

FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO

I PARERI IN MATERIA TRIBUTARIA

PARERE N. 18 DEL 06.09.2011

Conferimento di azienda e successiva cessione della partecipazione

IL QUESITO

Gradirei fosse fatto il punto sulla questione della elusività, ai fini dell'imposta di registro, del conferimento dell'azienda e della successiva cessione della partecipazione ricevuta a seguito del conferimento stesso.

Premessa

Come noto, ai fini delle imposte sui redditi, il conferimento d'azienda o di ramo d'azienda in una società new.co o preesistente è neutrale in base a quanto stabilito dall'articolo 176 del Tuir. A seguito del conferimento il soggetto conferitario (imprenditore individuale, società di persone o di capitali, ente commerciale) ottiene una partecipazione nella società conferitaria (di persone o di capitali), la quale ha incrementato il proprio capitale sociale a fronte dell'ottenimento dell'azienda, al fine di attribuire le nuove azioni o quote al soggetto conferente che, dunque, diviene socio della conferitaria.

La successiva eventuale cessione a terzi, da parte del soggetto conferente, della partecipazione ottenuta a seguito del conferimento, ricorrendone i presupposti previsti dagli artt. 58, 68 e 87 del medesimo TU, sconta sulla eventuale plusvalenza realizzata la favorevole tassazione prevista dalla disciplina Pex.

L'operazione, per come strutturata (conferimento dell'azienda e successiva cessione della partecipazione) si pone per certi versi come alternativa rispetto alla vendita diretta dell'azienda che prevede la tassazione ordinaria della plusvalenza realizzata, con la sola possibilità di ripartirla in un massimo di cinque anni, ove l'azienda oggetto della cessione abbia una anzianità di almeno tre anni.

In linea di principio, dunque, l'operazione avrebbe tutti i presupposti per essere considerata dall'amministrazione finanziaria elusiva ai sensi dell'articolo 37-bis del DPR n. 600/1973.

Senonchè lo stesso articolo 176 del Tuir prevede espressamente che l'operazione in parola non può essere considerata elusiva.

L'aspetto critico

Tanto premesso, la giurisprudenza di merito negli scorsi mesi si è pronunciata in diverse occasioni, talvolta concludendo che l'operazione di conferimento d'azienda seguita dalla cessione della partecipazione se non è elusiva ai fini dell'imposta sul reddito poiché espressamente previsto dalla norma, lo è però ai fini dell'imposta registro e delle imposte ipocatastali. La cessione d'azienda, come noto, sconta in via ordinaria l'imposta di registro del 3%, salvo la maggior aliquota in presenza di immobili facenti parte dell'azienda compravenduta, mentre il conferimento d'azienda in società (anche se comprende immobili) sconta l'imposta di registro fissa (€168,00). Per quanto riguarda, in presenza di immobili, le imposte ipocatastali, la cessione d'azienda sconta la misura proporzionale (2+1 o 3+1, a seconda della natura dell'immobile), mentre il conferimento va a tassa fissa (€168,00 e €168,00).

Prima di esprimere le considerazioni critiche sulla problematica, sembra utile fornire gli estremi delle pronunce a favore e contro i contribuenti:

- **a favore della non elusività:** CTP Milano, sent. n. 388/10; CTP Treviso, sent. n. 9/09; CTP Treviso, sent. n.76/10; CTP Treviso, sent. n. 41/10; CTP Rimini, sent. n. 184/11; CTP Prato, sent. n. 65/1;
- **a favore della elusività:** CTP Firenze, sent. n.150/07; CTP Firenze, sent. n. 90/09; CTR Torino, sent. n. 45/10; CTR della Lombardia, sent. n. 36/2011.

L'abuso del diritto

La giurisprudenza che ritiene elusiva l'operazione si basa sostanzialmente sull'oramai costantemente utilizzato principio del divieto dell'abuso del diritto da parte della Cassazione. Con le sentenze nn. 30055/30056/30057 del 23/12/2008, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno infatti affermato la sussistenza nell'ordinamento tributario italiano di un "*principio generale non scritto*", derivante dall'art. 53, co.1 e 2 della Costituzione, 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*".

