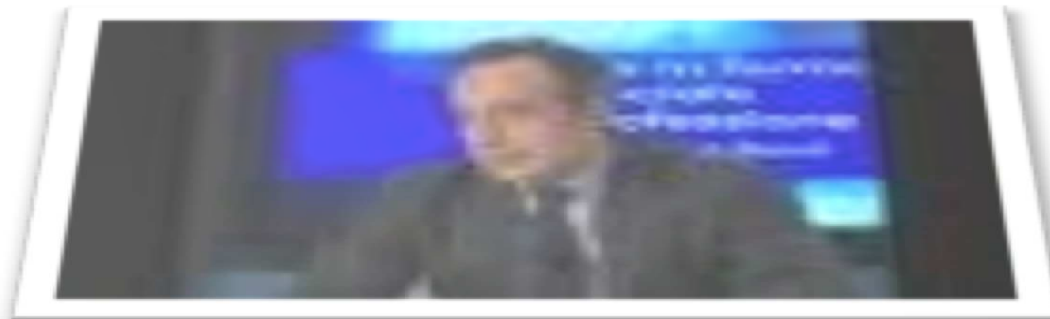




CIVILLAW

**International Notary Public Association
Milano Via Cordusio 2
School Department
Educational Year : 2013**



By Giuseppe am Trimarchi



2

TRASFERIMENTI AZIENDALI E SUCCESSIVE CESSIONI DI PARTECIPAZIONI SOCIALI

Cortina 2013



Operazioni “straordinarie” di trasferimento di azienda a società

- Le ragioni del trasferimento di un’azienda a società:
- 1) l’aggregazione aziendale;
- 2) lo scorporo di un’azienda da una società in apposito “contenitore”
- (newco, o società controllata dal conferente, o da terzi).
- Il primo target si definisce “realizzativo”, il secondo è qualificato, dal punto di vista economico, una “trasformazione”

Tra le varie operazioni straordinarie si collocano anche quelle operazioni eterogenee che le imprese pongono in essere al di fuori dell’ordinaria gestione, allo scopo di modificare la loro struttura o di trasferirne la titolarità.

Le operazioni straordinarie sono disciplinate nel Titolo III, capo III del T.U.I.R.

Una delle più frequenti operazioni aziendali è il trasferimento d’azienda, o di ramo di essa, a titolo oneroso.

Il conferimento e la cessione d’azienda, o di ramo di essa, rappresentano le operazioni straordinarie che, con più assiduità, si presentano nel panorama economico italiano.



Le modalità del trasferimento di azienda funzionale alla cessione delle partecipazioni della conferitaria

- Le operazioni più diffuse nella prassi:
- trasferimento “diretto” dell’intero capitale sociale di una società “titolare” dell’azienda;
- fusione paritaria e successiva cessione delle partecipazioni sociali;
- scissione con scorporo di un aggregato patrimoniale da cedere sotto forma di partecipazione sociale;
- conferimento ad una newco dell’azienda e cessione (successiva) delle partecipazioni sociali della newco stessa

Data la praticità dei temi che si vogliono affrontare suggerirei immediatamente un approfondimento dello Studio 170 del 2011 del CNN a proposito della **riqualificabilità come cessione di azienda della cessione dell’intero capitale di una s.r.l.**

L’Agenzia delle Entrate sempre più frequentemente ritiene di avere il potere di effettuare la suindicata riqualificazione in forza dell’articolo 20 del T.U.R..



Il trattamento tributario del trasferimento di azienda

- Art. 86 TUIR
- La riforma 344\03 si è prefissa lo scopo di non rendere indifferente la scelta tra un trasferimento di azienda e un trasferimento di partecipazioni sociali
- Regime Irpef e trattamento del Reddito d'Impresa
- Regime IRES
- Altre Imposte

CESSIONE D'AZIENDA

Regime Irpef - Reddito d'impresa

Le minusvalenze sono deducibili

Le plusvalenze: se si tratta di azienda posseduta da:

- meno di 3 anni, si considerano reddito d'impresa ordinario con aliquote progressive
- almeno o più di 3 anni, idem, salva la possibilità di rateizzazione (esclusa per l'unica azienda)
- più di 5 anni: idem o, se persona fisica, tassazione separata



Va sgomberato il campo da un equivoco di fondo: di per sé la cessione dell'intero capitale sociale non è indice di un'operazione elusiva, perché gli indici dell'elusione possono e devono rintracciarsi in un complesso di atti finalizzati al solo risparmio di imposta e, autonomamente, privi di un'autonoma giustificazione economico-giuridica.

Nel caso del trasferimento della partecipazione sociale, è di tutta evidenza ad esempio che indici elusivi devono considerarsi precedenti conferimenti immobiliari - magari gravati da finanziamenti ipotecari (in ragione dell'abbattimento di valore correlato all'applicazione dell'imposta di registro) - seguiti immediatamente dalla cessione delle partecipazioni.

