



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale
in “Amministrazione Finanza e controllo”
(ex ordinamento D.M. 270/2004)

TESI DI LAUREA

La circolazione diretta e indiretta dell'azienda:

Aspetti civilistici, fiscali ed elusivi d'imposta delle operazioni di trasferimento del complesso unitario di beni.

Relatore

Ch. Prof. Ernesto Marco Bagarotto

Correlatore

Ch. Prof. Marco Ticozzi

Laureando

Gianmarco Morando

852260

Anno Accademico

2018/2019

*A mio Papà Giuseppe,
che da lassù mi indichi sempre la strada migliore da percorrere.*

Indice:

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

I tratti peculiari delle operazioni straordinarie. 1

Capitolo 1: La cessione d'azienda e di partecipazioni societarie: le due operazioni a confronto.

1.1. Le cessioni di azienda e di partecipazioni societarie: profili civilistici. 3

1.2. Effetti accessori al trasferimento di aziende e di quote: patto di non concorrenza, successione nei contratti, nei crediti e nei debiti pregressi. 7

Capitolo 2: I diversi regimi fiscali sottesi alle operazioni di cessione di aziende e di quote.

2.1. Dall'imposta sostitutiva alla disciplina della *Participation Exemption*. 14

2.2. La scelta tra la circolazione diretta e indiretta dell'azienda: vantaggi fiscali in capo alle parti. 19

2.3. La circolazione indiretta d'azienda: il conferimento seguito dalla cessione di partecipazioni esenti. 23

Capitolo 3: La disciplina della *Participation Exemption* e la cessione di partecipazioni societarie.

3.1. La nascita della *Participation Exemption* nell'ordinamento italiano in seguito al recepimento del D.lgs. nr.344/2003. 29

3.2. Presupposti soggettivi della disciplina. 35

3.3. Presupposti oggettivi dell'esenzione. 41

3.4. Requisiti richiesti al fine dell'esenzione delle plusvalenze da cessione di partecipazione. 44

3.4.1. L'ininterrotto possesso della partecipazione.

3.4.2. La classificazione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie. 47

3.4.3. La residenza fiscale della partecipata in uno stato a fiscalità non privilegiata. 53

3.4.4. L'effettivo esercizio di un'impresa commerciale della società partecipata. 59

3.5. L'applicazione della *Participation Exemption* alle operazioni di "*share deal*". 67

Capitolo 4: La circolazione indiretta d'azienda come presupposto d'indebito vantaggio fiscale.

4.1. La disciplina dell'abuso del diritto e la sua applicazione nella circolazione indiretta d'azienda secondo l'ordinamento italiano. 72

4.2. L'imposta di registro nella cessione di partecipazioni e la funzione antielusiva dell'art. 20 del TUR. 83

4.3. L'applicabilità del nuovo art.20 del Tur secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente.92

4.4. Il conferimento neutrale seguito dalla cessione di partecipazioni come valida alternativa all'alienazione dell'azienda. 98

CONCLUSIONI. 101

BIBLIOGRAFIA. 104

FONTI NORMATIVE. 107

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

I tratti peculiari delle operazioni straordinarie.

Le operazioni straordinarie costituiscono situazioni giuridiche differenti alle fattispecie ordinarie di gestione aziendale.

Esse “*ricorrono raramente nella vita dell’impresa, impattano notevolmente sulla sua economia, modificandone la struttura civilistica e la composizione societaria e presentano una notevole complessità.*”¹

Diversamente, le attività caratteristiche hanno luogo nel perseguimento delle finalità istituzionali e determinano la sussistenza dell’azienda nel medio lungo termine.

Tra tale novero di operazioni rientrano le fusioni, le scissioni, le trasformazioni, i conferimenti di aziende e di partecipazioni e i trasferimenti di complessi unitari di beni o di parti aziendali.

Le prime riguardano l’assetto societario in quanto in esse vi è il mutamento della tipologia dei soggetti giuridici i quali possono essere accorpati o divisi: si pensi alla fusione per incorporazione nella quale una società viene assorbita in un’altra o alla scissione dove il patrimonio societario viene scomposto o trasferito in tutto o in parte in un’altra compagine sociale.

A differenza di quest’ultime operazioni, le situazioni “*traslative*” attengono alla peculiarità dell’oggetto in quanto le parti prevedono una realizzazione monetaria a fronte della cessione di aziende o di partecipazioni societarie.

Dunque, sul piano civilistico le operazioni straordinarie risultano essere “*eterogenee*”, ma la particolarità che distingue le fattispecie realizzative di interessi monetari rispetto alle ristrutturazioni aziendali è proprio la venuta meno di ogni rapporto tra l’alienante e l’acquirente dal momento della stipula dell’atto cioè dalla conclusione del negozio traslativo.

Le parti possono decidere di attuare una di tali operazioni straordinarie anche al fine di ottenere un trattamento fiscale più favorevole rispetto ai risultati dell’impresa.

¹ Mancin M. “*Operazioni straordinarie e business combination. Risvolti fiscali, civilistici e contabili*”. 2016, cap. 1-2, pag. 13.

In effetti rispetto alle *ristrutturazioni aziendali*, nelle quali i risultanti avanzi o disavanzi da annullamento o i conguagli derivanti da scambi di partecipazioni tra i soci non producono dei plusvalori o minusvalori tassabili, le *realizzazioni monetarie*, tra le quali risultano ascrivibili le cessioni di aziende e di partecipazioni societarie sono fiscalmente rilevanti per il soggetto cedente.

Al fine della determinazione delle imposte dirette sui redditi è necessario discernere volta per volta quale sia la finalità della situazione giuridica attuata dalle parti, ossia se essa comporti una modifica del patrimonio dell'impresa, dell'assetto giuridico o della compagine societaria.

Nell'applicazione dell'imposta si dovrà considerare anche che le operazioni in oggetto si concludono a fronte di un "*atto negoziale*" redatto nella forma pubblica o per mezzo di una scrittura privata autenticata alla presenza di un notaio o di un intermediario abilitato dalla legge, e quindi risultano fiscalmente rilevanti per le parti.

Vi è, pertanto, una fiscalità relativa alla fattispecie giuridica in sé considerata, in capo al socio o alla società cedente, e una tassazione dell'atto inerente all'operazione straordinaria.

È opportuno precisare che le disposizioni previste dall'ordinamento tributario italiano, al fine di determinare il gettito in capo alle parti a seguito della conclusione di tali mutamenti societari, risentono di normative comunitarie e per questo non vengono ascritte ad un unico schema applicativo.²

Il legislatore considera anche che talune fattispecie, come le cessioni totalitarie di partecipazioni o i conferimenti seguiti dal trasferimento di quote esenti, alternative alla circolazione diretta dei complessi unitari d'aziende, siano presupposto di vantaggi fiscali indebiti - ossia svolte con mero scopo di aggiramento degli obblighi dichiarativi - e per questo ha predisposto una disciplina antiabuso.

² Fantozzi A., Paparella F., *op.cit.* pg. 322; Fedele A. "*Riorganizzazione delle attività produttive e imposizione tributaria*", in *Rivista di diritto tributario*, 2000, pg. 494, prevede che, a fronte delle norme di diritto comunitario, "*appare comunque chiara la difficoltà di ricondurre ad un unico contesto sistematico la diversa disciplina delle operazioni straordinarie ed i principi che in essi si esprimono*".

Capitolo 1: La cessione d'azienda e di partecipazioni societarie: le due operazioni a confronto.

Sommario: 1.1. La cessione di azienda e di partecipazioni societarie: profili civilistici. - 1.2. Effetti accessori al trasferimento d'aziende e di quote societarie: patto di non concorrenza, successione nei contratti, nei crediti e nei debiti pregressi.

1.1. La cessione di azienda e di partecipazioni societarie: profili civilistici.

La cessione unitaria d'azienda è un'operazione straordinaria a fronte della quale le parti *“trasferiscono beni aziendali organizzati dallo stesso imprenditore in un contesto produttivo e finalizzati all'esercizio dell'impresa”*.

Tale complesso di beni aziendali deve sussistere in *“un'articolazione funzionalmente autonoma dotata di una certa oggettività, consistente nell'esistenza di uno scopo comune, che unifichi e renda omogeneo il complesso trasferito”*.³

Dall'atto di vendita stipulato dalle parti vi è il mutamento della compagine societaria con l'acquisizione del controllo da parte dell'acquirente a fronte della corresponsione di un prezzo all'alienante.⁴

Differentemente, *“la cessione di quote societarie”* comporta la circolazione indiretta del patrimonio aziendale, a fronte del quale il cessionario acquisisce diritti amministrativi (ad es., *“il voto in assemblea ordinaria”*) e diritti patrimoniali (ad es., *“la distribuzione degli utili di fine esercizio”*).

³ Sentenza del Tribunale di Milano del 09/12/2010.

⁴ Ai sensi dell'art. 2112 comma 5 del c.c. *“il trasferimento d'azienda si considera come qualsiasi operazione che in seguito a cessione contrattuale o fusione, è volta al cambiamento della titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva la propria identità a prescindere dalla tipologia contrattuale”*.

La scelta di realizzare un “*asset deal*” o uno “*share deal*” dipende dalla volontà delle parti ed è legata prevalentemente a due importanti fattori: la minimizzazione dei rischi legali e la massimizzazione del vantaggio fiscale dell’operazione.

Infatti, “*nell’asset deal*” l’acquirente, previo accordo con il cedente, può includere alcuni elementi ed escluderne altri dalla sua acquisizione (come taluni crediti, debiti o situazioni contrattuali pregresse).

Con tali previsioni egli risulterà estraneo alla gestione aziendale e non sarà tenuto a rispondere di posizioni debitorie o creditorie precedenti al negozio traslativo, le quali permarranno nella disponibilità materiale del cedente che ne sarà fiscalmente e penalmente responsabile.

Diversamente, nel passaggio di quote societarie rimangono invariati i rapporti attivi e passivi della società nella quale il cedente possedeva la partecipazione e, dunque, l’acquirente sarà tenuto a rispondere in solido a fronte di una co-responsabilità con l’alienante per obbligazioni create antecedentemente al subentro nella titolarità della quota.⁵

Per questo, le parti nella vendita di singole partecipazioni sono solite prevedere all’interno dell’atto di cessione delle clausole specifiche o opportune garanzie al fine di ridurre i rischi in capo al cessionario.

Anche sul piano fiscale le due fattispecie giuridiche sono prevalentemente differenti, considerato che nella circolazione diretta dell’azienda il plusvalore emergente risulterà pienamente imponibile in capo all’alienante, mentre nel trasferimento di partecipazioni societarie i proventi possono essere esclusi dalla tassazione o imputati parzialmente al reddito complessivo del socio se rientrano nella disciplina della *Participation Exemption*.

Pertanto, da tali considerazioni le due situazioni presentate sono simili poiché consentono entrambe la monetizzazione del complesso di beni aziendali, ma risultano profondamente differenti sotto il profilo civilistico e, fiscalmente, una più favorevole rispetto all’altra.

⁵ Stanzone Chiara, Rodl & amp, Partner Milano, “*Asset deal vs Share deal: vantaggi e svantaggi a confronto, con particolare attenzione all’aspetto fiscale*”, www.diritto24ore.ilsole24ore.com, 21/01/2013.

Data la loro eccezionalità nell'impresa, entrambe si costituiscono principalmente per atto oneroso a fronte della redazione di una scrittura pubblica o privata autenticata da un notaio o da un soggetto abilitato dalla legge, il quale assolverà anche all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese al fine di darne comunicazione ai terzi.⁶

Pertanto, tale espletamento formale non rappresenta soltanto un obbligo posto a carico delle parti, ma evidentemente anche un onere per poter avvalersi in sede processuale di una prova testimoniale o della presunzione che il terzo era stato preventivamente informato del cambiamento dell'assetto proprietario.⁷

Tale obbligo dichiarativo viene escusso dal notaio rogante ma nel trasferimento di azioni o di partecipazioni può essere demandato anche a un altro soggetto.

In effetti, nelle *Società per azioni* è direttamente l'alienante o l'acquirente che richiede l'annotazione della vendita dell'azione dopo aver preventivamente dimostrato il possesso del titolo, mentre nelle *Società a responsabilità limitata* tale adempimento formale può essere svolto da soggetti abilitati dalla legge, tra i quali risultano i dottori commercialisti e gli esperti contabili iscritti negli appositi albi.

⁶ Al fine dell'efficacia dell'atto nei confronti dei terzi le cessioni di aziende e di quote societarie si concludono nella forma scritta o mediante scrittura privata autenticata redatta da un notaio o da un soggetto abilitato dalla legge, come esplicitato ai sensi del "primo comma dell'art. 2556 c.c.", cioè necessitano della "forma ad probationem". Pertanto, il "contratto sarà comunque valido ed efficace tra le parti se concluso oralmente, ma il mancato rispetto della forma scritta produce l'inammissibilità in sede giudiziale della prova testimoniale e della presunzione semplice." (cit. De Rosa L., Russo A., Iori M., gruppo24ore, 2018, pg. 331, "Operazioni Straordinarie").

⁷ Ai sensi del "secondo comma dell'art. 2556 c.c., il notaio rogante è tenuto a depositare tale atto nel registro delle imprese nel termine di trenta giorni, al fine di darne comunicazione ai terzi". Tale adempimento, "ai sensi dell'art. 2193 c.c.", consentirà ai terzi di opporsi al mutamento della compagine societaria recedendo dai vari contratti in essere con il cedente. L'opponibilità verrà meno qualora "le parti non provvedano all'adempimento formale della registrazione dell'atto, salvo che il terzo era stato preventivamente informato del mutamento della compagine societaria" e volontariamente ha deciso di proseguire il proprio rapporto contrattuale con il cessionario.

