito dalla sua partecipazione alle perdite).

Su tale linea interpretativa, la circolare dell'Agenzia delle Entrate 16.6.2004, n. 26/E (par. 3.4) ha argomentato che il trattamento di assimilazione agli utili opera, per le remunerazioni dei contratti in esame, «*allorché sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi*». Se l'apporto non è presente, l'assimilazione quindi non opera.

Le considerazioni sopra esposte valgono anche nel caso di specie, caratterizzato per la cointeressata dalla partecipazione integrale agli utili della cointeressante, e da una partecipazione solo parziale alle perdite (nei limiti dell'ammontare delle perdite su crediti registrate nell'esercizio): la norma civilistica non pone infatti ulteriori condizioni, e comunque l'apporto della cointeressata rimane assente.

A tale proposito, può essere utilmente richiamata la pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. I civ., 23.1.1996, n. 503, la cui massima chiarisce che «*dalla coordinata lettura degli art. 2553 e 2554 c.c. si ricava che l'unica regola*

inderogabile della disciplina dell'associazione in partecipazione (applicabile anche al contratto di cointeressenza) è quella del divieto di partecipazione dell'associato alle perdite in misura superiore al suo apporto, mentre le parti hanno facoltà di determinare la partecipazione alle perdite in misura diversa da quella della partecipazione agli utili ovvero di escludere del tutto la partecipazione alle perdite (cosiddetta cointeressenza impropria)».

La circolare dell'Agenzia delle Entrate 13.2.2006, n. 6/E, al par. 1.2, ha confermato che il cointeressato imprenditore (individuale o societario) può portare in deduzione le partecipazioni alle perdite del cointeressante.

Deve però essere evidenziato che - in assenza di adeguate informazioni sulle effettive previsioni contrattuali - la condizione che per la cointeressata limita la partecipazione alle perdite della cointeressante all'ammontare delle perdite su crediti sofferte da quest'ultima potrebbe essere intesa come un tentativo di eludere le previsioni normative sopra richiamate, in base alle quali il contratto di cointeressenza con partecipazione ai soli utili (e non anche alle perdite) può essere sostanzialmente assimilato alla fattispecie della cointeressenza «impropria» con apporto di capitale.

10 giugno 2014
Fabio Carriolo