In generale, invece, la semplice cessione delle partecipazioni sociali punta ad un risultato civilistico effettivo assai diverso dal trasferimento dell'azienda (o di un suo ramo).

Qui non si tratta nemmeno, allora, di considerare la questione sotto il profilo dell'abuso del diritto, o dell'idoneità dell'articolo 20 T.U.R. a svolgere una funzione "antielusiva", quanto, piuttosto di declinare il principio per cui la reale ed autentica diversità delle fattispecie (e degli effetti ad esse ricollegati) "cessione di azienda" e "cessione di partecipazioni sociali" impedisce di pensare che il legislatore autorizzi il ricorso all'articolo 20 T.U.R. per considerare (quasi automaticamente come l'Agenzia vorrebbe) l'una sovrapponibile all'altra.

In generale, tra l'altro, avuto riguardo al trasferimento delle partecipazioni sociali, l'art. 11 della Tariffa, Parte Prima, allegata alla legge di registro D.P.R. n. 131/1986, assoggetta ad imposta in misura fissa (fra l'altro) le "scritture private autenticate aventi per oggetto la negoziazione di quote di partecipazione in società", con ciò esprimendo un chiaro trattamento di "favor" per tale operazione, a prescindere se il trasferimento abbia ad oggetto o meno l'intero capitale.

In tale contesto si è giustamente osservato (cfr. Puri, studio CNN, cit.) che, sebbene le operazioni di cessione (di azienda e di partecipazioni) siano assimilabili dal punto di vista economico, ciò che è sempre stato chiaro al legislatore, la scelta dell'onere "contributivo" è stata per un favor nell'un caso (trasferimento di partecipazioni) e di maggior onere nell'altro (trasferimento di azienda). Se si riconducesse alla medesima tassazione la cessione delle partecipazioni sociali, ancorché nella limitata ipotesi del trasferimento dell'intero capitale sociale, è di tutta evidenza che si darebbe luogo ad un'operazione esegeticamente del tutto abusiva perché tipicamente estranea alla ratio dell'articolo 20 T.U.R. che attribuisce un potere interpretativo di "riqualificazione" all'Agenzia sono quando "gli effetti" dell'atto considerato non corrispondano al suo "titolo".

Nessuno, infatti, può realmente dubitare della profonda diversità degli effetti riconducibili ad una cessione di azienda ovvero a quella dell'intero capitale sociale di una società. Diversi sono il regime della concorrenza, il "trasferimento" dei contratti, quello della "successione" nelle posizioni debitorie e creditorie anche fiscali (cfr. L. 427/97), delle responsabilità della parte cessionaria; in guisa che appare del tutto improponibile un'assimilazione basata sul mero dato estrinseco dell'assimilazione "economica" delle fattispecie al solo scopo di assicurare al fisco il maggior "guadagno" fiscale.



Regime Irpef - Casi particolari

Azienda in successione o donata. Continuità dei valori fiscali, e irrilevanza ai fini della produzione di plusvalenze, anche per donatario non familiare (art. 58 T.U.I.R.), per i più anche senza prosecuzione dell'attività d'impresa. Vale anche, a tale riguardo, ricordare il "nuovo" regime dell'articolo 4ter del D.lgs. 346\90 (esenzione dall'imposta sulle successioni, condizioni).

Successiva cessione in esercizio d'impresa: reddito d'impresa;

Successiva cessione senza esercizio d'impresa: reddito diverso.

Regime Ires – profili generali

La minusvalenza è deducibile.

Per le plusvalenze: se l'azienda è posseduta da

-meno di 3 anni: tassazione ordinaria immediata

-almeno 3 anni: idem o rateizzazione

Regime altre imposte

Quanto all'Irap, le plusvalenze e le minusvalenze non concorrono alla base imponibile.

La cessione è esclusa dal campo di applicazione I.V.A.

Registro: aliquote diverse, applicate su attività meno passività imputate proporzionalmente.

Ipotecaria: 2% sul valore degli immobili al lordo delle passività; idem aumento dei moltiplicatori.

Catastale: 1% sul valore degli immobili al lordo delle passività; idem aumento dei moltiplicatori.

Deve essere, in generale, ricordata la responsabilità tributaria del cessionario caratterizzata dal beneficium di excussionis. Responsabilità solidale per imposte e sanzioni, limitata al valore dell'azienda dichiarato o accertato, per violazioni commesse o contestate nell'anno della cessione e nel biennio precedente risultanti all'A.f. alla data della cessione. Certificato liberatorio entro 40 giorni può essere chiesto dal cessionario o dal cedente.



