

## FOCUS FISCALE

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

### CONFERIMENTO DI AZIENDA CON SUCCESSIVA CESSIONE DELLE PARTECIPAZIONI NELLE IMPOSTE INDIRETTE ED ABUSO DEL DIRITTO TRIBUTARIO

di *Thomas Tassani*

#### 1. Premessa.

Negli ultimi due anni, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di pronunciarsi, in diverse occasioni e con esiti alterni<sup>1</sup>, sulla elusività della operazione di conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni.

Si tratta di una ipotesi che può avere concretamente diverse varianti, ma quella più ricorrente vede il conferimento avvenire in una società neo costituita (c.d. newco) e la vendita, a breve distanza di tempo, agli altri soci o a terzi delle partecipazioni ricevute in cambio.

Alla base di un simile “fiorire” di pronunce giurisprudenziali vi è un considerevole aumento degli accertamenti degli Uffici fiscali per ipotesi di questo tipo, viste quale mezzo per “aggirare” le norme fiscali in tema di vendita diretta della azienda, relativamente al settore delle imposte indirette.

Nelle imposte dirette, invece, il problema non si pone, visto l’art. 176, comma 3, Tuir, in vigore dal 1/1/2004, che dispone espressamente 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.

Se considerata quale alternativa alla vendita diretta della azienda, il conferimento con cessione successiva di partecipazioni si presenta indubbiamente come particolarmente vantaggiosa.

Infatti, nelle imposte indirette sia il conferimento di azienda sia la cessione di partecipazioni scontano la sola imposta fissa di registro e, nel caso in cui l’azienda abbia immobili, l’imposizione sarà fissa anche nelle ipo-catastali.

Nelle imposte dirette, poi, il conferimento di azienda avviene oggi in neutralità d’imposta (ed in regime di continuità dei valori fiscali), mentre

---

<sup>1</sup> 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 15/6/2010.

le plusvalenze realizzate con la cessione delle partecipazioni sono parzialmente esentate ai sensi degli artt. 87, 58 e 68, comma 3, Tuir.

Viceversa, la cessione diretta della azienda è assoggettata ad imposizione proporzionale nell'imposta di registro (e nelle ipo-catastali se sono presenti immobili), oltre che ad una piena tassazione delle plusvalenze in questo modo realizzate.

Se quindi, le due operazioni negoziali (vendita dell'azienda da una parte, conferimento+cessione di partecipazioni dall'altra) possono apparire quali economicamente alternative, occorre verificare in quali casi la scelta del contribuente integra gli estremi della "elusione" e quando, invece, la stessa può considerarsi un "legittimo risparmio di imposta".

## 2. Il principio del divieto di abuso del diritto

Per rispondere alla domanda da ultimo posta, occorre interrogarsi sulle "armi" a disposizione del Fisco, ossia chiedersi quali siano le norme ed i principi che l'Amministrazione finanziaria può utilizzare per contrastare comportamenti elusivi nel comparto delle imposte indirette.

Vista l'evoluzione del "diritto vivente", viene in primo luogo in considerazione il principio del divieto dell'abuso del diritto.

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 giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale".

Analizzando la giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>2</sup> 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 congegni negoziali dei contribuenti, risulta necessario:

- a) 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;
- b) che il comportamento negoziale adottato sia più vantaggioso, dal punto di vista fiscale, rispetto a quello che si è scelto di non adottare;

<sup>2</sup> Si vedano, in particolare, le sentenze della CORTE CASS., Sez.Trib., n. 1465 del 21/1/2009; n. 20030, del 22 settembre 2010; n. 12042 del 25/5/2009; n. 10981 del 13/5/2009; n. 19827 del 15/9/2009.

- c) 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);
- d) che il risparmio di imposta in questo modo realizzato appaia quale "vantaggio indebito" alla luce del sistema tributario.

### **3. La dubbia applicabilità del divieto dell'abuso del diritto al caso del conferimento con successiva cessione di partecipazioni.**

Il principio del divieto di abuso del diritto si fonda, per sua stessa natura, su una comparazione tra fattispecie giuridica realizzata e fattispecie giuridica elusa (o aggirata) e, quindi, sulla possibilità di confrontare due comportamenti negoziali tra di loro equivalenti, dal punto di vista dei concreti effetti giuridici ed economici finali.

La Corte di Cassazione è stata sul punto molto chiara quando ha posto a carico dell'Amministrazione finanziaria l'onere di valutare il comportamento realizzato dal contribuente con "il comportamento fisiologico aggirato, onde far emergere quella anomala differenza incompatibile con una normale logica economica".<sup>3</sup>

Simile valutazione è peraltro immanente ad ogni clausola generale antielusiva (e quindi sia dell'art. 37-bis, Dpr 600/73 sia dell'art. 20 Dpr 131/1986<sup>4</sup>) perché la inopponibilità al Fisco della forma negoziale adottata dalle parti e la riqualificazione, dagli effetti solo fiscali (che quindi non implica la - ed è nettamente distinta dalla - nullità o annullabilità o simulazione o inefficacia dei negozi giuridici), presuppone che vi sia un comportamento considerato abusivo da valutare in termini di equivalenza con un comportamento considerato fisiologico (ed una disciplina giuridica corrispondente).