Tale previsione normativa consente alle parti di sottoscrivere l'atto mediante firma digitale, il quale viene successivamente depositato entro 30 giorni dal soggetto abilitato nel registro delle imprese.⁸

Dunque, le operazioni di cessione unitaria di azienda e il trasferimento di singole partecipazioni si concludono prevalentemente con il mero consenso legittimamente manifestato tra le parti e prendono efficacia nei confronti dei terzi contraenti dal momento dell'effettiva iscrizione dell'atto.⁹

⁸ Anche nelle "Società di Capitali" la trascrizione dell'atto viene escussa dal notaio rogante con l'unica deroga ammessa per le società a responsabilità limitata, prevista "dall'art. 36 della Legge nr. 112 del 25/06/2008, convertito successivamente nell'art. 133 della Legge nr.06/08/2008, sulle basi delle modifiche apportate dall'art. 16-12-decies del Decreto-legge nr. 185 del 28/01/2009, convertito in legge nr. 2 del 28/01/2009". Ai sensi di detto articolo, "l'atto di trasferimento, di partecipazioni sociali, al secondo comma dell'art. 2470 c.c., può essere sottoscritto con firma digitale, nel rispetto della normativa, e depositato, entro 30 giorni, presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, a cura di un intermediario abilitato ai sensi dell'art. 31 della Legge nr. 340 del 24/11/2000, il quale risulta essere un dottore commercialista, un revisore contabile, indipendente che non svolge attività subordinata alle dipendenze della società nella quale sono trasferite le partecipazioni". In assenza della "firma digitale" l'onere della trascrizione ricade sempre sul notaio rogante "ai sensi del secondo comma dell'art. 2470 c.c."

⁹ Pertanto, le operazioni traslative d'azienda e di partecipazioni societarie si concludono prevalentemente con il mero consenso manifestato dalle parti e il negozio traslativo diviene efficace nei confronti dei terzi dal momento dell'effettiva iscrizione dell'atto nel registro delle imprese. Qualora all'interno del complesso di beni alienato o delle singole partecipazioni trasferite vi fossero degli immobili, in tal caso il mero consenso delle parti non è sufficiente alla conclusione dell'operazione straordinaria, e dunque necessita di una scrittura pubblica o privata autenticata da un notaio o da un altro soggetto abilitato dalla legge.

1.2. Effetti accessori al trasferimento d'azienda e di quote: patto di non concorrenza, successione nei contratti, nei crediti e nei debiti pregressi.

Nello svolgimento della propria attività imprenditoriale, il titolare dell'azienda stipula varie tipologie di contratti con fornitori, banche e dipendenti e possiede una propria clientela, ossia detiene dei diritti e degli obblighi anteriori al negozio traslativo i quali, a meno che la terza controparte non si avvalga del diritto di recesso per giusta causa, proseguiranno con l'acquirente.

Pertanto, il cessionario, a fronte della corresponsione di un prezzo, non ottiene soltanto la proprietà dell'azienda ma anche dei rapporti intercorrenti tra l'alienante e i terzi.

Per assicurare il proseguimento dell'attività aziendale nel lungo periodo a fronte di una capacità futura di sostenibilità economico-finanziaria, anche grazie al mantenimento della clientela le parti sono solite stipulare *“il patto di non concorrenza”* all'interno del contratto di vendita.

Tale accordo, *“ai sensi del comma 1 dell'art.2557 c.c.”*, prevede che il cedente *“si astenga per un periodo di cinque anni da intraprendere un'attività che per oggetto ed ubicazione appaia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta”*.¹⁰

Esso non risulta essere vincolante per la conclusione del trasferimento ma, essendo equiparato al contratto di vendita, necessita anch'esso dell'adempimento formale al fine di essere conosciuto dai terzi *“ai sensi dell'art.2596 c.c.”*.

Lo stesso viene anche circoscritto ad un breve arco temporale, al massimo di cinque anni, durante i quali il cedente si impegna a non svolgere un'attività concorrenziale a quella esercitata nell'azienda trasferita, ed a una ristretta area geografica e a specifiche attività.¹¹

¹⁰ Art. 2557, comma 1, c.c.

¹¹ *“L'art. 2596 c.c.”* prevede che *“il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto, ed è valido se circoscritto ad una determinata zona o a una determinata attività e non può eccedere dai cinque anni”*. Il limite temporale è perentorio, dato che se non è stabilito dalle parti o se esse ne prevedano l'estensione a un periodo più lungo, il legislatore lo vieta valutando la durata massima dei cinque anni un intervallo di tempo considerevole per tale vincolo.

La giurisprudenza si è interrogata a lungo per stabilire se tale vincolo contrattuale possa essere ascrivibile soltanto alla cessione unitaria d'azienda o risulti analogicamente estendibile ad altre operazioni straordinarie, come la vendita di quote.

L'art. 2557 c.c. viene considerato come una *“ridefinizione dei principi che regolano il mercato e la libera iniziativa economica individuale delle parti”* e, dunque, rientra tra le norme di carattere generale.

Data la natura *“non eccezionale”* della norma, la dottrina prevede di estendere il *“patto di non concorrenza”* anche a quei *“trasferimenti di quote che consentano all'acquirente di ottenere il controllo e la conduzione concreta dell'azienda”*, cioè alle sole cessioni di partecipazioni di maggioranza.¹²

L'acquirente subentra automaticamente anche nei rapporti giuridici stipulati antecedentemente dall'alienante, a patto che non siano di carattere esclusivamente personale e che prevedano una prestazione onerosa ancora ineseguita, a fronte della quale permane un'obbligazione in capo alle parti.

L'art. 2558 c.c. prevede che la successione sia un effetto naturale del contratto di trasferimento e sarà efficace nei confronti del terzo contraente *“senza che egli debba accettarla o che sia necessario dargliene comunicazione”*.

L'adempimento pubblicitario risulta essere un onere a carico delle parti al fine di consentire *“il recesso per giusta causa al terzo entro tre mesi dalla notizia di trasferimento”*.¹³

¹² Secondo il giudice di merito della *“Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 9682 del 24/07/2000, tale norma è una disposizione speciale rispetto al principio di libertà economica, disciplinato ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, ma non di portata eccezionale, data che viene intesa come un'adeguata modifica ai principi che governano il mercato, e risulta applicabile anche a quelle cessioni di partecipazioni “atte ad attribuire all'acquirente il controllo e la conduzione concreta dell'azienda”*.

¹³ *“Ai sensi della Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 4292 del 14/05/1997, la comunicazione dell'avvenuto trasferimento d'azienda è un onere a carico dell'alienante e dell'acquirente (e dei soggetti ad essi equiparati), finalizzato solo al decorso del termine di tre mesi entro il quale è consentito al terzo di recedere dal contratto”*.

Il recesso dal contratto è previsto qualora la venuta meno dell'originario obbligante comporti una situazione più onerosa per l'obbligato tale per cui egli non intende proseguire nel rapporto in essere.¹⁴

La regola generale della “*successione universale*”, disciplinata dal “*primo comma dell'art. 2558 c.c.*”, viene derogata qualora le parti escludano dal trasferimento alcuni contratti, che continueranno a produrre i loro effetti in capo al cedente, ossia quei rapporti “*volti all'acquisizione di beni o servizi essenziali per il funzionamento del complesso aziendale o che rappresentino il core business dell'azienda stessa*”.

Allo stesso modo rimangono esclusi dal trasferimento d'azienda anche quei “*contratti di carattere puramente personale, stipulati con particolare considerazione delle qualità di uno dei contraenti, tali per cui all'obbligazione debba provvedere quella controparte e non un terzo soggetto*”.¹⁵

Nel favorire la circolazione diretta sopravvivono anche i rapporti di lavoro subordinato nel caso in cui “*prevedano una prestazione onerosa ancora ineseguita*”.

L'art. 2112 c.c. dispone che “*nel caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*”.

Tale norma tutela non solo gli interessi delle parti alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale ma anche quelli del dipendente alla continuazione del rapporto lavorativo a fronte del mutamento del titolare dell'impresa.¹⁶

¹⁴ Il recesso per giusta causa è ammesso “*per effetto della sostituzione dell'acquirente all'alienante, che comporta un mutamento della situazione obiettiva, estrinseca al contratto, tale per cui il contraente non l'avrebbe stipulato o l'avrebbe stipulato a condizioni diverse*” (cit. “*Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 5495 del 12/04/2001*”).

¹⁵ Cit. De Rosa L., Russo A., Iori M., “*Operazioni Straordinarie*”, gruppo24ore, 2018, pg. 336.

¹⁶ La dottrina riguardante la prosecuzione dei rapporti di lavoro subordinato in capo al cessionario a fronte di un trasferimento d'azienda ha subito nel corso degli anni un'evoluzione in attuazione delle “*Directive di Diritto Comunitario*”. L'opera di revisione codicistica si è conclusa con la pubblicazione del “*D.lgs. nr. 18 del 02/02/2001*” contenente “*l'attuazione della Direttiva 98/50/Ce relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti*”. Nei primi due commi dell'art. 2112 c.c. si osserva come i lavoratori vengano tutelati, considerato che il loro rapporto di lavoro non si estingue con il passaggio di proprietà ma prosegue alle stesse condizioni stipulate anteriormente, ossia egli “*mantiene tutti i suoi diritti connessi all'invarianza delle mansioni, della categoria o della qualifica, della sede di lavoro, l'unicità delle ferie, di comparto o simili.*”

Pertanto, la mera modificazione dell'assetto societario non è causa preminente di licenziamento dei lavoratori, ai quali verrà concessa la facoltà di recesso entro tre mesi dalla vendita.¹⁷

Nella normativa previgente, tale successione automatica dei contratti di lavoro subordinato consentiva alle aziende di “*scorporare attività accessorie e complementari rispetto al core business*” ma non garantiva al lavoratore tutti i diritti già acquisiti con il cedente.

Per questo motivo al dipendente viene data facoltà “*di opporsi al trasferimento del proprio rapporto di lavoro alle varie aziende cessionarie di servizi accessori, rimanendo alle dipendenze dell'alienante.*”

Tale previsione di legge rimanda ai diritti fondamentali del cittadino a fronte dei quali egli deve essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e di recedere autonomamente dal rapporto in essere.¹⁸

Nella cessione d'azienda, infatti, “*il contratto di lavoro si trasferisce all'acquirente senza il consenso del lavoratore, il quale successivamente potrà dimettersi per giusta causa, qualora le proprie condizioni lavorative subiscano una sostanziale modifica nei tre mesi successivi all'alienazione.*”¹⁹

Allo stesso modo i crediti presenti nell'azienda al momento della stipula dell'atto seguono il complesso di beni trasferito e, quindi, vengono acquisiti dal cessionario.

Tale presunzione di legge affermata dalla dottrina risente del “*principio di omnicomprensibilità dell'azienda e dei beni che la compongono*” a fronte del quale la vendita dell'azienda comprende anche quei beni funzionali allo svolgimento dell'attività aziendale, tra i quali figurano tutti i crediti pregressi salvo quelli esclusi dalle parti.

¹⁷ Nella fattispecie in cui si assiste alla modifica in “*pejus*” delle condizioni lavorative entro tre mesi successivi al negozio traslativo, come rinvenibile nel “*comma 4 dell'art. 2112 c.c.*”, in recepimento “*dell'art. 47 della Legge nr. 428 del 29/12/1990*”, il quale attua la “*Direttiva Comunitaria nr. 77/187/Ce*”, è ammessa la facoltà “*al lavoratore di rassegnare le proprie dimissioni con effetto immediato*”.

¹⁸ Franceschinis L., “*Le recenti modifiche legislative in materia di trasferimento d'azienda*”, Rivista telematica di diritto del lavoro.

¹⁹ Sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sezione Lavoro, nr. 1382 del 19/01/2008.

Infatti, è prassi comune elencare nell'atto di cessione quali posizioni creditorie vengano incluse e quali rimangano escluse dal negozio traslativo.

Infine, l'art. 2559 c.c. dispone che *“la cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione ha effetto nei confronti dei terzi dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese”*.²⁰

Tale adempimento formale non determina una *“presunzione assoluta di conoscenza del trasferimento iscritto ma soltanto una mera conoscibilità da parte del debitore”*, il quale risulterà co-obbligato in solido con il cessionario nei confronti dei terzi salvo che ne sia liberato qualora paghi in buona fede al venditore dell'azienda.

La possibilità di attrarre all'interno del complesso di beni ceduti anche le passività è remota ed è rimessa alla volontà negoziale delle parti, le quali possono decidere per un accollo integrale all'acquirente o una totale permanenza in capo al cessionario.

Qualora nell'atto traslativo non sia data prova che il compratore si impegni a provvedere per le passività aziendali, il debitore effettivo rimane *“colui cui è imputabile il fatto costitutivo del debito, cioè il cedente nei cui confronti l'acquirente può rivalersi in via di regresso nel caso in cui abbia pagato quale co-obbligato in solido un debito pregresso all'azienda.”*²¹

L'alienante non può considerarsi liberato delle posizioni debitorie inerenti all'azienda sorte antecedentemente alla vendita e continuerà a risponderne in solido con il cessionario a meno che non ne venga espressamente liberato dai creditori.²²

Il consenso, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ha valore soltanto sulla singola posizione creditoria e non si estende all'intero trasferimento e consente al terzo di aggredire il patrimonio del cedente anche in seguito al passaggio di proprietà.²³

²⁰ Art. 2559 c.c.

²¹ Sentenza della Corte di Cassazione Civile, nr. 20153 del 03/10/2011.

²² Art. 2560, comma 2, c.c.

²³ De Rosa L., Russo A., Iori M., *“Operazioni Straordinarie”*, gruppo 24ore, 2018, pg. 341-343.

Il cessionario risponde in solido per le obbligazioni precedenti al negozio traslativo soltanto a fronte della propria volontà salvo per i “*debiti di natura commerciale trascritti nei libri contabili obbligatori*”.²⁴

La co-responsabilità dell’acquirente con l’alienante prevista al comma 2 dell’art. 2560 c.c. viene estesa anche a tutti i debiti di natura tributaria per i quali sono state irrogate delle sanzioni pecuniarie dal fisco, qualora l’Amministrazione Finanziaria in seguito ad una complessa attività accertativa, indipendentemente dalla presenza di essi tra le scritture contabili obbligatorie dell’alienante, ne ha documentato l’esistenza.²⁵

Il subentro automatico del compratore nei contratti, nei crediti precedenti alla vendita dell’azienda e la co-responsabilità volontaria delle parti per i debiti antecedenti non trova nessun riscontro nella cessione di quote societarie.

