

FOCUS FISCALE

*Rubrica di novità legislative e giurisprudenziali
riguardanti le piccole e medie imprese*

L'ABUSO DEL DIRITTO ED IL CONFERIMENTO DI AZIENDA CON CESSIONE DI PARTECIPAZIONI: LE POSIZIONI DELLA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA

by *Thomas Tassani*

1. La casistica ed il vantaggio fiscale derivante dal conferimento di azienda con successiva cessione di partecipazioni

Una casistica che negli ultimi anni ha maggiormente impegnato giurisprudenza e dottrina in relazione alla applicazione del principio di divieto di abuso del diritto è quella del conferimento di azienda in società con successiva cessione delle partecipazioni.

A livello operativo la fattispecie può realizzarsi in diversi modi, ma quella più ricorrente vede il conferimento della azienda da parte dell'imprenditore in una società di capitali neo costituita (c.d. newco) e la vendita, a breve distanza di tempo, agli altri soci o a terzi delle partecipazioni ricevute in cambio.

Se valutato quale alternativa alla vendita diretta della azienda da parte dell'imprenditore che vuole cessare la propria attività (oppure liquidare un ramo della propria azienda), il conferimento con cessione successiva di partecipazioni si presenta indubbiamente come particolarmente vantaggioso, dal punto di vista fiscale.

Nelle imposte indirette, infatti, il conferimento di azienda, che è operazione esclusa ai fini Iva, è assoggettato ad imposta solo fissa di registro e, nel caso nell'azienda siano presenti immobili, anche ai fini delle imposte imposte ipotecaria e catastale.

Imposta fissa di registro che è applicabile anche alla successiva vendita di partecipazioni, in quanto realizzata da un soggetto non imprenditore a seguito del conferimento dell'unica azienda (qualora invece venisse conferito solo un ramo di azienda, l'imprenditore manterrebbe tale *status* ed occorrerebbe valutare la successiva cessione di partecipazioni quale operazione Iva benché esente).

Nelle imposte dirette, il conferimento di azienda avviene come noto in neutralità d'imposta (ed in regime di continuità dei valori fiscali), mentre le plusvalenze realizzate con la cessione delle partecipazioni sono parzialmente esentate ai sensi degli artt. 87, 58 e 68, comma 3, Tuir, a seconda della

qualifica soggettiva (imprenditore oppure no).

Il con il regime fiscale della vendita di azienda evidenzia chiaramente un maggior peso impositivo qualora le parti decidessero di procedere in questa seconda direzione, visto che la cessione onerosa della azienda (comunque esclusa da Iva) è assoggettata ad imposizione proporzionale nell'imposta di registro (oltre che nelle ipo-catastali se sono presenti immobili), oltre che ad una piena tassazione delle plusvalenze ai fini delle imposte sui redditi in capo all'imprenditore. In questa prospettiva, agli occhi dell'Amministrazione finanziaria le due operazioni (vendita dell'azienda da una parte, conferimento+cessione di partecipazioni dall'altra) appaiono come economicamente alternative, potendo portare a ravvisare una potenziale elusione quando i contribuenti scelgano la strada del conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni.

2. Gli strumenti per fare valere la "elusività" dell'operazione

Occorre preliminarmente chiarire che la "potenziale elusività" derivante dal conferimento di azienda con successiva cessione di partecipazioni non può essere in nessun modo contestata ai fini delle imposte sui redditi.

L'art. 176, comma 3, Tuir, in vigore dal 1/1/2004, espressamente dispone la non applicazione dell'art. 37-bis, Dpr 600/73 per il caso del conferimento di azienda effettuato per poter godere della parziale esenzione delle plusvalenze realizzate in caso di cessione delle partecipazioni ricevute in cambio.

E' dunque lo stesso legislatore che impedisce di configurare simile fattispecie, nelle imposte sui redditi, come elusiva o abusiva, precludendo allora all'Amministrazione finanziaria la possibilità di affermarne la inopponibilità ai fini tributari.