La giurisprudenza della Corte di Cassazione (n.1465/09, n. 20030/10, n.12042/09, n. 10981/09, n.19827/09) che si è consolidata negli ultimi anni, ha stabilito che per poter applicare il principio del divieto di abuso "riqualificando" fiscalmente i contegni negoziali dei contribuenti, è necessario che si verifichino alcuni presupposti:

- il comportamento negoziale assunto dal soggetto deve poter essere equiparato, sotto il profilo dei concreti effetti giuridici ed economici, ad un comportamento diverso (che tuttavia non è stato adottato): ciò con la volontà di aggirare la norma non utilizzata;
- il comportamento negoziale adottato deve essere più vantaggioso, dal punto di vista fiscale, rispetto a quello che si è scelto di non adottare;
- il risparmio d'imposta che si "lucra" è l'unico o sostanzialmente il prevalente motivo della scelta negoziale compiuta. Di converso non sussistano altre ragioni economicamente apprezzabili in grado di giustificare l'opzione negoziale adottata.

Il risparmio d'imposta in questo modo realizzato deve configurare un "vantaggio indebito" alla luce del sistema tributario vigente.

Le motivazioni degli Uffici e della giurisprudenza a favore del Fisco

Fatta la premessa, si osserva che la giurisprudenza che ritiene elusiva l'operazione come descritta, ai fini delle imposte indirette, assume due asseriti punti di forza:

- l'articolo 20 del Tu Registro (DPR n. 131/1986) il quale prevede che gli atti devono essere tassati in base alla loro intrinseca natura: posto che l'effetto finale della operazione concatenata (conferimento e cessione della partecipazione) è che il terzo acquirente della partecipazione ottiene di fatto l'azienda, alla codificata operazione di cessione d'azienda occorrerebbe rifarsi per la conseguente tassazione ai fini dell'imposta di registro e ipocatastali.
- Il principio dell'abuso di diritto che consente di disconoscere i vantaggi fiscali indebiti, applicando la corretta tassazione in base all'istituto giuridico aggirato.

Il parere e gli spunti per la difesa in contenzioso

Va subito evidenziato che le motivazioni della giurisprudenza che ritiene elusiva l'operazione descritta non sono affatto convincenti:

- posto che il legislatore delle imposte sui redditi ha espressamente escluso l'elusività dell'operazione, ragioni di carattere logico-sistematico e di coerenza sostanziale portano in linea di principio ad escludere che l'operazione possa essere considerata elusiva ai fini delle imposte indirette. Non è ipotizzabile che il legislatore possa essere caduto in una così evidente contraddizione, come evidentemente afferma di fatto l'amministrazione finanziaria e parte della giurisprudenza;
- il principio del divieto di abuso del diritto si fonda, come unanimemente riconosciuto e accettato, sulla circostanza che l'istituto aggirato o eluso e l'istituto adottato portano, dal punto di vista dei concreti effetti economici finali, agli stessi risultati. Ebbene la cessione diretta dell'azienda e il conferimento con successiva cessione della partecipazione non portano affatto agli stessi risultati. Ad esempio, il terzo che acquista la partecipazione non assume alcuna responsabilità per i debiti relativi all'azienda conferita e per clausola contrattuale può prevedere che il corrispettivo pagato per l'acquisto della partecipazione potrà ridursi a seguito di carichi fiscali che dovessero sopravvenire in capo alla società di cui ha acquistato la partecipazione;
- l'articolo 20 del TU registro consente all'AF di riqualificare un atto in uno diverso, attribuendogli il corretto contenuto giuridico: ma nel caso che ci occupa l'AF riqualifica l'atto non in base al suo corretto contenuto giuridico, bensì in base al suo risultato economico finale. E' indiscutibile, infatti, che l'atto di conferimento d'azienda sia giuridicamente tale, come giuridicamente tale è l'atto di cessione della partecipazione;
- nell'ipotesi in cui il conferente dovesse cedere la partecipazione a più di un soggetto che non sia già socio della conferitaria, non si sarebbe potuto raggiungere in alcun modo tale risultato mediante la cessione diretta dell'azienda alla conferitaria;
- come sottocaso di quanto ora detto, potrebbe essere probabilmente più difficilmente difendibile l'ipotesi in cui il conferimento avviene in una new.co nella quale il conferente a seguito del conferimento medesimo ottiene il 100% del capitale sociale (socio unico) procedendo poi a cedere l'intera partecipazione. Per quanto una parte della dottrina ritiene legittima tale fattispecie, potrebbe indebolire l'operazione la circostanza evidente che nel caso di specie l'unico obiettivo è costituito dal trasferimento a terzi dell'azienda senza alcuna finalità di riorganizzazione aziendale;