Infatti, nel passaggio della titolarità delle partecipazioni “*rimangono inalterati i rapporti attivi e passivi della società target, così come i profili di responsabilità della stessa legati alla gestione pregressa dell’alienante*”.

²⁴ Cit. Sentenza della Cassazione Civile, Sez. III, nr. 22831 del 10/11/2010, “*in caso di cessione di azienda, l’iscrizione dei debiti, inerenti all’esercizio dell’impresa ceduta, nei libri contabili obbligatori è elemento costitutivo della responsabilità dell’acquirente dell’azienda e data, la natura eccezionale della norma (l’art. 2560 c.c.) che prevede tale responsabilità, non può essere surrogata dalla prova che l’esistenza dei debiti era comunque conosciuta da parte dell’acquirente medesimo*”.

²⁵ La regola generale della co-responsabilità dell’acquirente e dell’alienante per tutte le posizioni debitorie risultanti dai libri contabili obbligatori del cedente si estende anche a quei debiti di natura tributaria. Infatti, l’art. 14 del D.lgs.n. 472/1997 prevede che “*il cessionario è responsabile in solido, fatto salvo il beneficio della preventiva escussione del cedente ed entro i limiti del valore dell’azienda o del ramo d’azienda, per il pagamento dell’imposta e delle sanzioni riferibili alle violazioni commesse nell’anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti, nonché per quelle già irrogate e contestate nel medesimo periodo anche se riferite a violazioni commesse in epoca anteriore*”.

Per favorire la circolazione indiretta del complesso unitario di beni, la quale risulterebbe civilisticamente più onerosa vengono inserite nel contratto di cessione opportune garanzie, atte a ridurre i rischi che risulterebbero a carico del compratore.²⁶

Tali profili di responsabilità attengono soltanto ai diritti e agli obblighi sorgenti in capo alla quota indipendentemente dalla perdita di valore della consistenza patrimoniale dell'azienda intervenute successivamente alla conclusione dell'atto traslativo.²⁷

²⁶ Stanzione C., Rodl & amp, Partner Milano, “*Asset deal versus share deal: vantaggi e svantaggi a confronto, con particolare attenzione all'aspetto fiscale*”.

²⁷ Cit. Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 5124 del 04/03/2015 in termini di responsabilità si considera “*solo la qualità dei diritti e degli obblighi che in concreto la partecipazione è in grado di assicurare, senza poter attribuire alcun automatico rilievo al valore economico, in quanto quest'ultimo non attiene all'oggetto del contratto di trasferimento. Dunque, l'acquirente, al di fuori del dolo cagionato, esso risponde solo se ha assunto una conferente garanzia sul valore economico della partecipazione ceduta. Negli altri casi, vi è irrilevanza delle maggiori passività pregresse o delle minori attività, scoperte dall'acquirente successivamente al perfezionamento del contratto di cessione delle quote, con conseguenziale perdita di valore delle stesse*”.

Capitolo 2: I diversi regimi fiscali sottesi alle operazioni di cessione di azienda e di quote societarie.

Sommario: 2.1. Dall'imposta sostitutiva alla disciplina della *Participation Exemption* - 2.2. La scelta tra la circolazione diretta e indiretta: vantaggi fiscali per le parti. - 2.3. La circolazione indiretta d'azienda: il conferimento seguito dalla cessione di partecipazioni esenti.

2.1. Dall'imposta sostitutiva alla disciplina della *Participation Exemption*.

Nonostante le operazioni di cessione d'azienda e di partecipazioni societarie appaiano completamente diverse sul piano giuridico-civilistico, entrambe riguardano “*negozi di natura traslativa aventi ad oggetto beni relativi all'impresa*” e quindi costituiscono “*materia imponibile*”.

Tali fattispecie dovrebbero presentare un regime fiscale comune data la loro capacità di produrre ricchezza tassabile in capo all'alienante.

L'indifferenza sul profilo tributario va colta soprattutto rispetto alla volontà dell'acquirente di proseguire l'attività dell'alienante indipendentemente dalla modalità di acquisizione dell'azienda.

Il legislatore tributario, al fine dell'applicazione dell'imposta dovrebbe “*prevedere un regime fiscale uniforme che prescindendo sia dallo strumento giuridico utilizzato per la cessione di complessi aziendali sia dalla circostanza che i medesimi siano trasferiti direttamente ovvero indirettamente tramite la cessione di partecipazioni di controllo*”.²⁸

Tale previsione risente del “*principio di uguaglianza formale*”, a fronte del quale “*il sistema stesso dovrebbe tassare con il medesimo peso economico soggetti i quali, sia pure attraverso percorsi differenti esprimano identica capacità contributiva*”.²⁹

²⁸ Pedrotti F., “*Cessione di aziende e di partecipazioni sociali nel reddito d'impresa ai fini dell'IRES*”, Giuffrè editore.

²⁹ L'Art. 3 della Costituzione stabilisce “*il principio di uguaglianza formale*” il quale “*obbliga a trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diseguale situazioni diseguali*”.

Data la volontà di garantire un regime comune alle operazioni straordinarie, è stata introdotta, in seguito alla “*Riforma Tributaria n. 662 del 23/12/1996*” attuata mediante il “*D.Lgs. nr. 358 dell’08/10/1997*”, un’imposta sostitutiva per le cessioni di azienda e di quote societarie effettuate a fronte di vendite e conferimenti in società.

Con riguardo al “*Decreto legislativo nr. 358/1997*”, il legislatore assimila le due diverse fattispecie traslative presupponendo dalla modalità di acquisizione dei complessi aziendali purché presentino lo stesso profilo funzionale, cioè siano atte ad una riorganizzazione strutturale dell’impresa.³⁰

La Riforma prevedeva “*un’imposta sostitutiva delle imposte sui redditi del 19% su plusvalenze realizzate mediante la cessione di aziende possedute per un periodo non inferiore a tre anni e quelle da cessione di partecipazioni di controllo o di collegamento, ai sensi dell’art.2359 c.c., che risultino iscritte come tali nelle immobilizzazioni finanziarie degli ultimi tre bilanci.*”³¹

Allo stesso modo, la suddetta Riforma consentiva “*l’applicazione del regime sostitutivo anche per l’affrancamento di plusvalori derivanti da conferimenti di aziende o di partecipazioni di controllo o di collegamento*”.³²

³⁰ Turchi A., “*Conferimenti e apporti nel sistema delle imposte sui redditi, pg. 64*”, cit. “*con riguardo al D.Lgs. nr. 358/1997 il legislatore predisponendo strumenti che comportavano una duplice serie di effetti: da un lato l’assimilazione dei trasferimenti di aziende a quelli di partecipazioni di controllo o di collegamento, senza distinguere tra i conferimenti (o cessioni) di primo o secondo grado, e senza differenziare quindi le forme di circolazione diretta o indiretta dei complessi aziendali e, dall’altro, l’assoggettamento di detti trasferimenti a regimi impositivi diversi sulla base delle ragioni di convenienza degli interessati*”. Dunque, secondo lo stesso autore, “*risultavano accumulate in un medesimo regime impositivo operazioni differenti per natura (vendite, permuta, conferimenti) ed oggetto (aziende o partecipazioni), ma caratterizzate dallo stesso profilo funzionale, perché dirette alla riorganizzazione degli assetti societari*”.

³¹ Art. 1 D.lgs.n. 358 del 08/10/1997.

³² Art. 4 comma 2 del D.lgs. nr. 358 del 08/10/1997.

Per le operazioni di “*ristrutturazione aziendale*”, invece, prevedeva “*la neutralità fiscale*”, a fronte della quale “*i componenti positivi di reddito non erano soggetti a imputazione nel reddito complessivo del socio, e i maggiori valori iscritti in bilancio venivano tassati mediante l'imposta sostitutiva del 19 per cento.*”³³

Il sistema fiscale previgente allineava il gettito gravante sui plusvalori da circolazione di aziende e di quote societarie dovuto in capo a persone fisiche non in regime d'impresa con il prelievo previsto dal trasferimento di complessi unitari di beni nell'esercizio dell'impresa.

Il ricorso alle operazioni straordinarie diveniva sempre più diffuso grazie all'imposizione sostitutiva, la quale consentiva “*all'impresa cedente di subire la tassazione delle plusvalenze con l'aliquota ridotta e all'impresa cessionaria di acquisire corrispondenti valori rivalutati dei beni conseguendo un risparmio d'imposta su redditi d'impresa futuri*”.³⁴

Il legislatore, per evitare fattispecie di operazioni prive di sostanza economica svolte dalle parti con il mero obiettivo di acquisire vantaggi fiscali, ha successivamente emesso una norma antielusiva attuata mediante “*l'art. 10-bis della Legge nr. 212/2000*”.³⁵

Neppure tali disposizioni antielusive furono in grado di limitare queste operazioni attuate per ottenere un vantaggio indebito d'imposta.

Il legislatore in tale sistema fiscale assumeva come contribuente effettivo dell'utile societario i soci che producevano reddito garantendo a essi un credito d'imposta su imposte già pagate a titolo d'acconto dalla società al fine di evitare il fenomeno della “*doppia imposizione economica*”.

La centralità dell'imposta sulle persone fisiche prima della “*Riforma Fiscale*” apportata dal D.Lgs. nr. 344/2003 determinava “*il prelievo definitivo in relazione alla situazione soggettiva del socio azionista e non quella dell'impresa che ha prodotto il reddito*”.³⁶

³³ L'art. 6 comma 1 del D.lg. 358/1997 prevedeva che “*i maggiori valori iscritti in bilancio per effetto della imputazione dei disavanzi da annullamento e da concambio derivanti da operazioni di fusione e di scissione di società si considerano fiscalmente riconosciuti se assoggettati all'imposta sostitutiva del 19 per cento*”.

³⁴ Marino G. “*Corporate tax governance*”, collana “*Management- Fisco imprese*”, vol. 19 pg. 203”.

³⁵ Art. 10-bis della Legge nr. 212/2000, il quale in materia di elusione d'imposta abroga l'art. 37-bis del D.P.R. nr.600/1973.

³⁶ Legge nr. 904 del 12/12/1997.

Al fine di ridurre la propensione delle parti a intraprendere operazioni straordinarie anche prive di sostanza economica al fine di ottenere risparmi indebiti d'imposta - anche grazie alla perdita della centralità dell'imposta sulle persone fisiche a fronte dell'introduzione di una tassazione in capo alle società - a partire dal 2003 si osserva un cambiamento del regime fiscale assoggettabile ai trasferimenti di complessi unitari di beni.

Infatti, la *Legge Delega nr. 80/2003* è intervenuta abrogando l'imposta sostitutiva ed estendendo il "regime di neutralità fiscale" soltanto a quelle operazioni svolte "nella continuità dei valori", prevedendo regimi alternativi rispetto alla realizzazione di una ristrutturazione aziendale o di una monetizzazione economica.³⁷

Dunque, il trattamento fiscale per le operazioni di "ristrutturazione aziendale" rimane immutato rispetto al regime previgente prevedendo "la non tassazione dei plusvalori da fattispecie straordinarie che costituiscono fenomeni di integrazione o successione tra soggetti (fusioni e scissioni) e realizzative di scambi o conferimenti, poiché non sempre produttive di nuova ricchezza".³⁸

Rispetto a ciò le circolazioni dirette di aziende svolte dalle parti al fine di produrre una monetizzazione economica risultano fiscalmente rilevanti.

La suddetta Riforma Fiscale del 2003, attuata dal ministro Tremonti, introduce il regime alternativo della "Participation Exemption", mediante la non imputazione al reddito delle plusvalenze derivanti dalle circolazioni indirette (come cessioni di partecipazioni o conferimenti seguiti dalla vendita di quote esenti) se presentano opportuni requisiti.

Infatti, nel nuovo sistema fiscale non viene più assunto come contribuente effettivo dell'utile societario il socio che consegue il reddito, ma viene tassato il dividendo in capo alla società nel periodo della sua produzione cosicché divenga fiscalmente irrilevante al momento della sua distribuzione.

³⁷ Legge Delega nr. 80 del 07/04/2003, in recepimento del "Decreto Legislativo nr. 344 del 12/12/2003"

³⁸ Marino G. "Corporate tax governance", collana "Management Fisco e imprese 19", 2006.

L'istituto della "*Participation Exemption*" costituisce il nuovo meccanismo di raccordo tra la fiscalità delle società rispetto a quelle dei soci e, prevede l'irrilevanza delle plusvalenze e l'indeducibilità delle minusvalenze da cessione di partecipazioni e l'esclusione dal reddito dei dividendi percepiti.

L'assunto da cui muove tale disciplina è quello per cui i plusvalori conseguiti dalla vendita di beni di secondo grado come le partecipazioni societarie costituiscano "*il tantundem di utili già realizzati dalla società partecipata e accantonati a riserva o di utili il cui realizzo è previsto per il futuro*".³⁹

Nel nuovo regime fiscale, "*molte operazioni straordinarie pur in presenza di plusvalenze realizzate sono sottratte dal campo di applicazione delle imposte rendendo superflua la previsione di un'imposta sostitutiva*".

La "*Legge Delega nr. 80/2003*" prevede che le plusvalenze emergenti siano tassate soltanto mediante un'imposta ordinaria, senza alcuna possibilità di ricorrere all'imposta sostitutiva agevolata rimettendo alle parti la decisione tra quale delle varie fattispecie giuridiche mettere in atto, ossia quella che comporta un maggior risparmio lecito d'imposta.

Infatti, il meccanismo dell'esenzione dei plusvalori incide sulla scelta relativa alla modalità di circolazione dei complessi aziendali poiché per il cedente potrebbe risultare più conveniente trasferire quote, mentre il cessionario avrà interesse ad acquisire beni di primo grado così da poter usufruire di un "*costo successivamente spendibile a fronte di maggiori ammortamenti o minori plusvalenze o maggiori minusvalenze*".