Il problema però si pone (e si è posto, negli ultimi anni) nei tributi diversi da quelli sul reddito e, principalmente, nelle imposte di registro, ipotecaria e catastale, visto che a queste non si applica la disposizione di cui all'art. 176, comma 3, Tuir.

In primo luogo, si tratta di verificare in che modo l'Amministrazione finanziaria possa contestare simile elusività.

Nel tributo di registro, l'Amministrazione, con il sostegno della giurisprudenza della Cassazione, tradizionalmente ricorre all'art. 20, Dpr 131/1986, che impone di interpretare gli atti presentati alla registrazione secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici.

Il che consentirebbe all'interprete (e, quindi, agli uffici fiscali), da una parte, di valorizzare il "dato giuridico reale" rispetto a ciò che è formalmente enunciato, anche superando il frazionamento degli atti e considerando "gli effetti giuridici finali" (Corte Cass., Sez. Trib., sent. n. 14150 del 5/6/2013).

Dall'altra parte, la norma di legge può essere utilizzata in "unzione antielusiva", per consentire all'Amministrazione di privilegiare la sostanza sulla forma e giungere ad un giudizio di inopponibilità solo fiscale delle operazioni poste in essere.

In questo senso, la norma contenuta nell'art. 20 Dpr 131/1986 può essere considerata come una specificazione del più generale principio antielusivo, di origine giurisprudenziale, rappresentato dal divieto di abuso del diritto.

Come è noto, con le sentenze nn. 30055/30056/30057 del 23/12/2008, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno infatti affermato la sussistenza nell'ordinamento tributario italiano di un "principio generale non scritto", derivante dall'art. 53, commi 1 e 2 Cost., in forza del quale il contribuente "non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale".

Analizzando la giurisprudenza della Corte di Cassazione che si è formata negli ultimi due anni, è possibile affermare che, per applicare il principio del divieto di abuso e quindi "riqualificare" fiscalmente i contegni negoziali dei contribuenti, risulta necessario: che il comportamento negoziale del soggetto possa essere equiparato, dal punto di vista dei concreti effetti giuridici ed economici, ad un diverso comportamento (che non è stato adottato) che rappresenta la fattispecie astratta della norma che si ritiene essere stata aggirata; che il comportamento negoziale adottato sia più vantaggioso, dal punto di vista fiscale, rispetto a quello che si è scelto di non adottare; che tale risparmio di imposta risulti la motivazione esclusiva od assorbente della scelta negoziale compiuta (e che, quindi, non sussistano altre ragioni economicamente apprezzabili in grado di giustificare l'opzione negoziale); che il risparmio di imposta in questo modo realizzato appaia quale "vantaggio indebito" alla luce del sistema tributario.

3. Le posizioni più recenti della giurisprudenza

Rispetto alla questione della elusività del conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni, ai fini delle imposte indirette, la giurisprudenza di merito si è divisa, anche se in prevalenza ha negato il carattere elusivo o abusivo della fattispecie¹, così come fatto dalla dottrina

¹Tra le tante, nel senso della non elusività, COMM.TRIB.PROV.Milano, sent. n. 388 del 19/11/2010; COMM.TRIB.PROV. Treviso, sent. n. 76 del 30/6/2010; COMM.TRIB.PROV. Treviso, sent. del 22/4/2010, n. 41; *contra* COMM.TRIB. PROV. Firenze, sent. n. 150 del 5/11/2007; COMM.TRIB. REG. di Torino, sent. n. 45 del 15/6/210.

maggioritaria². Negli ultimi mesi, tuttavia, ha avuto modo di esprimersi la Corte di Cassazione, con sentenze che, sebbene non chiarissime e quindi non risolutive della questione, appaiono tuttavia propendere per la elusività. La controversia che ha portato alla sentenza della Corte di Cassazione n. 14150 del 5/6/2013 vedeva il conferimento di una azienda agricola in una S.r.l. con successive cessioni, in tempi diversi, delle quote di partecipazioni a due società cooperative.