Nel caso del conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni, per applicare il divieto dell'abuso del diritto, occorrerebbe dunque ritenere tra loro equivalenti, in termini di risultato economico-giuridico finale, la cessione di partecipazioni che rappresentano un precedente conferimento di azienda, da una parte, e la vendita dell'azienda dall'altra.

Questa conclusione non sembra però poter essere affermata.

La persona fisica che conferisce un immobile in una società neo-costituita e che, successivamente, cede agli altri soci la totalità delle proprie par-

---

<sup>3</sup> Sentenza n. 1465/2009.

<sup>4</sup> Che è tale nella lettura della giurisprudenza di legittimità, non invece in quella della dottrina. Sia consentito rinviare a TASSANI, *Cessione onerosa di beni e contratti d'impresa nell'imposizione indiretta*, in *Rass.trib.*, 2009, 1692 ss.

tecipazioni, realizza un risultato economico e giuridico molto differente da quello che può realizzarsi con la vendita diretta del complesso aziendale.

Perché il socio, titolare della partecipazione emessa in relazione al conferimento di azienda non può ritenersi, nemmeno dal punto di vista economico, come l'effettivo proprietario dell'azienda conferita.<sup>5</sup>

Perché diversi sono i regimi di responsabilità che derivano dall'essere cedente o cessionario piuttosto che conferente o conferitario di aziende o di partecipazioni. La vendita dell'azienda, in particolare, espone il cessionario a responsabilità che sono invece estranee a colui che acquista le partecipazioni e questo rappresenta un effetto finale, di tipo economico e giuridico, estremamente rilevante.<sup>6</sup>

Lo stesso deve dirsi con riferimento alla società conferitaria, visto che la alternativa vendita/conferimento con acquisto della partecipazione da parte dei soci ha effetti diretti, a tacer d'altro, sul patrimonio societario e sul rapporto società-soci.

#### **4. Segute: l'esperienza della Cassazione, in applicazione dell'art. 20, Dpr 131/1986.**

L'esame dei più recenti precedenti della giurisprudenza di legittimità, in relazione a casi di conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni, conferma simile ricostruzione.

La Sezione Tributaria della Corte di Cassazione ha ritenuto di dover applicare l'art. 20, Dpr 131/1986, ad ipotesi solo apparentemente riconducibili al caso qui in esame. Quando la Corte ha equiparato conferimento e vendita dell'azienda ciò è avvenuto in fattispecie chiaramente elusive in cui un privato conferiva un immobile gravato (per la quasi totalità del proprio ammontare) da mutuo ipotecario. In questo modo, attraverso il conferimento dell'immobile e del debito, la società conferitaria si accollava quest'ultimo e riconosceva una partecipazione al conferente pari alla differenza tra valore dell'immobile e passività ricevuta. La partecipazione veniva poi venduta agli altri soci della società.<sup>7</sup>

E' però evidente che in questa ipotesi è lo stesso acollo del mutuo (che

---

<sup>5</sup> "La titolarità delle azioni o quote, infatti, non permette l'esercizio da parte del socio delle facoltà inerenti al diritto di proprietà (ad esempio la facoltà di affittarla, di ipotecarne le componenti immobiliari, di disporne nei modi consentiti dalla legge), né permette, per altro verso, l'imputabilità al socio degli oneri connessi alla proprietà del bene (ad esempio le imposte sul possesso di determinati beni aziendali, le spese relative alla manutenzione di tali beni o anche gli eventuali obblighi di risarcimento che potrebbero derivare dal loro improprio utilizzo" (ASSONIME, *Imposta di registro – Interpretazione e riqualificazione degli atti*, in *Approfondimenti*, n. 5/2009, 6).

<sup>6</sup> CERRATO, *Elusione fiscale ed imposizione indiretta nelle operazioni societarie*, in AA.VV., *Elusione ed abuso nel diritto tributario*, Milano, 2009, 396.

<sup>7</sup> CORTE CASS., Sez. Trib., sent. n. 2713 del 25/2/2002; ID., sent. n. 14900 del 23/11/2001.

rappresentava una passività che non incrementava il valore dell'immobile e quindi a questo non inerente) da parte della conferitaria a rappresentare, in termini concreti, il "corrispettivo" per l'immobile in questo modo conferito.

La Corte di Cassazione ha equiparato simile fattispecie a quella della vendita diretta dell'azienda (applicando la disciplina corrispondente) proprio perché vi era una piena equivalenza, dal punto di vista giuridico ed economico.

Considerando "la natura dell'effetto giuridico (finale) dei loro comportamenti", la qualificazione fiscale del comportamento realizzato è data "dall'insieme dei negozi collegati strutturalmente, per identità dei soggetti e dell'oggetto, e funzionalmente per il contributo parziale e strumentale che ciascuno dei negozi, che pure si succedono nel tempo, dà alla formazione progressiva di un'unica fattispecie identificabile attraverso un determinato effetto giuridico finale".<sup>8</sup>

Nella ipotesi di conferimento di azienda cui segua la cessione di partecipazioni, invece, tale equivalenza, invece, non si ripete, se non, e tale caso potrebbe essere dubbio, quando la società cui si cede la partecipazione totalitaria poi proceda alla incorporazione della società partecipata.