In sintesi, la circolazione diretta d'azienda (la vendita di complessi unitari di beni di primo grado) subisce il regime ordinario di tassazione, mentre i trasferimenti indiretti (conferimenti e cessioni di partecipazioni) possono avvenire in "*Participation Exemption*".⁴⁰

³⁹ La Circolare nr. 38 del 06/07/2005 de "Il sole 24 ore", prevede che "*le partecipazioni costituiscono beni di secondo grado rappresentativi delle consistenze patrimoniali e delle prospettive di reddito della società partecipata e che, pertanto, le plusvalenze relative al loro realizzo siano espressive o di utili conseguiti dalla società partecipata (e quindi già sottoposti ad imposizione presso di essa) oppure di utili futuri dei quali il mercato già tiene conto*" e dunque irrilevanti ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche.

⁴⁰ www.hubtributario.it, "*L'eliminazione dell'imposta sostitutiva sulle operazioni straordinarie prevista dal D.lgs. nr. 358/1997: effetti sulle operazioni straordinarie d'impresa tra gruppi multinazionali*", 2004.

2.2. La scelta tra la circolazione diretta e indiretta d'azienda: vantaggi fiscali per le parti.

In seguito alla “*Riforma del sistema fiscale*” attuata mediante la “*Legge Delega nr. 80/2003*” viene meno il trattamento comune previsto per le operazioni straordinarie.

Per effetto della suddetta Riforma, al fine dell'applicazione dell'imposta, è necessario discernere se le parti siano interessate a compiere una “*ristrutturazione aziendale*” (come una fusione, scissione o conferimento), la quale avviene in “*regime di neutralità fiscale*” o una “*realizzazione monetaria*” a fronte del trasferimento di complessi unitari di beni, la quale risulta pienamente imponibile.

Infatti, l'abrogazione dell'imposta sostitutiva comporta l'applicazione del regime ordinario di tassazione in capo al cedente per i plusvalori derivanti dalla cessione unitaria d'azienda, ai sensi “*dell'art.86 del Tuir.*”

Tale plusvalore o minusvalore si determina come “*una differenza tra il corrispettivo pattuito per la cessione (al netto degli oneri accessori di diretta imputazione) ed il costo non ammortizzato delle attività e delle passività che compongono il complesso unitario trasferito.*”⁴¹

L'eventuale plusvalenza concorre al “*reddito del soggetto passivo se realizzata unitariamente alla cessione d'azienda*” e quindi rappresenta per il cedente “*un componente positivo di reddito d'impresa tassato in base alle aliquote IRPEF e IRES*”.

In particolare, come richiamato dal comma 4 dell'art. 86 del Tuir, “*tutta l'eventuale plusvalenza concorrerà a formare il reddito e sarà soggetta a tassazione nel momento di realizzo*”.

L'eventuale minusvalenza, essendo un componente negativo, è deducibile dal reddito d'impresa complessivo.

Questa è la regola generale di applicazione dell'imposta sui proventi provenienti dai trasferimenti unitari d'azienda, la quale può essere derogata dal contribuente.

⁴¹ Art. 86 del Tuir.

Egli può optare, però, anche per i regimi della “*tassazione separata o rateizzata*” in virtù del periodo di detenzione del complesso unitario di beni.

Se l’azienda è posseduta da meno di tre anni “*la plusvalenza concorre a formare il reddito per l’intero ammontare nell’esercizio di realizzo e sarà soggetta ad IRES (24% per le società di capitali) o all’IRPEF progressivo (se il contribuente è una persona fisica imprenditore individuale o società di persone)*”.

Invece, nel caso in cui l’azienda sia detenuta da almeno tre anni “*la plusvalenza può essere rateizzata in quote costanti nell’esercizio di realizzo e nei quattro esercizi successivi*” (art. 86, comma 4 del Tuir).

La rateizzazione del componente positivo di reddito è pertanto ammessa solo qualora il soggetto cedente continui ad esercitare un’attività d’impresa. Il regime rimane precluso, quindi, all’imprenditore individuale che cede la sua unica azienda.

A tal proposito, il “*Ministero delle Finanze*” rispondendo a un’interrogazione parlamentare in data 12/06/1990 ha precisato che “*la perdita in capo all’alienante della qualifica di imprenditore preclude la facoltà di tassazione delle plusvalenze in quote costanti, venendo a mancare nei periodi successivi a quello di realizzazione l’ambito oggettivo (il reddito d’impresa) in cui collocare tale elemento reddituale*”⁴²

Tale Ministero successivamente ha chiarito che se “*la qualifica di imprenditore permane in capo all’alienante senza alcuna soluzione di continuità nel corso del periodo d’imposta pur se per l’esercizio di attività diversa da quella svolta in precedenza, si ritiene che la rateizzazione delle plusvalenze realizzate possa essere applicata, fermo restando che nell’ipotesi in cui dovesse cessare nel corso del quinquennio la qualifica di imprenditore la plusvalenza concorrerebbe a formare il reddito dell’ultimo periodo per la parte residua*”.⁴³

⁴² Il sole 24ore, “*Cessione d’azienda: asset deal*”, numero 12, dicembre 2017.

⁴³ Ministero delle Finanze, R.M. nr.39525 del 18/09/1996.

In sintesi, dunque, la rateizzazione in quote costanti è ammessa solamente qualora il trasferimento abbia ad oggetto uno o più rami d'azienda e non l'intero complesso unitario di beni, dato che è possibile presupporre *“la successiva cessazione dell'attività”* tale da far venir meno il soggetto passivo tassabile.

Se invece l'azienda viene posseduta per un periodo di tempo superiore a cinque anni, i plusvalori conseguibili dalla sua successiva alienazione possono essere oggetto di tassazione separata, secondo quanto stabilito *“dall'art.17, comma 1, lettera g) del Tuir”*.⁴⁴

Seguendo tale schema impositivo il cedente corrisponde le imposte ordinarie sulla plusvalenza realizzata e simmetricamente il cessionario potrà ripartire tale corrispettivo pagato sui beni costituendo l'azienda così da innalzarne il costo fiscalmente riconosciuto.

Il prezzo di vendita risulterà essere la base di calcolo di quote di ammortamento o di eventuali plusvalenze o minusvalenze che si genereranno in sede di rivendita e del valore delle rimanenze di magazzino.

Concretamente la società cedente è tenuta ad assoggettare il provento derivante dal trasferimento dell'azienda all'IRES applicando l'aliquota del 24%.

Oltre all'imposizione diretta, la circolazione unitaria d'azienda è soggetta a diverse imposte indirette in misura proporzionale, tra le quali figurano l'imposta di registro, quelle ipotecarie e catastali.

Per quanto concerne l'imposta di registro, essa viene calcolata *“sul valore complessivo dei beni materiali e immateriali che compongono l'azienda, compreso l'avviamento, al netto delle passività esistenti al momento del trasferimento risultanti dalle scritture contabili obbligatorie o da atti aventi data certa anteriori alla cessione”*.⁴⁵

⁴⁴ L'art. 17, comma 1, lett.g del Tuir, prevede la tassazione separata per le *“plusvalenze, compreso il valore di avviamento, realizzate mediante cessione a titolo oneroso di aziende possedute da più di cinque anni e anche ai redditi conseguiti in dipendenza di liquidazione, anche concorsuale, di imprese commerciali esercitate da più di cinque anni.”*

⁴⁵ Art. 51 comma 4 D.P.R nr.131/1986.

L'imposta di registro prevede diverse aliquote applicabili a fronte dei differenti beni ricompresi nel complesso trasferito.⁴⁶

Diverso è lo scenario fiscale che si realizza nella cessione di partecipazioni societarie, in seguito all'introduzione della disciplina della "*Participation Exemption*", a fronte della quale la tassazione della plusvalenza realizzata è pari all'1.2% contro quella del 24% prevista nel caso di vendita dell'azienda.

In caso vi siano i requisiti richiesti dalla "*Participation Exemption*" la società alienante la partecipazione societaria potrà usufruire dell'esenzione parziale del plusvalore dal reddito, imputandolo soltanto per il cinque per cento del suo ammontare e l'acquirente assumerà i valori fiscalmente riconosciuti originari senza poter iscrivere alcun avviamento in bilancio.

In questa seconda fattispecie di circolazione del complesso unitario di beni le imposte indirette hanno natura proporzionale e non fissa.⁴⁷

In sintesi, la nascita di due regimi impositivi differenti tra le due operazioni straordinarie comporta dei conflitti di interesse tra le parti poiché il cedente laddove possa usufruire della "*Participation Exemption*" preferirà trasferire partecipazioni in luogo dell'intera azienda così da evitare la tassazione piena, mentre il cessionario sarà più propenso ad acquisire il complesso unitario di beni direttamente così da poter utilizzare l'intero corrispettivo pagato per compensare eventuali costi futuri (maggiori ammortamenti, maggiori plusvalenze e minori minusvalenze).

⁴⁶ L'articolo 51 comma 4 del D.P.R. nr. 131/86 prevede aliquote distinte per tipologie di beni: 9% sui beni immobili (tranne i casi previsti dall'art.1 della prima parte della tariffa, per i quali sono previste le aliquote del 2 o del 12 per cento); 3% per i beni mobili, incluso l'avviamento; 0,5% per i crediti.

⁴⁷ De Rosa L., Russo A., Iori M., "*Operazioni straordinarie*", gruppo 24 ore, 2018, pg. 373-375.

www.consulentia.it, "*Cessione d'azienda e cessione di quote sociali*".

2.3. La circolazione indiretta dell'azienda: il conferimento seguito dalla cessione di partecipazioni esenti.

In seguito alla Riforma del sistema fiscale attuata mediante la “*Legge Delega nr.80/2003*” il legislatore ha predisposto un regime alternativo per la circolazione dei complessi unitari d'azienda.

Infatti, le parti possono mettere in atto delle operazioni costituite da più atti correlati tra loro, come i conferimenti seguiti dall'alienazione di partecipazioni, le quali consentono di ottenere un lecito risparmio d'imposta rispetto alla tassazione piena delle plusvalenze che sorgerebbe a seguito del trasferimento unitario d'azienda.

Il conferimento, in seguito all'introduzione dell'IRES ad opera del “*D.lgs. nr. 344/2003*”, viene considerato come “*uno strumento di scambio, a fronte del quale il soggetto conferente trasferisce alla società costituita o preesistente il diritto reale sul bene apportato e riceve in cambio come corrispettivo la partecipazione sociale*”.

In tale fattispecie giuridica, le parti (conferente e conferitario) attuano “*un trasferimento intersoggettivo della titolarità di beni diverso rispetto alla vendita dell'azienda*” dato che esse rimarranno strettamente collegate dal vincolo partecipativo.

Il conferimento viene assimilato ad una “*prestazione a fronte della quale i conferenti apportano risorse alla società, tra i quali figurano beni e servizi al fine dell'esercizio in comune di un'attività economica*”.⁴⁸

Dal punto di vista civilistico vi è una netta distinzione tra il conferimento ed il trasferimento unitario d'azienda, poiché “*il conferente non recide definitivamente il legame con il bene conferito ma a fronte dell'apporto dei beni o dei servizi contribuisce alla nascita di un nuovo soggetto societario, dal quale ricavarne una monetizzazione economica da un eventuale successiva alienazione della partecipazione ricevuta.*”⁴⁹

⁴⁸ Galgano F. “*Le società in genere. Le società di persone*” e “*Società*” (diritto privato)

⁴⁹ De Rosa L, Russo A, Iori M, “*Operazioni Straordinarie*”, gruppo 24 ore, 2018, pg. 502-503.

Sul piano fiscale, invece il legislatore assimila il conferimento data la sua *“natura traslativa”* alla cessione d’azienda che genera un incremento di ricchezza in capo al conferente tassabile.⁵⁰

In tale modello *“della cessione d’azienda o del realizzo controllato”* vi è un disallineamento dei valori contabili e il conferente cede i beni alla conferitaria ad un determinato prezzo realizzando un provento imponibile secondo i valori contabili con i quali la ricevente iscrive la partecipazione nella propria contabilità.

L’equiparazione del conferimento alla cessione a titolo oneroso applicabile sia alle operazioni concernenti le aziende che le partecipazioni secondo quanto riportato *“nell’art. 175 del Tuir”* prevede *“il realizzo di plusvalenze patrimoniali, in quanto la giurisprudenza riconosce ad esso (conferimento) la capacità di trasformare il plusvalore incorporato nel bene in un’entità economica autonoma e separata dal bene medesimo, ossia la partecipazione ricevuta.”*

Tale provento è costituito dalla *“differenza tra il valore di realizzo e l’ultimo costo fiscalmente riconosciuto dell’azienda o partecipazione conferita”*.

Il valore di realizzo richiesto al fine del calcolo del componente positivo di reddito è *“quello attribuito alle partecipazioni ricevute in cambio dell’oggetto conferito nelle scritture contabili del soggetto conferente ovvero, se superiore quello attribuito all’azienda o alle partecipazioni conferite nelle scritture contabili del soggetto conferitario”*.

Le parti hanno la facoltà di evitare la piena imponibilità del plusvalore qualora assumano rispettivamente il *“valore della partecipazione e dell’azienda ricevuta secondo un regime di perfetta continuità contabile”*.

⁵⁰ Fantozzi A, *“Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze”*, considera il conferimento alla stregua di un *“atto a titolo oneroso per il soggetto conferente, idoneo, quindi a realizzare eventuali plusvalenze afferenti ai beni conferiti”*. In questi termini, *“il socio, a fronte di un conferimento, perde la disponibilità del bene conferito ed acquista il diritto pro quota all’esercizio in comune dell’attività economica”*.