- come sottolineato dalla dottrina, sarebbe sicuramente considerata elusiva l'operazione di conferimento dell'azienda, la successiva cessione della partecipazione ad altro soggetto societario che provvede poi ad incorporare la partecipata. L'incorporazione, infatti, (s)maschera la vera finalità del triplice trasferimento: quella di acquisire l'azienda, posto che lo stesso risultato sarebbe avvenuto mediante l'acquisizione diretta dell'azienda. Salvo, è da ritenersi che tra l'operazione di cessione della partecipazione e la fusione non trascorra un ragionevole numero di anni tale da dimostrare che non vi sia stata premeditazione;
- ad ogni modo laddove l'amministrazione finanziaria dovesse eccepire l'elusione dell'operazione dovrebbe preventivamente convocare il contribuente ed attivare il contraddittorio diversamente l'accertamento e l'avviso di rettifica sarebbero nulli (CT Provinciale di Milano n. 54/2011). Procedura questa che, a quel che risulta, non viene rispettata dall'amministrazione finanziaria.

Da ultimo, merita di essere segnalata, per l'importante presa di posizione nel connesso argomento dell'abuso del diritto, la sentenza della Cassazione n.1372 del 21/01/11 laddove ha stabilito che *“L'applicazione del principio deve essere guidata da una particolare cautela, essendo necessario trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratta di attività d'impresa. La cautela, poi, deve essere massima quando non si tratti di operazioni finanziarie ... di artificioso frazionamento di contratti o di anomala interposizione di stretti congiunti, ma di ristrutturazioni societarie, soprattutto quando le stesse avvengono nell'ambito di grandi gruppi d'impresе.” ... “Si tratta, quindi, “di verificare se l'operazione rientra in una normale logica di mercato” ed “il carattere abusivo deve essere escluso qualora vi sia la compresenza, non marginale, di ragioni extra fiscali che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione, ma possono essere anche di natura meramente organizzativa, e consistere in miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa.” ... “Il sindacato dell'Amministrazione finanziaria, pertanto, non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale.”*

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

- TUIR - artt. 58, 68, 87 e 176
- Tu Registro (DPR n. 131/1986) - art. 20
- DPR n. 600/1973- art. 37-bis

GIURISPRUDENZA DI RIFERIMENTO

- CT P di Milano, sent. n. 54/11
- CTP Milano, sent. n. 388/10
- CTP Treviso, sent. n. 9/09
- CTP Treviso, sent. n.76/10
- CTP Treviso, sent. n. 41/10
- CTP Rimini, sent. n. 184/11
- CTP Prato, sent. n. 65/1
- CTP Firenze, sent. n.150/07
- CTP Firenze, sent. n. 90/09
- CTR Torino, sent. n. 45/10
- CTR della Lombardia, sent. n. 36/2011
- Corte Cassazione Sezioni Unite – sentenze nn. 30055/30056/30057 del 23/12/2008

- Corte di Cassazione n.1465/09
- Corte di Cassazione n. 20030/10
- Corte di Cassazione n.12042/09
- Corte di Cassazione n. 10981/09
- Corte di Cassazione n.19827/09
- Corte di Cassazione n.1372/11

Fondazione Studi
IL PRESIDENTE
Rosario De Luca