Alla conclusione della non elusività della fattispecie in esame giunge peraltro la dottrina che si è in questi anni occupata del tema.<sup>9</sup>

Un'ultima osservazione risulta necessaria, sul punto.

Le due operazioni (vendita dell'azienda da una parte; conferimento di azienda + cessione di partecipazioni dall'altra) si presentano indubbiamente come alternative, nel senso che si pongono dinanzi all'operatore economico come strade parallele, ed in questo senso differenti, che possono essere percorse nel momento in cui lo stesso intenda "disfarsi" del complesso aziendale.

Tuttavia, tale "alternatività" dei comportamenti negoziali, non accompagnata però dalla piena equivalenza degli effetti economico-giuridici, non può essere considerata sufficiente per applicare il principio del divieto dell'abuso del diritto e, quindi, sindacare l'opzione imprenditoriale sulla base del criterio delle "valide ragioni economiche".

Affermare il contrario equivarrebbe ad ampliare in modo sostanzialmente indefinito i confini del principio del divieto di abuso del diritto, perché porterebbe, in buona sostanza, a ritenere che ogni volta che il contribuente ha la possibilità di optare per regimi giuridici e scelte economi-

---

<sup>8</sup> CORTE CASS., sent. n. 2713/2002.

<sup>9</sup> 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 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.

che diversi ma tra loro alternativi, avrebbe comunque l'obbligo di scegliere quello fiscalmente più oneroso.

Tale soluzione, coincide inoltre con quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria. Anche recentemente, in un caso in cui si discuteva di abuso del diritto comunitario, la Corte di Giustizia ha ripetuto il principio secondo cui *“i soggetti passivi sono generalmente liberi di scegliere le strutture organizzative e le modalità operative che ritengono più idonee per le loro attività economiche, nonché al fine di limitare i loro oneri fiscali”* e che *“il soggetto passivo, nel caso in cui possa scegliere tra differenti operazioni, ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permetta di limitare la contribuzione fiscale”*.<sup>10</sup>

Principio che poco si distanzia da quello affermato in passato dalla stessa Corte di Cassazione, secondo cui *“l'impiego di forme contrattuali e/o organizzative che consentono un minor carico fiscale costituisce esercizio della libertà d'impresa e di iniziativa economica”*.<sup>11</sup>

Ed in questa stessa direzione, a ben vedere, si muovono anche le pronunce di parte della giurisprudenza di merito, che hanno valutato come non elusive fattispecie assai simili a quella oggetto del presente parere, richiamando la *“libertà dell'imprenditore”* di decidere in che modo riorganizzare la propria impresa, optando, senza che possa configurarsi abuso, tra diverse soluzioni giuridiche ed economiche.<sup>12</sup>

## **5. La natura non indebita dei vantaggi conseguiti in caso di conferimento di azienda con cessione successiva delle partecipazioni.**

Vi è poi un ulteriore elemento da considerare, per valutare come non elusiva la operazione di conferimento di azienda con cessione successiva delle partecipazioni.

Si è detto come, per ritenere un comportamento elusivo, questo deve risultare *“indebito”* secondo l'ordinamento tributario.

Per valutare questo elemento, dobbiamo prendere in considerazione 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.

Attraverso l'art. 176, comma terzo, Tuir, l'ordinamento tributario mostra di non *“disapprovare”*, ma anzi di *“incoraggiare”*, simile scelta negoziale, alternativa a quella della cessione onerosa della azienda.

<sup>10</sup> CORTE GIUSTIZIA CE, sent. del 22/12/2010, C-277/09, Rbs, pp. 53-54; ID., sent. *Halifax*, cit.;

<sup>11</sup> CORTE CASS., Sez. Trib., sent. n. 25374

<sup>12</sup> COMM.TRIB.PROV.Milano, sent. n. 388 del 19/11/2010; COMM.TRIB.PROV. Treviso, sent. n. 76 del 30/6/2010; *contra* COMM.TRIB. PROV. Firenze, sent. n. 150 del 5/11/2007.

La domanda risulta allora la seguente: nonostante la norma sia inserita nel Tuir e faccia riferimento all'art. 37-bis Dpr 600/73, può riconoscersi alla stessa un campo di applicazione che consideri anche l'imposta di registro (e le imposte ipo-catastali)?

La risposta, a nostro avviso, 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 qualificerebbe 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 specificazione.

In questa direzione, peraltro, sono le affermazioni di una recente giurisprudenza di merito, che ha valorizzato la necessità di una interpretazione coerente alla luce del sistema fiscale.<sup>13</sup>

Infine, 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.

---

<sup>13</sup> Comm.Trib.Prov. Treviso, sent. del 22/4/2010, n. 41.