In tal caso, *“la conferente iscrive la partecipazione ad un valore pari al costo fiscale dell’azienda conferita corrispondente al patrimonio netto contabile e la conferitaria iscrive gli elementi dell’attivo e del passivo a valori contabili, i quali rappresentano il costo fiscalmente riconosciuto a fini fiscali”*.⁵¹

Tale modello della *“neutralità fiscale”* disciplinato dall’art. 176 del Tuir in seguito alla *“Legge Finanziaria 2008”* diviene l’unico sistema d’imposta applicabile ai conferimenti d’azienda, i quali dunque non determinano nessun plusvalore o minusvalore tassabile.⁵²

A partire dal 01/01/2008 il conferimento di aziende viene equiparato alle fusioni e alle scissioni come operazioni di organizzazione aziendale tali per cui non si realizza nessun arricchimento patrimoniale in capo al conferente, e quindi non si determina una plusvalenza imponibile.⁵³

Rispetto al trasferimento diretto d’azienda che è realizzativo di interessi monetari, in tale fattispecie straordinaria il conferente ottiene dalla partecipazione ricevuta il diritto a proseguire l’attività aziendale con il conferitario.⁵⁴

⁵¹ De Rosa L., Russo A., Iori M., *“Operazioni Straordinarie”*, gruppo 24ore, 2018, pg. 488-492

⁵² L’art. 176 del Tuir, prevede che *“ i conferimenti di aziende effettuati tra soggetti residenti nello stato nell’esercizio di imprese commerciali, non costituiscono realizzo di plusvalenze o minusvalenze”*. Tale regime di neutralità fiscale è presente qualora *“il conferente assuma, come valore delle partecipazioni ricevute, l’ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell’azienda conferita e il conferitario subentra nella posizione di quello conferente in ordine agli elementi dell’attivo e del passivo dell’azienda stessa, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi i dati esposti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti.”*

⁵³ L’obiettivo del legislatore, come affermato da Santacroce B, Il Sole 24 ore nr. 36 del 19/11/2007, *“Conferimenti neutrali per tutti”*, con riferimento alla *“Relazione illustrativa alla Legge Finanziaria 2008”*, è quello di *“uniformare la disciplina tributaria dei conferimenti d’azienda a quella delle fusioni e delle scissioni come operazioni non realizzative, ma fiscalmente neutrali. In particolare, a partire dal periodo d’imposta 2008, come già avviene per le fusioni e le scissioni, l’unico sistema adottabile sarà quello bisospensivo dove le eventuali plusvalenze o minusvalenze realizzate avranno valenza civilistica, ma non costituiranno materia imponibile”*.

⁵⁴ Lupi R., *“Conferimenti d’azienda e fusioni nello schema di decreto delegato”* in Rassegna tributaria, 1997, pg. 534-535, afferma che *“la peculiarità del conferimento si rinviene nel fatto che la contropartita ottenuta dall’impresa è sui generis, consistente in partecipazioni societarie, non monetizzate né provviste di un loro valore d’uso”*. Infatti, rispetto alla cessione d’azienda, la conferente non vende nulla e la conferitaria non compra alcunché. Si tratta, dunque, di *“un contratto associativo attraverso il quale la conferente mantiene, attraverso la partecipazione ricevuta, un legame indiretto con i beni conferiti”*.

Differentemente, il regime del “*realizzo controllato*” disciplinato “*dall’art. 175 del Tuir*” risulta applicabile soltanto alle operazioni di conferimento di partecipazioni di controllo o di collegamento, le quali risultano fiscalmente rilevanti in capo al conferente.⁵⁵

Talvolta le parti invece di intraprendere una cessione onerosa d’azienda al fine di ottenere un maggior risparmio lecito d’imposta sono interessate a trasferire il complesso unitario di beni in via indiretta a fronte dapprima di un conferimento in una società di nuova costituzione, il quale avviene in “*neutralità fiscale*” e poi alienare le partecipazioni ricevute in cambio alla società conferita usufruendo della disciplina della “*Participation Exemption*” se ne sussistono i requisiti previsti “*dall’art. 87 del Tuir*” (cosiddetta operazione di “*cartolarizzazione d’azienda*”).

Nella *cartolarizzazione d’azienda* il conferente trasferisce l’azienda a terzi e, se sussistono i requisiti della *Participation Exemption*, sconta un’imposta soltanto sulla quota imponibile del provento pari al 5% per i soggetti IRES e al 41,86% per le società di persone e gli imprenditori individuali.⁵⁶

Essa risulta più conveniente anche alla luce delle imposte indirette, le quali risultano essere più onerose nel trasferimento d’azienda data la loro natura “*proporzionale*” rispetto alla circolazione indiretta nella quale vengono determinate in maniera fissa.

È necessario valutare anche se l’operazione di cartolarizzazione d’azienda possa assumere i requisiti di un fenomeno di elusione d’imposta a fronte del quale le parti siano intente a ottenere soltanto un mero risparmio fiscale.

L’illecito risparmio d’imposta si verifica qualora “*tra i vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità il contribuente sceglie quello fiscalmente meno oneroso*”.

⁵⁵ Art. 175 del Tuir.

⁵⁶ Se sono presenti i requisiti della disciplina della “*Participation Exemption*”, definiti “*nell’art. 87 del Tuir*”, la plusvalenza derivante dalla “*cartolarizzazione dell’azienda*” sarà parzialmente esente, data la quota imponibile pari al 5% per le società di capitali e del 41,86% per le società di persone e per gli imprenditori individuali.

Considerato che le due operazioni non possono essere poste sullo stesso piano a fronte dei differenti profili giuridici previsti dall'ordinamento, la cartolarizzazione d'azienda risulta essere una valida alternativa alla circolazione diretta del complesso unitario di beni consentita dall'ordinamento in linea con la disciplina della *Participation Exemption*.⁵⁷

Infatti, il titolare delle partecipazioni ricevute dal conferimento non viene qualificato come l'effettivo proprietario dell'azienda conferita poiché il possesso delle quote non consente di esercitare taluni diritti che rimangono in capo al conferitario, tra i quali figurano la facoltà di affittare, ipotecare o disporre di alcuni beni e non risulta co-obbligato per alcuni oneri connessi alla proprietà del bene, per le spese relative alla manutenzione di cespiti o per eventuali obblighi risarcitori derivanti dal loro improprio utilizzo.

Tale fattispecie giuridica non presenta risvolti elusivi dato che la *“detassazione parziale della plusvalenza realizzata dal cedente viene tralata sull'acquirente sottoforma di minori ammortamenti derivanti dal mancato riconoscimento dei maggiori valori fiscali latenti dell'azienda ricevuta”*.⁵⁸

Dunque, ai sensi del comma 3 dell'art. 176 del Tuir la circolazione indiretta d'azienda non rientra nel novero delle operazioni che determinano in capo alle parti un indebito vantaggio d'imposta.

La cessione di partecipazioni esenti ricevute a fronte del conferimento neutrale d'azienda non pregiudica gli interessi erariali poiché a fronte della *“non imponibilità del capital gain in capo al cedente, il cessionario non acquisisce costi fiscalmente recuperabili sotto forma di maggiori ammortamenti”*.⁵⁹

⁵⁷ Gimmoni F, *“Conferimento d'azienda e successiva cessione di partecipazioni. Per la Cassazione è un'operazione elusiva”*, febbraio 2013., afferma che *“le operazioni di circolazione diretta e indiretta d'azienda si discostano sul profilo giuridico, dato che realizzano fini diversi, e per questo, non possono essere poste sullo stesso piano ai fini di una valutazione di elusività”*. Infatti, *“nel conferimento, i rapporti attivi e passivi facenti capo all'azienda sono circoscritti nell'ambito della società conferitaria e non vengono assunti direttamente dall'acquirente delle partecipazioni della stessa, invece, nella cessione d'azienda, l'acquirente assume direttamente tutti i rapporti attivi e passivi riconducibili all'azienda stessa, a meno che le parti non decidano espressamente di escluderne taluni dal negozio traslativo.”*

⁵⁸ Zizzo G., *“Le operazioni straordinarie tra realizzo e neutralità: spunti sistematici, in Rivista di diritto tributario, 2006”*.

⁵⁹ Il Fisco, 35/2014, *“Profili elusivi/abusivi della circolazione indiretta del complesso aziendale”*.

Con tale norma la dottrina garantisce una “*tendenziale neutralità*” tra le diverse forme di circolazione dell’azienda.

La disciplina antielusiva riportata nell’art. 10-*bis* della Legge nr. 212/2000 è atta a evitare che il fattore fiscale risulti determinante al fine di concludere un trasferimento diretto o una cartolarizzazione d’azienda privilegiando gli interessi delle parti.⁶⁰

In sintesi, la circolazione dell’azienda può avvenire, pertanto, anche indirettamente senza presentare i tratti di un’operazione priva di sostanza economica attuata dalle parti con il mero scopo di ottenere un indebito vantaggio fiscale ma anzi in seguito all’introduzione della disciplina della *Participation Exemption* rappresenta una valida scelta rispetto al trasferimento oneroso dell’azienda espressamente prevista dall’ordinamento tributario.⁶¹

⁶⁰ Cit. nota 13 pg. 82, Commissione imposte dirette Operazioni straordinarie dell’Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili di Roma, “*Elusione fiscale e circolazione d’azienda ai fini IRES nella scissione societaria*, Giuffrè editore, 2016: il comma 3 dell’art. 176 del Tuir, consente, a seconda che prevalga l’interesse del cedente, di articolare in modo corrispondente l’operazione di trasferimento d’azienda. Infatti, qualora il cessionario sia interessato al riconoscimento dei maggiori ammortamenti, preferisce la cessione diretta d’azienda, invece l’alienante, in quanto non più interessato all’entità dei futuri ammortamenti, preferirà il conferimento seguito dalla cessione di partecipazioni esenti”.

⁶¹ La “*Relazione illustrativa del D.lgs. nr. 358/1997*”, prevede che, “*la scelta della via fiscalmente meno onerosa non è implicitamente vietata dal sistema, ma al contrario esplicitamente o implicitamente consentita, e non è configurabile, per quanto concerne le imposte dirette, alcun aggiramento di obblighi o divieti.*”

Capitolo 3: “La disciplina della *Participation Exemption* e la cessione di partecipazioni societarie”.

Sommario: 3.1. La nascita della *Participation Exemption* nell’ordinamento italiano in seguito al recepimento del D.lgs. nr.344/2003”. - 3.2. Presupposti soggettivi della disciplina. - 3.3. Presupposti oggettivi dell’esonazione. - 3.4. Requisiti richiesti al fine dell’esonazione delle plusvalenze da cessione di partecipazione. - 3.4.1. L’ininterrotto possesso della partecipazione. - 3.4.2. La classificazione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie. - 3.4.3. La residenza fiscale della partecipata in uno stato a non fiscalità privilegiata. - 3.4.4. L’effettivo esercizio di un’impresa commerciale della società partecipata. - 3.5. L’applicazione della *Participation Exemption* alle operazioni di “*share deal*”.

3.1. La nascita della *Participation Exemption* nell’ordinamento tributario italiano in seguito al recepimento del D.lgs. nr.344/2003.

Il regime della *Participation Exemption* è stato introdotto dal legislatore della Riforma dell’imposizione sul reddito delle società, realizzata attraverso la “*Legge Delega nr. 80/2003*” (“*Legge Delega*”) attuativa del “*D.lgs. nr. 344/2003*”.⁶²

Il principio ispiratore di tale riforma è stato quello di determinare il prelievo non più in capo al socio al momento della distribuzione del provento ma alla società che lo ha prodotto al fine di evitare il fenomeno della doppia imposizione economica.

Pertanto, non risultano produrre ricchezza tassabile le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni societarie che presentano i tratti della disciplina prevista nella *Legge Delega* e riportata all’interno dell’art. 87 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi.

⁶² Riforma dell’imposizione del reddito delle società, a norma dell’art. 4 della Legge 07/04/2003, nr. 80, in attuazione del D.lgs. del 12/12/2003, nr. 344.

Tale esenzione comporta il venir meno del regime previgente, nel quale i trasferimenti indiretti d'azienda determinavano un componente positivo includibile nel reddito complessivo del socio, al quale veniva consentito di portare in detrazione dall'imposta dovuta quelle già escusse dalla società a fronte dell'istituto del "*credito d'imposta*".⁶³

Il binomio dell'imputazione del provento e del credito d'imposta si rilevava non sufficiente qualora la persona fisica percipiente il reddito e la società che lo determinava erano dislocate in paesi differenti all'interno dell'Unione Europea poiché lo stato italiano non riconosceva la possibilità di detrarre dall'imposta dovuta dal socio quelle già assolte all'estero dalla società produttrice e allo stesso modo non prevedeva il credito d'imposta al socio estero per i dividendi erogati dalla società italiana.⁶⁴

Tale meccanismo determinava discriminazioni legate alla residenza e ostacolava la libera circolazione dei capitali all'interno dell'Unione Europea.

L'abolizione del meccanismo del "*credito d'imposta*" seguita dall'introduzione del regime dell'esenzione delle plusvalenze e dell'esclusione dei dividendi dal reddito del percipiente risente del modello della "*capital import neutrality*" che intende assicurare la neutralità rispetto alla localizzazione dell'investimento e alla produzione del reddito.⁶⁵

⁶³ Nel regime previgente all'introduzione del meccanismo dell'esenzione delle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni societarie, al fine di evitare il fenomeno della "*doppia imposizione economica*" a fronte del quale il sistema tributario tassava la stessa ricchezza due volte dapprima alla società e poi in capo ai soci nel momento della distribuzione del provento, era previsto l'istituto del "*credito d'imposta*", nel quale "*l'imposta già liquidata dalla società confluiva come un'anticipazione di quella definitiva liquidata dal socio*". Tale esenzione viene meno con la "*Participation Exemption*" dato che le plusvalenze da cessione di partecipazioni aventi i requisiti previsti "*dall'art. 87 del Tuir*" non confluiscono come componente positivo di reddito della persona fisica.

⁶⁴ Cit. Relazione Legge Delega Riforma Fiscale 2001, "*il sistema del credito d'imposta ha la logica di determinare il prelievo definitivo in relazione alla situazione soggettiva del socio e non dell'impresa che ha prodotto il reddito, il che non è efficiente in un'economia globalizzata, in cui il socio risiede spesso in una diversa nazione*".

⁶⁵ Cit. Gallo, "*Etica e giustizia tributaria nella "nuova" riforma tributaria*", in *Politica del Diritto*, 4, 2003, "*la giustificazione dell'abolizione del credito d'imposta sta principalmente nel fatto che il vecchio sistema sarebbe in contrasto con il Trattato UE, discriminando esso tra società residenti in Italia e società non residenti, nel senso che solo gli utili distribuiti dalle prime godono del credito*".