Il trattamento tributario del trasferimento delle partecipazioni sociali (il cd. regime PEX)

8

- Art. 87 TUIR . Il principio : le plusvalenze da trasferimento di quote o azioni (ad eccezione delle partecipazioni in società semplici o enti equiparati) non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto esenti nella misura del 95% alla presenza di taluni requisiti (lettera a)—d) della norma all’esame. Rientrano nel regime “PEX” le plusvalenze realizzate su trasferimento di azioni proprie, azioni gravate da usufrutto, diritti di opzione, strumenti finanziari simili alle azioni, contratti di associazione in partecipazione e cointeressenze con apporto diverso da opere e servizi, il rimborso del sovrapprezzo di versamenti soci a fondo perduto, o in conto capitale o di altre riserve o trasferimenti derivanti da recesso, riduzione per “esuberanza” o liquidazione
- Ratio della disposizione: tassazione dell’utile eventualmente prodotto con esclusione, quindi, delle plusvalenze



Condizioni soggettive e oggettive:

- a) periodo minimo di possesso: ininterrotto per circa 13 mesi
- b) in bilancio deve trattarsi di immobilizzazioni finanziarie
- c) residenza in Stati non aventi regime fiscale privilegiato
- d) esercizio, da parte della società partecipata, di un'impresa commerciale

Condizione a): ininterrotto possesso dal primo giorno del 12° mese precedente a quello della cessione.

Criterio LIFO (Last in-First out) (Il metodo LIFO si usa per le acquisizioni in tempi diversi, ma solo ai fini della verifica dell'anzianità di possesso, e non per la determinazione della plusvalenza).

Cessione di partecipazioni

Condizione b): classificazione fra le immobilizzazioni finanziarie nel PRIMO bilancio chiuso durante il periodo di possesso.

Condizione c): società fiscalmente residente in uno Stato o territorio non avente regime fiscale privilegiato.

Condizione che deve sussistere ininterrottamente almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo, salva la dimostrazione, tramite interpello, che dalle partecipazioni non si consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regime fiscale privilegiato sin dall'inizio del periodo di possesso.

Per le holding, l'esame si sposta sulla residenza della maggior parte (in valore) delle partecipate.

Condizione d): esercizio di impresa commerciale.

- condizione che deve sussistere ininterrottamente almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo
- PRESUNZIONE: le società di gestione immobiliare non esercitano mai un'impresa commerciale
 - le società di trading immobiliare e di costruzione sono escluse dalla presunzione
- per le holding, l'esame si sposta sulle partecipate.

Va, infine, sottolineato il principio della irrilevanza fiscale delle rivalutazioni e/o svalutazioni delle partecipazioni e quello dell'indeducibilità fiscale di minusvalenze da realizzo su partecipazioni che si qualificano per la participation exemption



Il trattamento tributario del conferimento di azienda e delle operazioni connesse

- Il conferimento di azienda (art. 176 TUIR) : il conferimento di azienda tra soggetti residenti non costituiscono realizzo di plus-o minus-valenze ;
- Condizioni : il conferente assumerà per le partecipazioni il valore (ultimo) fiscalmente riconosciuto all'azienda , e la conferitaria subentra al conferente nei valori dell'attivo e del passivo dell'azienda conferita (salvo il prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi)

Principio: la neutralità è il regime ordinario per i conferimenti di aziende; in alternativa, è consentita un'opzione per la rilevanza fiscale del conferimento con il pagamento di un'imposta sostitutiva (comma 2ter del 176 TUIR).

Qui preme sottolineare il comma 3° della norma all'esame, a mente del quale non è elusivo il conferimento d'azienda e la successiva cessione della partecipazione nella conferitaria, né nel caso di regime ordinario, né in quello di applicazione dell'imposta sostitutiva su opzione.

In generale, quindi, potrebbe dirsi che la conferitaria eredita il periodo di possesso dell'azienda conferita presso la conferente.



Il trattamento tributario ... delle operazioni connesse ... segue : la scissione

- Il principio di “neutralità” fiscale della scissione :
- A) la scissione totale o parziale di una società in altre preesistenti o di nuova costituzione non da luogo a realizzo né a distribuzione di plusvalenze (o di minusvalenze);
- B) il cambio delle partecipazioni sociali non costituisce realizzo né distribuzione di plusvalenze (o di minusvalenze);
- C) si applica alla scissione il regime dell’imposta sostitutiva di cui al comma 2ter dell’articolo 176 (in materia di conferimento di azienda), ma non è richiamato il comma 3° (quello, cioè, in materia di non elusività dell’operazione di scissione seguita da trasferimento di partecipazioni sociali).



Il tema del rapporto tra scissione e successivo trasferimento di partecipazioni sociali esige, necessariamente, una valutazione in termini di abuso del diritto, specie quando la scissione è, come si dice in pratica, “prodromica” allo scorporo di un determinato aggregato patrimoniale in funzione di una sua successiva cessione sotto forma di partecipazione societaria; ovvero quando si desidera utilizzare la scissione come strumento mediante il quale disaggregare il patrimonio della scissa e procedere all’assegnazione di fatto ai soci di singoli parti di esso, senza transitare per un’operazione di liquidazione della società scissa o di una permuta delle partecipazioni tra i soci.

Il distinguo tra scissione prodromica potenzialmente elusiva e scissione non elusiva non sembra del tutto condiviso dall’Agenzia delle Entrate (cfr., per tutti, Risoluzione 2.10.2009 n. 256/e – cfr. infra).