Secondo la Commissione Tributaria Regionale dell'Emilia Romagna, la contestazione della elusività da parte dell'ufficio fiscale non era sostenibile, trattandosi di "scelte libere permesse dall'ordinamento".

La Suprema Corte ritiene però di dovere cassare con rinvio tale sentenza in base all'art. 20, Dpr 131/1986, che è in grado di condurre a ritenere che "una pluralità di operazioni societarie e/o di negozi, strutturalmente e funzionalmente collegati al fine di produrre un unico effetto giuridico finale costituito dal trasferimento della proprietà di beni immobili, vanno considerati, ai fini dell'imposta di registro, come un fenomeno unitario, anche in conformità al principio di capacità contributiva".

Anche se la Corte non lo dice espressamente, lasciando quindi il giudizio alla nuova valutazione da parte della Commissione Tributaria Regionale, in questo modo potrebbe giungersi a (ri)qualificare l'intera operazione come vendita di azienda (o di immobili) indipendentemente dalla forma giuridica scelta dalle parti (conferimento e cessione di partecipazioni).

E' però opportuno notare come, leggendo le motivazioni, un peso determinante sia stato attribuito ad un elemento probatorio quale quello dei verbali dei c.d.a. delle società cessionarie. In tali verbali veniva infatti espressamente affermato che l'effettivo intento delle società era quello di acquistare la proprietà del terreno (compreso nel complesso aziendale) non avendo alcuna intenzione di gestire l'azienda agricola, facendo così emergere la fittizietà economica dell'intera operazione.

Anche nella ordinanza n. 6835 del 19/3/2013, la Corte non afferma esplicitamente il carattere elusivo della operazione di conferimento di azienda con successiva cessione di partecipazioni, limitandosi ad individuare gli strumenti a disposizione dell'Amministrazione finanziaria e del giudice di merito. In particolare, nella ordinanza citata, la Corte attribuisce un ruolo rilevante al principio del divieto di abuso del diritto che consentirebbe, insieme all'art. 20 Dpr 131/1986, di dare rilievo alla "sostanziale unitarietà del fenomeno negoziale".

² DELLA VALLE, *L'elusione nella circolazione indiretta del complesso aziendale*, in AA.VV., *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, Torino, 2009, 567; ZIZZO, *Sull'elusività del conferimento di azienda seguito dalla cessione della partecipazione*, in *Giust.trib.*, 2008, 279; TASSANI, *I confini dell'abuso del diritto ed il caso del conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni*, in *Riv.dir.trib.*, 2011, I 329 ss.; CERRATO, *op.cit.*, 393; ZANETTI, *Conferimento d'azienda e cessione della partecipazione tra art. 20 e 53-bis, del Dpr n. 131/1986 e abuso del diritto*, in *Il fisco*, 2010, 5457 ss

Il punto decisivo oggetto della ordinanza è tuttavia un altro, visto che la Commissione Tributaria Regionale della Puglia aveva ritenuto che l'atto con cui l'Agenzia delle Entrate aveva ripreso a tassazione l'operazione (qualificandola come vendita dell'azienda) doveva qualificarsi come assoggettato al termine biennale di decadenza, in quanto imposta complementare.

A giudizio della Suprema Corte, invece, si tratterebbe di una imposta suppletiva (art. 42, Dpr 131/1986), con termine triennale di decadenza ex art. 76, comma 2, lett. c), Dpr 131/1986.

Non solo ma, secondo la Corte, trattandosi di un unitario fenomeno negoziale, ossia un "contratto a formazione progressiva", il termine triennale di decadenza per il Fisco decorrerebbe "dalla domanda di registrazione dell'ultimo atto dell'unica fattispecie complessa".

5. Conclusioni

I più recenti approdi della giurisprudenza della Corte di Cassazione non risultano sicuramente rassicuranti per il contribuente, visto che aprono la strada ad una contestazione di elusività (basata sia sull'art. 20 Dpr 131/1986 sia del principio del divieto di abuso del diritto) alla operazione di conferimento di azienda con successiva cessione di partecipazioni, con riquilibratura della stessa in termini di vendita dell'azienda, ai fini delle imposte indirette.