Dunque, al fine di ridurre il fenomeno della “*doppia imposizione economica*” il legislatore determina il prelievo dovuto secondo “*la situazione oggettiva dell’impresa e non più su quella soggettiva del socio*” con un gettito soltanto in capo alla società nel momento di produzione del reddito.⁶⁶

Il sistema fiscale definito dalla “*Legge Delega nr. 80/2003*” è dunque imperniato sul presupposto di evitare la duplicazione dell’imposta dapprima in capo alla società a fronte dell’IRES e poi ai soci mediante l’applicazione dell’IRPEF per i redditi di capitali (dividendi) o redditi diversi (plusvalori).⁶⁷

A tal fine viene prevista l’esclusione dei dividendi in ragione della diversa natura giuridica del percipiente indipendentemente dall’entità e dalla tipologia della partecipazione detenuta secondo quanto definito dall’art. 89 del Tuir.⁶⁸

Allo stesso modo è stata prevista l’esenzione dalla tassazione delle plusvalenze azionarie secondo una logica speculare.

⁶⁶ Relazione di accompagnamento al progetto di Legge nr. 2144 della XIV Legislatura, culminato con la Legge Delega nr. 80/2003.

⁶⁷ Il fenomeno della “*doppia imposizione economica*” viene inteso come “*quella duplicazione del prelievo sulla medesima ricchezza in capo a soggetti diversi*”. Essa si discosta dalla “*doppia imposizione giuridica*”, la quale comporta la “*duplice applicazione dello stesso tributo sullo stesso imponibile in capo allo stesso soggetto.*”

⁶⁸ Cit. comma 2 art. 89 del Tuir, “*Gli utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione, dalle società o dagli enti di cui all’art. 73, commi 1 lettere a), b), c), non concorrono a formare il reddito dell’esercizio in cui sono percepiti in quanto esclusi dalla formazione del reddito della società o dell’ente ricevente per il 95 per cento del loro ammontare*”.

Nell'ambito d'impresa tale regime di parziale esenzione dei proventi derivanti dall'alienazione di partecipazioni societarie viene delimitato per la società partecipante e per quella partecipata al verificarsi di alcuni requisiti previsti dall'ordinamento nell'art. 87 del Tuir.⁶⁹

In particolare, le plusvalenze azionarie determinate dal trasferimento di partecipazioni o quote detenute da soggetti in regime d'impresa, i quali possono confluire nella disciplina della *Participation Exemption*, “non concorrono alla formazione del reddito imponibile per il 95 per cento del loro ammontare”.⁷⁰

Simmetricamente alla “*parziale o quasi totale esenzione*” dei componenti positivi di reddito, il legislatore prevede “*l'indeducibilità delle minusvalenze realizzate relativamente a partecipazioni in società con o senza personalità giuridica, sia residenti che non residenti, che si qualificano per l'esenzione al comma c) e dei costi direttamente connessi con la cessione di partecipazioni che si qualificano per l'esenzione di cui alla stessa lettera c)*”.⁷¹

L'assunto da cui muove l'esclusione dalla tassazione dei dividendi e l'esenzione parziale o totale dei plusvalori risultanti dal trasferimento di partecipazioni societarie è quello per cui “*entrambe le fattispecie reddituali originano da redditi che debbono essere tassati in capo al soggetto che li ha prodotti (la società), considerando fiscalmente neutrali tutte le manifestazioni reddituali successive alla produzione di tali redditi*”.⁷²

⁶⁹ L'art. 4, comma 1, lett. c) della Legge Delega nr. 80/2003, esplicitato nel comma 1 dell'art. 87 del Tuir, definisce “*l'esenzione delle plusvalenze realizzate relativamente a partecipazioni in società con o senza personalità giuridica, sia residenti che non residenti, al verificarsi delle seguenti condizioni: riconducibilità della partecipazione alla categoria delle immobilizzazioni finanziarie prevedendo oltre al riferimento alle classificazioni di bilancio anche il requisito di ininterrotto possesso non inferiore ad un anno, esercizio da parte della società partecipata di un'effettiva attività commerciale, residenza della società partecipata in un paese diverso da quello a regime fiscale privilegiato di cui ai decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze emanati ai sensi dell'art. 127-bis comma 4 del Tuir, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22/12/1986 nr. 917 e successive modificazioni, salvi i casi di disapplicazione previsti dal comma 5 dello stesso articolo 127-bis.*”

⁷⁰ Art. 4 comma 1 lettera c) Legge Delega nr. 80/2003, riportato nell'art. 87, comma 1, del Tuir.

⁷¹ Art. 4 comma 1 lettera e) Legge Delega nr. 80/2003.

⁷² Circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 36/2004.

La plusvalenza riflette la capacità prospettica dell'impresa di erogare dividendi ai soci per utili già prodotti e accantonati a riserva o che si possono generare in futuro ma che subiscono già una tassazione in capo alla società nel momento della sua produzione.⁷³

Essa rappresenta un metodo di monetizzazione dei dividendi alternativo alla sua distribuzione e pertanto necessita un trattamento fiscale omogeneo a quello previsto dall'ordinamento per gli utili societari conseguibili dall'esercizio dell'impresa.⁷⁴

L'esenzione dalla tassazione delle plusvalenze azionarie prodotte o da società di capitali o da enti commerciali, tra quelli previsti dall'art. 73 del Tuir, viene estesa anche agli imprenditori individuali e alle società di persone secondo una perfetta simmetria di non imputazione dei dividendi in capo ai soci.⁷⁵

Il sistema fiscale prevede anche un regime parallelo di piena imponibilità per quei componenti positivi di reddito conseguiti dall'alienazione di partecipazioni che non presentano i requisiti previsti per aderire al meccanismo dell'esenzione alla stregua di quanto previsto per la circolazione diretta dell'azienda.

⁷³ Gallo F. *“Etica e giustizia nella nuova riforma tributaria”*, in *Politica del Diritto*, 4, 2003, pg. 34-35, *“la detassazione delle plusvalenze e la corrispondente indeducibilità delle minusvalenze risulta essere la necessaria conseguenza dell'esenzione dei dividendi e dell'abolizione del credito d'imposta. Infatti, il maggior valore espresso dalle plusvalenze è dovuto all'accumulazione di utili a riserva, e cioè di utili che, come dividendi, non sono più soggetti a tassazione e, quindi, non devono essere tassati neanche se assumono la forma di plusvalenza”*.

⁷⁴ Beghin M., *“Diritto tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza”*, Torino, 2011, pg. 312, precisa che *“il realizzo della plusvalenza azionaria rappresenta una modalità, diversa dalla distribuzione dei dividendi, di monetizzare gli utili prodotti dalla società partecipata”*.

⁷⁵ La disciplina della *“Participation Exemption”* prevede un'esenzione pari al 95 per cento per i plusvalori realizzati dalla cessione di partecipazioni detenute da società di capitali o enti commerciali, previsti all'art. 73 del Tuir, e del 58.14% per i componenti positivi di reddito realizzati da imprenditori individuali o società di persone, ai sensi dell'art. 58 del Tuir.

In tal caso, il legislatore considera la capacità dell'alienante di “*monetizzare ricchezze non strettamente correlate con l'attività economica sottostante*” e, dunque, realizzative di interessi economici tali da incrementare la disponibilità patrimoniale del cedente, i quali risultano essere fiscalmente rilevanti.⁷⁶

In sintesi, la circolazione indiretta di complessi unitari d'azienda ottenuta mediante il trasferimento di partecipazioni societarie, le quali se presentano i requisiti richiesti dalla disciplina della *Participation Exemption* generano dei plusvalori esenti, risulta più favorevole rispetto alla vendita onerosa dell'azienda data l'imputazione del provento nella dichiarazione dei redditi del percettore soltanto per il cinque per cento del suo ammontare.

Differentemente, se la partecipazione alienata non presenta le caratteristiche fondamentali della “Pex” ai sensi dell'art. 87 del Tuir, gli eventuali componenti positivi di reddito saranno imponibili nel reddito complessivo del socio persona fisica per il cento per cento del loro ammontare secondo le aliquote progressive dell'IRPEF.

⁷⁶ Beghin M, “*L'Ires e le simmetrie fiscali nel quadro dei rapporti partecipativi tratteggiati dalla cd. Riforma Fiscale Tremonti*”, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, pg. 386-387, precisa che il sistema esprime “*un'oggettiva dissociazione tra la fiscalità della società e la fiscalità dei soci: la società possiede, invero, redditi riconducibili al campo di applicazione dell'Ires; i soci, per contro, nel disporre delle azioni o delle quote, sono nella condizione di monetizzare ricchezze non necessariamente dotate di un legame con l'attività economica sottostante*”; pertanto, in questo caso, si considerano quelle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni speculative, realizzative di interessi monetari per le parti, le quali rientrano tra le fattispecie imponibili alla stregua di una circolazione diretta del complesso unitario, previste dall'art. 86 del Tuir.

3.2. Presupposti soggettivi della disciplina.

L'istituto della *Participation Exemption* e dunque il regime dell'esenzione dalla tassazione delle plusvalenze derivanti dall'alienazione di partecipazioni societarie hanno come destinatari soggetti che producono “reddito d'impresa” tra quelli indicati alle lettere a) e b) dell'art. 73 del Tuir.

Trattasi delle “società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, le società cooperative e di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento CE nr. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento CE nr. 1435/2003 residenti nel territorio dello stato italiano e gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali”.⁷⁷

Per discernere se tali soggetti siano residenti nello stato italiano il legislatore è tenuto a verificare se essi detengano “la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale” in Italia.⁷⁸

Talvolta la società al fine di ottenere un risparmio indebito d'imposta è solita trasferire la sede legale all'estero in un paese a fiscalità privilegiata e mantenere la sede amministrativa e l'oggetto principale della propria attività nello stato italiano.

Il fenomeno dell'esterovestizione comporta che la sede legale si identifichi come “la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto”.

Differentemente, la presenza degli altri due requisiti viene verificata a fronte di un effettivo collegamento degli stessi con il territorio italiano.⁷⁹

⁷⁷ Art. 73 comma 1 lett. a) e b) del Tuir.

⁷⁸ Il comma 3 dell'art. 73 del Tuir stabilisce che “un ente deve considerarsi residente in Italia, ai fini fiscali, qualora realizzi, per la maggior parte del periodo d'imposta, la sussistenza della sede legale o dell'amministrazione o dell'oggetto principale in Italia.”

⁷⁹ Cit. L'art. 8 del Decreto-legge nr. 223/2006, “Società ed enti esterovestiti”, prevede che “la sede legale si identifichi con la sede sociale indicata nell'atto costitutivo o nello statuto, invece la localizzazione dell'oggetto principale o l'esistenza della sede amministrativa devono essere valutate in base ad elementi di effettività sostanziale, che richiedono complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio, che può non corrispondere con quanto rappresentato nell'atto costitutivo o nello statuto”.

E' noto come la fissazione della sede legale all'estero in un paese diverso da quello in cui la società svolge la propria effettiva attività possa far emergere la possibilità di una duplicazione dell'imposta sulla stessa ricchezza prodotta.

A tal fine gli stati contraenti stipulano delle “*Convenzioni bilaterali*” a fronte delle quali prevedono l'imputazione del provento soltanto nel luogo in cui si trova “*la sede della direzione effettiva della società*”.⁸⁰

Essa viene definita come il “*luogo in cui vengono assunte le decisioni manageriali e commerciali necessarie alla conduzione dell'impresa nel suo complesso*”.⁸¹

Si considerano residenti nello stato italiano anche quelle società o enti che “*detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359 primo comma c.c., nei soggetti ai di cui alle lettere a) e b) del comma 1 se alternativamente sono controllate anche indirettamente da soggetti residenti nel territorio dello stato, o amministrate da un consiglio di amministrazione o da un altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza da consiglieri residenti nel territorio dello stato.*”⁸²

⁸⁰ Art. 4 paragrafo 3 del modello delle “*Convenzioni Bilaterali OCSE*”.

⁸¹ Paragrafo 24 del commento all'art. 4 del modello delle “*Convenzioni bilaterali OCSE*”. Con riferimento alla Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 136/1958, “*il place of effective management viene definito come il luogo in cui la società svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive e opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione ed il raggiungimento dei fini sociali*”.

⁸² Bagarotto E.M, “*La residenza delle società nelle imposte dirette anche alla luce della presunzione di esteroinvestizione*”, Rivista di diritto tributario 2008, pg. 1155.

Qualora i soggetti previsti dai commi a) e b) dell'art. 73 del Tuir procedano a trasferire la propria sede legale all'estero ai fini di eludere l'imposta ma mantengano un collegamento nello stato italiano, tale per cui effettivamente risultino produrre un reddito in Italia, essi sono pienamente o parzialmente imponibili secondo le norme tributarie previste dall'ordinamento italiano.⁸³

Per quanto concerne i soggetti previsti ai commi c) e d) dell'art. 73 del Tuir, tra i quali figurano “*gli enti pubblici e privati diversi dalle società, i trust, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale, purchè residenti nello stato italiano, e le società o gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello stato*” il legislatore opera delle distinzioni al fine di includerli o meno nel regime della *Participation Exemption*.⁸⁴

L'alienazione di partecipazioni detenute dai soggetti non commerciali residenti determina un plusvalore tassabile o un minusvalore deducibile secondo il regime ordinario impositivo disposto agli articoli 67 e 68 del Tuir.

Diversamente, le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni detenute in società o enti non residenti vengono incluse nel regime dell'esenzione qualora “*dispongano nel territorio dello stato di una stabile organizzazione, la quale in conformità delle disposizioni previste nelle “Convenzioni bilaterali” atte ad evitare il fenomeno della doppia imposizione economica subisce lo stesso trattamento fiscale osservato per le società residenti*”.

La stabile organizzazione viene definita come “*la sede fissa d'affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività nel territorio dello stato*”.