Sembra, al contrario, anche per l’evidente affinità tra conferimento e scissione, più corretto distinguere tra:

-una scissione (magari non proporzionale) con la quale i soci si dividono indirettamente complessi aziendali per continuarne separatamente l’esercizio che non sembra avere profili di elusività se supportata da una valida ragione economica, magari consistente nel dissidio insanabile tra i soci nella conduzione dell’impresa;

e
-una scissione (sempre magari non proporzionale) con la quale i soci si dividono indirettamente meri aggregati patrimoniali o al limite singoli beni e relative passività potenzialmente elusiva anche se supportata dalla constatazione del dissidio insanabile tra i soci nella gestione della società.

Vale, allora, cercare di inquadrare del regioni economiche della scissione che ne attenuano la sua pretesa potenzialità elusiva.

Tali sembrano:

a)le ragioni legate al perseguimento di determinati obiettivi di carattere gestionale, quali ad esempio il raggiungimento di soglie dimensionali minime per poter competere sul mercato, il perseguimento di economie di scala produttive o commerciali, la razionalizzazione dei cicli produttivi e distributivi;

b)le ragioni legate alla volontà di limitare o contenere gli effetti dannosi di un deterioramento dei rapporti fra i soci, separando la compagine sociale della società scissa, piuttosto che riproducendola inalterata anche nelle società beneficiarie;

c)le ragioni riconducibili alla volontà di procedere ad una riorganizzazione degli assetti proprietari all’interno di un gruppo di tipo societario o familiare, ad esempio per finalità di passaggio generazionale;

d)ed infine le ragioni legate alla volontà di frazionare il rischio di impresa o separare il rischio di impresa dalla componente patrimoniale (tipicamente immobiliare) (così Zanetti).



In particolare, può risultare ulteriormente utile ragionare sulla:

a) scissione di un complesso aziendale a favore di una beneficiaria le cui quote vengono successivamente alienate;

b) e su di una scissione di un singolo bene - o tutt'al più di un aggregato di beni - a favore di una beneficiaria le cui quote vengono successivamente alienate.

La prima operazione, per più versi, come visto, sembra agevolata anche sul piano tributario. Con la riforma dell'IRES operata con il D. Lgs. 344 del 2003 si è, infatti, introdotto un meccanismo volto a privilegiare la cessione delle partecipazioni societarie rispetto all'alienazione diretta dei complessi aziendali. Tali considerazioni trovano fondamento dall'analisi di alcune innovative disposizioni introdotte dalla citata riforma.

Occorre riferirsi alla combinazione dell'articolo 87 del D.P.R. 917/86, che consente, a ricorrere di determinati presupposti previsti dalla norma, di alienare in regime di esenzione (anche se parziale) le partecipazioni sociali detenute da società di capitali, con l'articolo 176 comma 3 stesso decreto, che considera espressamente non elusiva la cessione di azienda sotto forma di partecipazione societaria previo conferimento della stessa in apposito veicolo societario.

Per il profilo che interessa, tale ultima disposizione sembra illuminante rispetto all'interrogativo posto. Infatti, se il legislatore con la disposizione citata ha espressamente riconosciuto non elusivo il conferimento di un aggregato aziendale in un apposito veicolo societario e la successiva cessione delle partecipazioni ricevute in cambio, non si comprende come potrebbe giungersi a una conclusione diversa se si operasse, viceversa, attraverso una scissione di un complesso aziendale a favore di una beneficiaria e si cedessero successivamente le partecipazioni ricevute in cambio.

In questo contesto appare non solo non condivisibile ma anche difficilmente comprensibile la Risoluzione n. 256/E del 2 ottobre 2009 (il cui testo integrale è infra riportato).

Il caso di specie concerneva un intervento di riorganizzazione aziendale in cui una S.n.c. che svolge nell'immobile di proprietà l'attività di fabbricazione e commercio di mobili e arredamento e le cui quote sono possedute in ugual misura da due soci, i quali, considerata l'età avanzata e la circostanza che i loro figli non intendono proseguire l'attività, ipotizzavano in alternativa alla cessione della società, una scissione totale proporzionale della società, con attribuzione dell'immobile a una delle due società beneficiarie e il complesso aziendale all'altra, in guisa da consentire "[...] l'apertura del capitale sociale a terzi con affiancamento di soci di maggioranza o di minoranza per il proseguimento dell'attività [...]" attraverso la futura cessione delle quote, nella considerazione che tale procedura risulterebbe "[...] più snella e gradita di una cessione aziendale" specie "[...] in occasione di un corrispettivo frazionato).