Se questa è la direzione che pare tracciata dalle pronunce del 2013 della Corte, occorre però considerare, per un verso, che tali pronunce non risultano risolutive della questione, soprattutto perché la Corte si è limitata ad affermazioni di carattere generale, ed a volte incidentali, lasciando poi al giudice di merito la soluzione concreta.

Per altro verso, è da osservare il diverso orientamento di buona parte della giurisprudenza delle Commissioni Tributarie, oltre che della dottrina.

La problematica è dunque in piena evoluzione e sarà necessario verificare nei prossimi mesi gli sviluppi del diritto vivente sul punto.

Soprattutto, sarà interessante verificare quale posizione assumerà la Corte di Cassazione su una argomentazione, che a noi pare decisiva, nel senso della non elusività della operazione e che raramente i contribuenti (o, meglio, i loro difensori) hanno fatto valere nelle proprie difese ed argomentazioni.

Per valutare un comportamento in termini di elusività, occorre infatti che lo stesso risulti "indebito" alla luce del sistema fiscale.

In questo senso, non può non essere valutato l'art. 176, comma terzo, Tuir, che, come già accennato, prevede che non possa essere considerato "elusivo" il conferimento di azienda effettuato al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, nelle imposte dirette, tramite la successiva cessione delle

partecipazioni.

Si tratta allora di chiedersi se, nonostante la norma sia inserita nel Tuir e faccia riferimento all'art. 37-*bis* Dpr 600/73, possa riconoscersi alla stessa un campo di applicazione che consideri anche l'imposta di registro (e le imposte ipo-catastali); e la risposta deve essere positiva.

In primo luogo, per una ragione di coerenza interna del sistema fiscale, che deve spingere ad una "interpretazione adeguatrice", basata sul canone costituzionale di razionalità, che giunga a considerare come "non indebito" l'eventuale vantaggio ottenibile dalla operazione descritta tanto nel settore delle imposte dirette quanto in quello delle imposte indirette.

Diversamente ritenendo, si qualificherebbe la fattispecie in esame come pienamente legittima ai fini della determinazione del reddito di impresa ed "abusiva" e quindi inopponibile al Fisco, ai fini della determinazione delle imposte di registro ed ipo-catastali.

Conclusione non accettabile, dopo che la stessa Corte di Cassazione ha ritenuto sussistente un principio generale, nell'intero ordinamento tributario, di un divieto dell'abuso del diritto, di cui le singole norme (come l'art. 37 *bis*, Dpr 600/73) costituiscono mera specificazione³.

In secondo luogo, occorre osservare come, attraverso l'art. 176, comma 3, Tuir, il legislatore fiscale abbia evidenziato in modo molto chiaro una via alternativa, tramite la quale giungere al risparmio di imposta, che il contribuente può percorrere anche quando la propria motivazione è solo quella del vantaggio fiscale.

In questo senso, può dirsi che il legislatore "incoraggi" gli operatori al conferimento di azienda seguito da cessione di partecipazioni, indipendentemente dalla sussistenza di specifiche ed ulteriori ragioni economiche. E, in termini concreti, esattamente questo è avvenuto a partire dal 1/1/2004, data di entrata in vigore della riforma Ires.

Se ora si ritenesse che la medesima operazione giuridica, in questo modo sollecitata dal legislatore, sia invece "abusiva" ai fini delle imposte indirette, con la inopponibilità della medesima al Fisco, la conseguenza sarebbe quella di una evidente violazione del principio del legittimo affidamento e di buona fede oggettiva, principi di rango costituzionale che reggono il rapporto tra Fisco e contribuente e che sono anche alla base della elaborazione del principio del divieto di abuso.

Thomas Tassani
Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"
thomas.tassani@uniurb.it

³ Cfr. Comm.Trib.Prov. Treviso, sent. del 22/4/2010, n. 41.