⁸³ Cit. Circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 28/E/2006, “*quando un soggetto estero si considera residente in Italia sarà soggetto a tutti gli obblighi sostanziali e strumentali che l'ordinamento prevede per i soggetti residenti, con riguardo ai capital gain realizzati dalla cessione di partecipazioni (assoggettati al regime della piena imponibilità dell'art. 86 o all'esenzione dell'art. 87 del Tuir), alle ritenute da operare sui pagamenti di interessi, dividendi e royalty corrisposti a non residenti o a soggetti residenti al di fuori dell'esercizio d'impresa e concorreranno al reddito per il cento per cento gli utili provenienti da società residenti in stati a fiscalità privilegiata*”.

⁸⁴ Art. 73 comma 1 lett. c) e d) del Tuir.

Essa si considera come *“un’entità separata e indipendente svolgente le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati”*.

Con tale definizione, il legislatore enfatizza la forza attrattiva della stabile organizzazione la quale consente allo stato di imputare i redditi prodotti da soggetti non residenti a tassazione in forza del possesso della sede fissa d'affari nel territorio italiano.⁸⁵

Tale disposizione viene meno poiché è necessario considerare quanto previsto dalle Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione, le quali sono norme di diritto internazionale di rango superiore rispetto al testo unico sui redditi che sovrastano quelle di diritto interno se più favorevoli per il contribuente.⁸⁶

In particolare, l'art. 7 del modello convenzionale OCSE limita la forza attrattiva della sede fissa d'affari ai soli utili *“attribuibili alla stabile organizzazione”*.⁸⁷

Il concetto di stabile organizzazione però ha subito diverse modifiche nel corso degli anni al fine di uniformare la normativa italiana (quanto esposto nell'art. 152 del Tuir) con le indicazioni fornite in sede internazionale.

⁸⁵ Franzoni G, *“La territorialità nel diritto tributario, pg. 387”*, prevede che *“l’attrazione di tutti i redditi prodotti nel territorio dello stato, a prescindere dal fatto che derivino da beni appartenenti o meno alla stabile organizzazione, sia giustificata dal più intenso livello di appartenenza del soggetto non residente, il quale esercitando la propria attività attraverso una stabile organizzazione da soggetto meramente erogatore acquisirebbe lo status di soggetto produttore”*.

⁸⁶ Art. 169 del Tuir.

⁸⁷ L'art. 7 paragrafo 1 del modello convenzionale OCSE, prevede che *“il diritto dello stato in cui è situata la stabile organizzazione a tassare la stessa non si estende anche ai profitti che l’impresa percepisce da quello stato in cui non è presente la stabile organizzazione”* (*“the right of tax of the state where the permanent establishment is situated does not extend to profits that the enterprise may derive from that State but that are not attributable to the permanent establishment”*).

Non sempre la “*sede fissa d'affari*” è fisicamente dislocata nel territorio dello stato e per questo va ricercata “*la significativa e continuativa presenza economica dell'impresa non residente sulla base di fattori che comprovino un'interazione mirata e sostenuta con l'economia del paese attraverso la tecnologia e altri strumenti automatici*”.⁸⁸

Pertanto, ai fini dell'inclusione nella disciplina della *Participation Exemption*, i soggetti non residenti debbono detenere una stabile organizzazione attraverso la quale conseguano dei redditi nello stato italiano.

Diversamente, le plusvalenze derivanti dall'alienazione di partecipazioni in società o enti non residenti previsti nel comma d) dell'art. 73 del Tuir, i quali non dispongano della stabile organizzazione, subiranno un'imposizione secondo le regole concernenti le persone fisiche.⁸⁹

⁸⁸ L'Art. 1, comma 1000, Legge di Bilancio 27/12/2017, nr. 205, riportato nel comma f-bis dell'art. 162 del Tuir, modifica il concetto di stabile organizzazione, per uniformarsi alle indicazioni fornite dalle norme internazionali. Infatti, il “*Report finale Action 1 del Progetto BEPS*” (“*Base Erosion and profit shifting*”), configura “*la fattispecie giuridica della stabile organizzazione anche in assenza di presenza fisica della stessa sulla base di fattori tecnologici o automatici come piattaforme digitali o server, i quali diventano la base imponibile di una successiva tassazione dell'utile*”. L'obiettivo del legislatore è quello di far emergere relativi utili occultati dal soggetto non residente mediante quei fattori che comprovino la significativa presenza economica ma non fisica nello stato italiano dell'impresa.

⁸⁹ Le plusvalenze derivanti dall'alienazione di società o enti commerciali non residenti, i quali non dispongano di una stabile organizzazione in Italia, sono assoggettate a tassazione al pari del regime fiscale previsto per le persone fisiche.

Anche, le plusvalenze azionarie derivanti dall'alienazione di partecipazioni in società di persone, che presentano i requisiti previsti per aderire alla disciplina della *Participation Exemption*, vengono incluse nel reddito complessivo del percipiente parzialmente.⁹⁰

Infine, per quanto concerne le società partecipate, ossia quelle a cui si riferiscono le partecipazioni o i titoli realizzativi di plusvalori esenti, il legislatore annovera sia le società di capitali che quelle di persone, ad eccezione delle società semplici.

Il generico riferimento ai soggetti previsti dall'art. 73 del Tuir (società di capitali) e a quelli inclusi nell'art. 5 del Tuir comporta l'irrelevanza al fine dell'esclusione del provento dall'imputazione nel reddito complessivo del percipiente della residenza della società o dell'ente partecipato, riscontrabile in Italia o all'estero.

⁹⁰ La disciplina della *Participation Exemption* non viene prevista soltanto per i soggetti passivi indicati nell'art. 73 del Tuir, ma si applica anche a quei plusvalori emergenti dall'alienazione di partecipazioni in società di persone, i quali risultano escludibili dal reddito complessivo del percipiente per un ammontare pari al 58.14 per cento, se risultano rispettati i quattro requisiti cardine riscontrabili nell'art. 87 del Tuir.

3.3. Presupposti oggettivi di applicazione dell'esenzione.

L'esenzione prevista dalla disciplina della *Participation Exemption*, introdotta dalla riforma del sistema fiscale e culminata con la Legge Delega nr. 80/2003, riguarda *“le plusvalenze realizzate relativamente ad azioni o quote di partecipazioni nelle società o negli enti di persone e di capitali, comprese anche quelle non rappresentate da titoli”*.

Il legislatore estende tale regime anche a quegli strumenti finanziari che risultano assimilabili alle azioni, alle partecipazioni al capitale o al patrimonio e anche ai contratti di associazione in partecipazione.⁹¹

Tali strumenti finanziari risultano includibili al regime previsto dall'art. 87 del Tuir qualora la loro remunerazione sia composta prevalentemente da utili rappresentativi l'esercizio dell'impresa o del gruppo societario che li ha prodotti.⁹²

Si tratta di strumenti che, pur non attribuendo al possessore la qualità di socio, sottendono una *“partecipazione al rischio d'impresa”* a fronte della remunerazione prevista a fine esercizio in base agli utili prodotti dalla società.⁹³

⁹¹ Art. 87 comma 3 del Tuir.

⁹² La Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 16/06/2004, nr. 26/E, ai paragrafi 2.2 e 2.3 richiama *“gli strumenti finanziari partecipativi forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto in assemblea generale degli azionisti, emessi anche a seguito di apporto di opere o servizi ai sensi dell'art. 2346 c.c., quelli emessi a seguito degli apporti effettuati a favore dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 ter, comma 1 lettera e) c.c., o quelli comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società di cui all'art. 2411, comma 3 lettera a) del Tuir”*. Essi, se assimilati alle azioni, possono essere inclusi nel regime dell'esenzione di cui alla disciplina della *Participation Exemption*, qualora *“la loro relativa remunerazione sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o dell'affare”*.

⁹³ Padovani F., *“Commento all'art. 87 del Tuir, cit. pg. 437”*, enuncia che *“la previsione rende quindi operante il regime dell'esenzione a tutte quelle forme rappresentative di investimenti caratterizzati da un profilo di partecipazione al rischio di impresa, il quale viene assunto dal legislatore come metro di qualificazione della remunerazione e di tassazione della medesima.”* Si tratta, pertanto, sempre di *“forme di investimento la cui remunerazione è sempre considerata utile, e per questo sottoposta a tassazione”*.

L'assimilazione dei suddetti strumenti finanziari alle azioni garantirebbe il verificarsi della perfetta simmetria tra la non imputazione al reddito dei dividendi e la parziale inclusione dei plusvalori derivanti dall'alienazione di partecipazioni societarie, cioè l'assunto sul quale si muove la disciplina della *Participation Exemption* e la Legge Delega, la quale determina la tassazione in capo alla società con una consequenziale irrilevanza del provento in capo al socio successivamente alla sua distribuzione.⁹⁴

Vengono assimilate alle azioni al fine dell'esenzione anche le remunerazioni derivanti da contratti di associazione in partecipazione, nei quali *“viene previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi, cioè esclusivamente costituito da capitale oppure misto di capitale, opere e servizi.”*⁹⁵

L'esenzione non si applica per quei contratti in cui l'associante partecipi attivamente allo svolgimento dell'impresa a fronte della sua partecipazione agli utili e alle perdite di fine esercizio, e dunque venga considerato come un socio della società stessa.⁹⁶

⁹⁴ Gallo F., *“Schema di decreto legislativo recante Riforma dell'imposizione del reddito delle società”*, cit. pg. 1665-1666, e *“Circolare nr. 26/E dell'Agenzia delle Entrate del 16/06/2004”*, prevedono che *“l'assimilazione risponderebbe alla ratio di garantire che la remunerazione sconti, in capo sia al percipiente sia all'erogante, il medesimo trattamento fiscale degli utili da partecipazione”*.

⁹⁵ Tesaro F., *“Imposta sul reddito delle società (IRES)*, cit. pg. 341-342, evidenzia che *“la disciplina fiscale dei contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza è stata radicalmente modificata dal legislatore della riforma fiscale del 2003, il quale, ritenendo la posizione dell'associato analoga a quella del socio, sotto il profilo della partecipazione al rischio di impresa, ha assimilato il trattamento impositivo degli utili dell'associazione in partecipazione a quello dei dividendi. La sostanziale identità di funzione economica di questi negozi e dei titoli rappresentativi della partecipazione in società ed enti ha portato a considerare i contratti di associazione in partecipazione e in cointeressenza (al pari degli strumenti finanziari) veri e propri beni plusvalenti, produttivi di redditi di natura finanziaria, speculativa o patrimoniale”*.

⁹⁶ Lupi R., *“Cointeressenza senza apporto o scambi di redditi o di perdite”*, in *Dialoghi tributari*, 2005, pg. 1610, enuncia che *“il regime della Participation Exemption non trova applicazione per i contratti di cointeressenza, previsti all'art. 2554 c.c., i quali non prevedono l'effettuazione di alcun apporto da parte dell'associante, ma esclusivamente una partecipazione agli utili e alle perdite”*.

La remunerazione di tali contratti di associazione in partecipazione alla stregua degli strumenti finanziari assimilati alle azioni è indeducibile in capo al soggetto erogatore, ed essendo considerata come una plusvalenza rientra nelle fattispecie esenti previste dalla disciplina della *Participation Exemption* all'art. 89 comma 2 del Tuir.⁹⁷

In ultima analisi, l'esenzione prevista dalla Legge Delega si estende anche alle quote di partecipazione in fondi comuni di investimento mobiliare o SICAV, in SIIQ, ai diritti d'opzione o alle obbligazioni convertibili, che presentano opportuni requisiti.

In sintesi, la realizzazione di un plusvalore da cessione di partecipazioni o di una remunerazione dal possesso di strumenti finanziari assimilati alle azioni o di contratti di associazione in partecipazione diversi da quelli di apporto di lavoro o servizi, le quali comportano un lecito risparmio d'imposta data la loro imputazione nel reddito del percipiente soltanto per il cinque per cento del suo ammontare complessivo, determina che le parti saranno più propense a realizzare un trasferimento di partecipazioni in luogo della circolazione diretta dell'azienda al fine di ottenere un mero vantaggio fiscale.

⁹⁷ L'art. 109, comma 9, del Tuir prevede “l'indeducibilità per il soggetto erogante di ogni tipo di remunerazione dovuta su titoli, strumenti finanziari comunque denominati, per la quota di essa che direttamente o indirettamente comporti la partecipazione ai risultati economici della società emittente o di società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi”.

3.4. Requisiti richiesti al fine dell'esenzione delle plusvalenze da cessione di partecipazione.

Il legislatore condiziona l'esenzione delle plusvalenze da alienazione di partecipazioni societarie al verificarsi di quattro requisiti rinvenibili nel comma 1 dell'art. 87 del Tuir.

In particolare, la società partecipante deve aver posseduto la partecipazione per un periodo prolungato di tempo definito come "*holding period*" e aver iscritto tale quota tra le "*immobilizzazioni finanziarie*" nel proprio bilancio d'esercizio.

Allo stesso modo, il legislatore è tenuto a verificare se la società partecipata detenga "*la propria residenza fiscale in uno stato a non fiscalità privilegiata*" e "*svolga un'effettiva attività commerciale*".⁹⁸

3.4.1. L'interrotto possesso della partecipazione.

L'*holding period* viene definito come "*l'ininterrotto possesso della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese antecedente a quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o le quote acquisite in data più recente*".

Tale limite temporale previsto dal comma 1 lettera a) dell'art. 87 del Tuir preclude l'applicabilità del regime dell'esenzione per quei proventi derivanti da trasferimenti di partecipazioni detenute per un breve intervallo di tempo inferiore all'anno con un mero scopo speculativo a fronte del quale realizzare una monetizzazione economica.⁹⁹

Nel caso in cui la partecipazione venga acquistata non a fronte di un unico esborso ma in momenti differenti, il legislatore verifica la sussistenza dell'*holding period* attraverso l'utilizzo di un metodo contabile tra quelli utilizzati civilisticamente per determinare il valore delle rimanenze nel bilancio d'esercizio.

⁹⁸ Art. 87 comma 1 lett. a) del Tuir.