L'agenzia delle Entrate ha ritenuto che l'operazione in esame sembra finalizzata alla realizzazione di situazioni giuridico- economiche non propriamente riconducibili alle finalità tipiche della scissione, nella considerazione che l'operazione di scissione "[...] rappresenterebbe solo una fase intermedia di un più complesso disegno unitario finalizzato alla creazione di una mera società contenitore (una delle beneficiarie), destinata ad accogliere il ramo operativo dell'azienda da far circolare successivamente sotto forma di partecipazioni. In tal modo i soci persone fisiche conseguirebbero **un indebito risparmio d'imposta**, potendo beneficiare del meno oneroso regime di tassazione sui capital gain, ai sensi dell'articolo 68, comma 3, del Tuir, rispetto a quello ordinario di tassazione sulla cessione d'azienda o ramo d'azienda ai sensi dell'articolo 86, comma 2, del Tuir [...]".

La risposta dell'Agenzia sembra non essere coerente con le considerazioni pocanzi effettuate quali rinvenienti dal sistema rintracciabile nel comma 3 dell'art. 176 Tuir che sancisce, come detto, espressamente la natura non elusiva della scelta di cedere un'azienda sotto forma di partecipazioni societarie, previo suo conferimento in apposito veicolo societario.

A conclusioni diverse si deve, invece, giungere nella seconda ipotesi formulata, e cioè nella ipotesi in cui ad essere scorporato fosse un singolo bene o anche un mero aggregato di beni a favore di un veicolo societario ed a questo seguisse l'alienazione della partecipazioni ricevute in cambio. In tale circostanza l'intento elusivo sarebbe, evidentemente, palesato dal tentativo di "trasformare" la plusvalenza sul bene in capital gain fruendo di un diverso e più mite regime impositivo.



Inoltre, va rimarcato che, nell'ipotesi in cui il bene in considerazione fosse un immobile, la connotazione elusiva dell'operazione ne sarebbe ulteriormente rafforzata, in quanto determinerebbe un indebito risparmio di imposta anche con riferimento all'imposizione indiretta. Caso tipico è l'operazione di *spin off* immobiliare a favore di una beneficiaria e successiva cessione delle relative partecipazioni societarie ricevute in cambio.

Viceversa, pienamente legittima viene considerata, ormai pacificamente (anche da parte dell'Agenzia delle Entrate conformemente al consolidato orientamento formatosi all'epoca dell'ormai disciolto Comitato Antielusivo), la medesima operazione di *spin off* immobiliare ove la stessa venga attuata per ragioni diverse dalla successiva alienazione delle partecipazioni della beneficiaria, quali ad esempio la riduzione e/o il frazionamento del rischio di impresa, attraverso la separazione della componente operativa da quella immobiliare, anche con successiva locazione del medesimo immobile (a prezzo di mercato) alla scissa.

RISOLUZIONE N. 256

Direzione Centrale Normativa e Contenzioso

Roma, 2 ottobre 2009

OGGETTO: Interpello ai sensi dell'articolo 21, comma 9, della legge n. 413 del 1991 – Scissione totale proporzionale finalizzata alla successiva cessione delle partecipazioni in una delle società beneficiarie.

Quesito

L'istante è una società in nome collettivo, costituita nel 1972 ed avente ad oggetto la fabbricazione e il commercio, all'ingrosso e al minuto, di mobili e di altri articoli di arredamento.

L'azienda della ALFA S.n.c. consta, tra l'altro, di uno stabilimento in cui si svolge l'attività produttiva e il cui valore viene stimato dall'interpellante in Euro 3.500.000,00 circa. La compagine sociale è composta da due soci, TIZIO e CAIO, titolari di quote di partecipazione paritetiche nella società.

L'interpellante osserva che l'età relativamente avanzata dei soci e la circostanza che nessuno dei loro figli intende seguire le orme dei genitori, spingono la compagine sociale alla cessione dell'attività d'impresa.

A tal fine, l'istante prospetta due soluzioni astrattamente percorribili:

- la cessione della società;
- la cessione del complesso aziendale e la conservazione della proprietà dell'opificio che, eventualmente, potrebbe essere dato in affitto allo stesso cessionario dell'azienda.

La società interpellante ritiene che questa seconda opzione faciliti la cessione, poiché l'importo necessario per rilevare l'attività è notevolmente inferiore qualora l'acquirente non deve acquistare anche l'opificio.



2

La società interpellante ritiene che tale opzione sia percorribile attraverso una scissione totale proporzionale della società istante, fiscalmente neutrale ai sensi dell'art. 173 del TUIR, in due società di nuova costituzione aventi la forma giuridica di S.n.c. Ad una delle società neocostituite sarà assegnato il complesso aziendale, mentre all'altra verrà assegnato l'immobile aziendale in cui si svolge l'attività produttiva dell'altra società.

Soluzione interpretativa prospettata dall'istante

Lo scopo dichiarato della scissione in esame è quello di separare l'attività produttiva della società istante dall'immobile in cui si svolge la sua attività.

Secondo le dichiarazioni rese dalla società istante, tra gli scopi dell'operazione rientrano "...l'apertura del capitale sociale a Terzi, con affiancamento dei soci di maggioranza o di minoranza per il proseguimento dell'attività..." e la futura cessione delle quote, che risulta essere "proceduralmente più snella e gradita di una cessione aziendale..." specie "...in occasione di un corrispettivo cronologicamente frazionato".

Parere della Direzione

In base al disposto dell'articolo 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, alcuni atti, fatti e negozi, anche collegati tra loro, sono a certe condizioni non opponibili all'amministrazione finanziaria, la quale ha il potere di disconoscere i vantaggi che ne derivano.

Affinché un'operazione possa configurarsi come elusiva è necessario che:

1. rientri in una o più delle fattispecie indicate al terzo comma dello stesso articolo 37-bis;
2. sia diretta ad aggirare gli obblighi o divieti previsti dall'ordinamento;
3. sia tesa a perseguire un risparmio d'imposta disapprovato dal sistema;
4. sia priva di valide ragioni economiche.

3

In riferimento all'istanza in esame si esprime il seguente parere.

In linea di principio, l'operazione di scissione è fiscalmente neutrale, ai sensi dell'articolo 173 del Tuir, e il passaggio del patrimonio (ovvero, di una parte di esso) della società scissa ad una o più società beneficiarie - che non usufruiscano di un sistema di tassazione agevolato - non determina la fuoriuscita degli elementi trasferiti dal regime ordinario d'impresa.



In particolare, i plusvalori relativi ai componenti patrimoniali trasferiti dalla scissa alla società beneficiaria, mantenuti provvisoriamente latenti dall'operazione, concorreranno alla formazione del reddito secondo le ordinarie regole impositive vigenti al momento in cui i beni verranno ceduti a titolo oneroso, diverranno oggetto di risarcimento (anche in forma assicurativa) per la loro perdita o danneggiamento, verranno assegnati ai soci, ovvero destinati a finalità estranee all'esercizio dell'impresa.

L'operazione di scissione, però, potrebbe assumere valenza elusiva qualora, ad esempio, la stessa rappresentasse solo la prima fase di un più complesso disegno unitario volto alla creazione di una società "contenitore" (di immobili, di azienda, ecc.) e alla successiva vendita delle partecipazioni in essa detenute da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili, l'azienda, ecc..) ai beni di secondo grado (titoli partecipativi) soggetti a un più mite regime impositivo (capital gain).

Nell'istanza d'interpello l'istante afferma che:

"L'ipotizzabile cessione della sola attività operativa (= cessione di azienda) non è alternativa altrettanto funzionale come il possesso di una separata società. Infatti la disponibilità delle quote di separata società:

- consente l'apertura di capitale sociale a terzi, con affiancamento di soci di maggioranza o di minoranza per il proseguimento dell'attività;
- consente un'eventuale scambio di partecipazioni;

4

- consente infine la cessione delle quote medesime, proceduralmente più snella e gradita di una cessione aziendale, massime in occasione di un corrispettivo cronologicamente frazionato".

L'operazione, per come descritta, sembra obiettivamente finalizzata alla realizzazione di situazioni giuridico-economiche non propriamente riconducibili alle finalità tipiche della scissione. In questo caso, infatti, l'operazione di scissione si risolve in un'operazione strumentale, volta a soddisfare finalità proprie di altri atti o negozi giuridici, il cui compimento si rivelerebbe fiscalmente più oneroso.

In altri termini, l'operazione di scissione totale e proporzionale non è concepita in funzione dell'esigenza di creare due complessi aziendali autonomamente funzionanti e rispondenti ad un valido progetto imprenditoriale ma rappresenterebbe solo una fase intermedia di un più complesso disegno unitario finalizzato alla creazione di una mera società "contenitore" (una delle beneficiarie), destinata ad accogliere il ramo operativo dell'azienda da far circolare successivamente sotto forma di partecipazioni.



In tal modo, i soci persone fisiche conseguono un indebito risparmio d'imposta, potendo beneficiare del meno oneroso regime di tassazione sui capital gain, ai sensi dell'articolo 68, comma 3, del Tuir, rispetto a quello ordinario di tassazione sulla cessione di azienda o ramo d'azienda ai sensi dell'art. 86, comma 2, del Tuir. Ciò posto, per quanto concerne l'apprezzabilità economico-aziendale del progetto, la scrivente ritiene che l'operazione così rappresentata sia da considerarsi priva di valide ragioni economiche, dal momento che la scissione non sembra essere utilizzata come mero strumento di riorganizzazione aziendale, ma, unitamente alla successiva cessione delle quote della società beneficiaria, pare voler surrogare una diversa fattispecie negoziale (cessione di ramo d'azienda) che, sebbene più coerente rispetto alle reali finalità perseguite, si rivelerebbe fiscalmente più onerosa.

5

In altri termini, le vere ragioni della prospettata scissione sembrano rinvenibili, di fatto, nella finalità di trasferire a terzi il complesso aziendale, beneficiando del più favorevole regime fiscale previsto per la cessione delle partecipazioni da parte dei soci persone fisiche, piuttosto che in quella di porre in essere una riorganizzazione aziendale tesa a rendere più efficiente l'esercizio dell'attività d'impresa.

In conclusione la scrivente, conformemente al parere espresso dalla Direzione Regionale della ... , ritiene che l'operazione presenti aspetti di elusività, in quanto priva di valide ragioni economiche e diretta a conseguire un vantaggio tributario da considerare indebito poiché realizzato attraverso l'aggiramento delle norme di cui al comma 2 dell'art. 86 del Tuir.

Le Direzioni regionali vigileranno affinché le istruzioni fornite e i principi enunciati con la presente risoluzione vengano puntualmente osservati dagli uffici.



La pianificazione fiscale del trasferimento di azienda

- Il trasferimento di un complesso aziendale può, quindi specie sul piano fiscale essere programmato anziché mediante un “semplice” atto di cessione d’azienda, ricorrendo ad un conferimento dell’azienda in una newco per poi cedere la partecipazione totalitaria ricevuta in cambio nella società conferitaria.
- Non vi è dubbio che l’operazione presenti vantaggi di carattere fiscale
- Vale quindi considerarli per poi esaminarne gli eventuali aspetti elusivi.



I vantaggi fiscali del conferimento di²⁰ azienda prodromico al trasferimento di partecipazioni

- A) il vantaggio fiscale nell'imposizione diretta: si trasforma la plusvalenza piena tipicamente derivante da un trasferimento di azienda a titolo oneroso in plusvalenza in larga misura ampiamente "esente" ai sensi dell'articolo 87 TUIR ;
- B) Il vantaggio fiscale nell'imposizione indiretta: si trasforma l'imposta di registro tipicamente proporzionale nel caso di cessione di azienda in imposte fisse quali sono quelle attualmente applicabili al trasferimento delle partecipazioni sociali

A) Approfondimento dei cd. vantaggi nell'imposizione diretta

Come visto ai fini delle imposte sul reddito, la cessione di un complesso aziendale genera in capo al cedente una plusvalenza imponibile pari alla differenza tra il corrispettivo pattuito e il costo fiscalmente riconosciuto del complesso aziendale ceduto.

In luogo del regime di tassazione ordinaria (per intero nell'ambito del reddito di impresa del periodo di competenza), tale plusvalenza può essere facoltativamente assoggettata a tassazione "frazionata", suddividendola per quote costanti fino a un massimo di cinque periodi di imposta (purché sussista il requisito dell'ininterrotto possesso triennale dell'azienda da parte del cedente, ai sensi del co. 4 dell'art. 86 del TUIR), oppure assoggettandola a tassazione separata, ai sensi dell'art. 17 del TUIR (possibilità, tuttavia, esperibile solo nel caso in cui il cedente sia una persona fisica e l'azienda risulti posseduta ininterrottamente da almeno cinque anni).



Comunque la plusvalenza realizzata risulta imponibile in misura pari al 100%.

Se, in luogo di una cessione d'azienda, si procede al conferimento della stessa in una newco (per poi cedere le partecipazioni ricevute in cambio nella conferitaria) si avrà che:

- 1) il conferimento nella newco può essere effettuato avvalendosi del regime di neutralità fiscale cui all'art. 176 del TUIR,
- 2) la successiva cessione della partecipazione può beneficiare della participation exemption di cui all'art. 87 del TUIR, purché, naturalmente, sussistano tutti i requisiti ivi previsti.

In realtà, non bisogna, tuttavia, confondere l'operazione in parola con una sorta di panacea del maggior costo della cessione di azienda, in quanto in sede di valutazione del complesso dell'operazione, com'è stato opportunamente osservato (Zanetti), occorre altresì tenere presente che:

“• la scelta più fiscalmente onerosa per il cedente, ossia la cessione diretta dell'azienda, si accompagna a un beneficio fiscale per il cessionario sotto forma di maggiori ammortamenti deducibili, in quanto l'avviamento e gli eventuali plusvalori pagati sui singoli cespiti sono fiscalmente riconosciuti in capo al cessionario d'azienda;

• la scelta fiscalmente più vantaggiosa per il cedente, ossia la cessione indiretta dell'azienda, si accompagna a un aggravio fiscale per il cessionario sotto forma di minori ammortamenti deducibili, in quanto i plusvalori relativi all'azienda vengono acquisiti sotto forma di partecipazione (ossia di bene non ammortizzabile), mentre l'azienda sottostante alla partecipazione viene acquisita per il tramite della conferitaria sulla base dei medesimi valori fiscalmente riconosciuti in capo al conferente-cedente (salvo il caso di opzione per uno dei regime di imposta sostitutiva che consentono di ottenere il riconoscimento fiscale dei predetti maggiori valori).

B) Approfondimento dei cd. vantaggi fiscali nell'imposizione indiretta

Sia l'atto di cessione d'azienda che l'atto di conferimento d'azienda sono operazioni:

- escluse dal campo di applicazione dell'I.V.A. e soggette ad imposta di registro.

La differenza, tuttavia, consiste nel fatto che:

- l'atto di cessione d'azienda è soggetto ad imposta di registro con aliquota proporzionale, la quale deve per altro essere applicata sul valore di mercato dell'azienda (con rischio accertamento specie correlato al valore avviamento);
- l'atto di conferimento d'azienda è invece soggetto all'imposta di registro nella misura fissa di 168,00 euro.

Ancora più vantaggiosa si presenta la cessione “indiretta” nel caso in cui risultino compresi beni immobili nel complesso aziendale da trasferire, posto che sulla parte immobiliare del corrispettivo di cessione d'azienda devono applicarsi le aliquote proporzionali dell'imposta di registro previste in relazione a detti beni, nonché devono applicarsi le imposte ipotecarie e catastali nella misura del 2% e dell'1%, laddove invece, in caso di trasferimento attuato mediante conferimento e successiva cessione della partecipazione, anche tali ultime imposte “immobiliari” risulterebbero dovute dalle parti nella misura fissa di 168,00 euro cadauna (1).



E' stato comunque opportunamente ribadito (Zanetti) che: “[...] *la maggiore appetibilità dell’operazione, in presenza di immobili compresi nel complesso aziendale da trasferire a terzi, sussiste a condizione che la presenza degli immobili non determini la mancanza del requisito di cui alla lett. d) dell’art. 87 co. 1 del TUIR, circostanza che determinerebbe l’inapplicabilità della participation exemption sulla successiva cessione della partecipazione ricevuta dal conferente nella società conferitaria e conseguentemente toglierebbe non poco appeal all’operazione [...]*”.

(1)

Il conferimento di azienda, anche se comprende immobili, sconta le imposte ipotecaria e catastale in misura fissa (cfr. artt. 4 della Tariffa e co. 2 art. 10 D. Lgs. 31.10.90 n. 347 per quanto riguarda rispettivamente le imposte ipotecarie e le imposte catastali).

Vedi pure Studio CNN n. 15-2006/T : “ *Con riferimento ai conferimenti di immobili, tanto se effettuati da soggetti IVA, quanto se effettuati da privati, occorre ribadire che, se l’immobile fa parte di un’azienda oggetto di conferimento, trova applicazione l’imposta di registro in misura fissa: è stato esattamente evidenziato, infatti, che “Il bene “azienda” assume una rilevanza diversa per il legislatore fiscale, a seconda che sia oggetto di una cessione a titolo oneroso (nella quale i singoli beni, assumendo una autonoma rilevanza fiscale ex art. 23, comma 4, D.P.R. n. 131/86, scontano le diverse aliquote di registro di rispettiva pertinenza), o sia oggetto di un conferimento. In quest’ultima ipotesi, l’azienda è considerata dal legislatore fiscale nella sua unità, indipendentemente dalla natura dei singoli beni che la compongono e, quindi, è assoggettata ad un’imposta di registro per così dire “omnicomprensiva”, in misura fissa, indipendentemente dalla natura mobiliare o immobiliare dei beni che la compongono” (V. Studio CNN n. 51/2003/T, cit.). Analoghe considerazioni valgono ovviamente anche per le imposte ipotecaria e catastale.*”

Si segnala tuttavia che la ris. Agenzia delle Entrate 23.11.2007 n. 341 si è espressa in senso contrario, affermando che “la costituzione di una società mediante conferimento di azienda comprensiva di immobile ed è, quindi, soggetta [...] alle imposte ipotecaria e catastale nella misura proporzionale ordinariamente prevista dal TUIC”.



Conferimento di azienda con trasferimento di partecipazioni sociali ed elusione fiscale

- L'area applicativa delle imposte dirette;
- L'area applicativa delle imposte indirette.

A) Imposte dirette

Non può dubitarsi della piena liceità del risparmio fiscale conseguito dai contribuenti mediante la “trasformazione” della plusvalenza da cessione d'azienda in plusvalenza da cessione di partecipazione, come peraltro dimostra il letterale tenore del terzo comma dell'articolo 176 TUIR. D'altra parte, il regime agevolato è riconducibile al bilanciamento del trattamento fiscale del rapporto tra cedente e cessionario.

Tuttavia, la piena legittimità dell'operazione è da riconoscersi in ogni caso, stante proprio il letterale tenore della norma.

Essa statuisce in modo espresso che l'effettuazione di un conferimento d'azienda strumentale alla successiva cessione della partecipazione nella conferitaria, al fine di “trasformare” la plusvalenza da cessione d'azienda (soggetta a tassazione piena) in plusvalenza da cessione di partecipazione (soggetta a tassazione limitata), non costituisce mai un'operazione elusiva, ivi compreso il caso in cui, per effetto di apposita opzione da parte della società conferitaria, il conferimento abbia luogo non già in regime di continuità dei valori fiscali, bensì con riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti dalla conferitaria, previo pagamento sui medesimi dell'imposta sostitutiva di cui al co. 2-ter dell'art. 176 del TUIR.