⁹⁹ Cit. Relazione Finale della Commissione Biasco, "*tale impianto normativo per sua stessa natura richiede di non accordare indiscriminatamente il regime di esenzione in presenza di plusvalori che potrebbero discendere da operazioni meramente speculative di breve periodo e non essere rappresentativi di variazioni degli utili accantonati o assoggettati (anche in futuro) a tassazione*".

In base a tale criterio “*si considerano cedute per prime le partecipazioni che sono state acquisite in data più recente*” e la successiva plusvalenza derivante dal negozio traslativo diviene esente solo se “*per tutte le tranches di acquisto delle quote sia verificato il requisito del possesso ininterrotto dal primo giorno del dodicesimo mese antecedente l’avvenuta cessione*”.¹⁰⁰

La scelta di ricorrere a un metodo contabile può risultare estremamente penalizzante per quelle società che alienano la partecipazione la cui attività d’impresa necessita di un periodo di detenzione maggiore dei beni in magazzino per far fronte ad un’immediata richiesta di mercato.¹⁰¹

È necessario precisare che il legislatore utilizzando il termine “*possesso*” in tale contesto sia intenzionato ad estendere l’esclusione dei plusvalori anche a tutte quelle “*situazioni nelle quali le partecipazioni sono detenute in forza di un diritto diverso da quello della proprietà.*”

Tale nozione definisce che l’ininterrotto possesso della quota per un periodo determinato di tempo garantisca una certa stabilità dell’investimento generato dall’acquisto della partecipazione, il quale presuppone dall’influenza di fattori esterni rispetto alla gestione della società partecipata, e a fronte del quale il possessore realizza successivamente una monetizzazione economica dalla distribuzione di dividendi.

Il suddetto criterio sussiste in tutte quelle situazioni in cui la disponibilità delle partecipazioni aventi il carattere di stabilità consenta di ascrivere a una certa società la titolarità in senso economico-sostanziale di un investimento, la quale dovrebbe implicare la possibilità di acquisizione di un arricchimento consistente nell’incremento del valore delle partecipazioni.¹⁰²

¹⁰⁰ Cit. Circolare dell’Agenzia delle Entrate del 04/08/2004 nr. 36/E al paragrafo 2.3.1, “*la plusvalenza sarà totalmente esente solo nel caso in cui dall’applicazione del criterio LIFO (Last in First Out) risulti che per tutte le tranches di cui è composta la partecipazione sia verificato il requisito dell’ininterrotto possesso*”.

¹⁰¹ Ferranti G., “*Il periodo minimo di possesso della partecipazione nella pex*”, pg. 3064, presume che “*il ricorso al criterio LIFO determini effetti scarsamente sistematici, in quanto sarebbero penalizzate le imprese che hanno un consistente magazzino titoli, le cui frequenti movimentazioni impedirebbero, di fatto, di fruire dell’esenzione in caso di cessione di partecipazioni in possesso dei requisiti per l’esenzione.*”.

¹⁰² Viotto A., “*Il regime tributario delle plusvalenze da partecipazione*”, Giappichelli editore, 2013, pg. 269.

Dunque, la sussistenza del “*minimum holding period*” nega l’accesso al regime dell’esenzione per quei plusvalori derivanti dal trasferimento di partecipazioni detenute per un breve intervallo di tempo inferiore all’anno, il quale risentirebbe di fattori esterni all’attività d’impresa in grado di influenzare il valore della partecipazione ceduta e quindi del componente positivo di reddito.

Con tale limite temporale viene rispettato il presupposto cardine della disciplina della *Participation Exemption* a fronte del quale vi è una perfetta simmetria tra le plusvalenze e i dividendi realizzati da soggetti svolgenti attività d’impresa, e perciò alla non inclusione totale degli utili nel reddito complessivo del percipiente viene prevista la parziale esclusione dei plusvalori realizzati a fronte dell’alienazione di quelle partecipazioni detenute per più di un anno, definito come il periodo di tempo minimo attraverso cui si possano realizzare utili d’impresa.

3.4.2. La classificazione della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie.

L'iscrizione delle partecipazioni tra le *“immobilizzazioni finanziarie dal primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso”*, come espressamente specificato al comma 1, lett. b), dell'art. 87 del Tuir assicura l'interesse della società partecipante a realizzare un investimento durevole atto a beneficiare degli utili futuri della partecipata.

Secondo l'impostazione civilistica le partecipazioni possono confluire nel bilancio d'esercizio sia tra le voci di *“immobilizzato”* o di *“circolante”* se, in alternativa, vengano detenute per un periodo prolungato di tempo e utilizzate per lo svolgimento dell'attività aziendale o risultino immediatamente disponibili per far fronte a esigenze di sostentamento economico nel breve periodo inferiore all'anno.

L'esigenza di ascrivere le partecipazioni alle voci di immobilizzato piuttosto che al circolante risente del fatto che gli elementi *“in virtù delle loro specifiche caratteristiche siano ordinariamente e naturalmente destinati ad assolvere una funzione che ne implica il loro utilizzo nel corso di un arco temporale di notevole estensione”* ma allo stesso tempo a prescindere dalle loro peculiarità costituiscano *“un investimento durevole di capitali”*.¹⁰³

Pertanto, dalla formulazione data dal comma 1 dell'art. 2424-bis discende che le partecipazioni inserite tra le immobilizzazioni finanziarie siano quelle destinate ad essere detenute per un periodo prolungato di tempo almeno pari all'esercizio successivo a quello a cui è riferito il bilancio d'esercizio.¹⁰⁴

¹⁰³ Broglia Giuggi A., *“Il recente intervento normativo in tema di bilancio: il decreto legislativo nr. 127 del 09/04/1991”*, pg. 176.

¹⁰⁴ Viotto A., *“Il regime tributario delle plusvalenze da partecipazione”*, nota 155 pg. 279, Giappichelli editore, 2013, evidenzia come *“l'iscrizione degli elementi patrimoniali attivi in esame tra le immobilizzazioni finanziarie oppure tra l'attivo circolante dipenda essenzialmente dall'interesse manifestato nei confronti dell'impresa partecipata, ovvero dalla decisione rispettivamente di mantenere tali investimenti oppure di disfarsene in un prossimo futuro. In sintesi, il collocamento delle partecipazioni nell'una o nell'altra macro-classe risponde perfettamente alla logica del criterio finanziario di rappresentazione dei valori patrimoniali; le partecipazioni devono essere dunque inserite tra le immobilizzazioni finanziarie oppure tra l'attivo circolante in base alla loro attitudine a permanere a lungo nell'impresa ovvero a trasformarsi rapidamente in forma liquida, senza pregiudicare l'economico svolgimento della gestione”*.

La differente classificazione delle partecipazioni nel bilancio della partecipante viene effettuata sulla base di un criterio funzionale, il quale prescinde dalle caratteristiche intrinseche dei titoli.

Il legislatore, al fine di inserire tali poste in una o nell'altra macro-classe di bilancio considera per quale finalità la società partecipata utilizzi le partecipazioni avuto riguardo ai piani gestionali e alle scelte operative-strutturali del management.¹⁰⁵

Come espressamente richiamato dal Principio Contabile nr. 16, l'ascrizione dei beni tra le "immobilizzazioni finanziarie" non risente della "natura intrinseca dei beni ma piuttosto della destinazione degli stessi all'interno della società".

Pertanto, la collocazione delle partecipazioni all'interno di una voce rispetto ad un'altra nel bilancio di fine esercizio deve tenere conto "degli eventuali vincoli presenti sul titolo, delle condizioni di mercato, della capacità dell'azienda di mantenere stabile l'investimento, presupponendo dalle decisioni dell'organo amministrativo".¹⁰⁶

Considerato quanto previsto nel comma 1 dell'art. 2424-bis del codice civile, le partecipazioni acquisite con mero scopo speculativo, ossia al fine di detenerle per un breve periodo e poi rivenderle a terzi per ottenere un plusvalore, trovano collocazione all'interno della voce di "attivo circolante", mentre quelle che rappresentano un investimento durevole, che garantisce all'acquirente una monetizzazione economica a fronte della partecipazione alla distribuzione degli utili di fine esercizio della partecipata, vengono inserite tra le poste di "immobilizzato".¹⁰⁷

¹⁰⁵ Il Principio Contabile nr. 20 ribadisce che la classificazione delle partecipazioni tra le poste di bilancio di "immobilizzato" o di "circolante" dipende "dalle scelte della società in merito alla possibilità di cogliere le opportunità di mercato o di smobilizzo per fronteggiare altre esigenze aziendali".

¹⁰⁶ Richiamo del Principio Contabile nr. 16 per determinare la corretta collocazione delle partecipazioni tra le voci del bilancio civilistico di fine esercizio.

¹⁰⁷ Art. 2424-bis, comma 1, c.c.

Data l'inclusione al regime della *Participation Exemption* anche delle società di persone e degli imprenditori individuali, i quali non sono tenuti a redigere il bilancio d'esercizio attraverso gli schemi civilistici previsti negli articoli 2424 e 2425 c.c., la sussistenza del requisito della detenzione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie viene verificata qualora le quote risultino come "*tali da elementi certi e precisi della contabilità*".¹⁰⁸

Tale assunto, però, risulterebbe in contrasto con la funzione prevista dalla disciplina introdotta dalla Legge Delega nr. 80/2003, ossia di evitare la duplicazione dell'imposta in capo alle persone fisiche per plusvalenze che riflettono utili già tassati in capo alla società.

Per evitare problemi interpretativi si è giunti ad escludere dalla disciplina prevista dalla *Participation Exemption* non i soggetti che non redigono il bilancio, ma soltanto quegli acquisti effettuati per finalità di "*puro trading*" ossia a fronte dei quali le parti siano interessate a svolgere operazioni realizzative di interessi economici.

Per quei soggetti che non osservano i principi contabili civilistici, la tipologia della classificazione viene dimostrata mediante documenti alternativi, i quali comunque rappresentano la volontà dell'acquirente, già rilevabile all'atto di acquisto del titolo, di intraprendere un investimento duraturo o di svolgere una mera operazione di "*trading*" con una immediata rivendita della quota a terzi nel breve periodo.

L'articolo 87, comma 1, lett. b), del Tuir non si limita a richiedere l'iscrizione delle partecipazioni tra le "*immobilizzazioni finanziarie*", ma anche precisa che le stesse debbano essere collocate in tale posta "*a partire dal primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso*".

Il legislatore con il termine "*bilancio chiuso*" precisa che la partecipazione detenuta tra le immobilizzazioni finanziarie possa venire alienata anche dapprima all'approvazione del bilancio da parte degli azionisti, anche immediatamente dopo la chiusura dell'esercizio a fronte di una mera delibera assembleare.

¹⁰⁸ Cit. Circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 36/E/2004, par. 2.3.1.

La Legge Delega, però, non esclude che l'evento realizzativo possa avvenire anche antecedentemente ai limiti previsti dalla normativa.

Tale disposizione non vieterebbe alle parti di svolgere comportamenti atti ad eludere il limite temporale di legge al fine di posticipare la data di avvenuta alienazione della partecipazione così da poter incidere sulla classificazione delle stesse nel bilancio per poter beneficiare della *Participation Exemption*.

Per questo motivo il legislatore considera, al fine di inserire correttamente la posta in bilancio, la classificazione data all'interno del "*progetto di bilancio*" e rinvenibile nel bilancio approvato dall'assemblea dei soci anche successivamente al negozio traslativo.¹⁰⁹

Pertanto, la Legge Delega impone che la società cedente la partecipazione, per poter beneficiare del regime dell'esenzione per la successiva plusvalenza emergente dal suddetto trasferimento, includa la quota tra le immobilizzazioni finanziarie già nel primo bilancio chiuso, negando l'accesso alla disciplina qualora dette quote risultino ascritte tra le poste di attivo circolante.¹¹⁰

L'obbligo di iscrivere la partecipazione tra le poste di immobilizzato risente dell'obiettivo dell'acquirente di detenere la quota per un periodo prolungato di tempo ed effettuare un investimento durevole nella società partecipata.

¹⁰⁹ Cit. Relazione di accompagnamento al D.lgs. nr. 344/2003, "*non è necessario che il bilancio risulti approvato dall'assemblea dei soci prima della cessione della partecipazione, a patto che l'approvazione intervenga entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi nei quali si è fatta valere l'esenzione.*"

¹¹⁰ Cit. Relazione di accompagnamento al D.lgs. nr. 344/2003, "*l'iscrizione della partecipazione nel primo bilancio chiuso nel periodo di possesso tra il circolante dell'attivo patrimoniale preclude qualunque possibilità di applicazione del regime della Participation Exemption anche qualora la partecipazione venga successivamente iscritta in bilancio tra le immobilizzazioni finanziarie*".

Considerato che a seguito di delibere assembleari i titoli azionari possano “*assumere una destinazione diversa rispetto a quella attribuita nel precedente esercizio*”, ossia possano traslare da una voce di bilancio all'altra più volte, la previsione normativa prevista nel D.lgs. nr. 344/2003 definisce il realizzarsi del presupposto richiesto ai fini dell'esenzione nella lett. b) del comma 1 dell'art. 87 del Tuir se la quota venga detenuta tra le immobilizzazioni finanziarie fin dal momento di acquisto della stessa, presupponendo che negli esercizi successivi possa trovare una differente collocazione in bilancio tra le poste di attivo circolante.¹¹¹

La scelta legislativa di escludere dal regime dell'esenzione quei plusvalori emergenti dall'alienazione di partecipazioni che sono realizzative di un investimento durevole, ma per un mero errore di valutazione contabile o per una mera decisione del management fossero state collocate tra le poste di attivo circolante invece che tra quelle di immobilizzato, non trova fondamento.

Tale previsione di legge determina un effetto distorsivo, dato che anche questi proventi sono realizzativi di utili già sottoposti a tassazione in capo alla società partecipata o generabili in futuro dalla stessa, il quale può venir meno qualora le parti disapplicino la normativa mediante procedura di interpello all'Amministrazione Finanziaria.

¹¹¹ Ai sensi del comma 3 dell'art. 85 del Tuir, “*i titoli azionari costituiscono immobilizzazioni finanziarie se sono iscritte come tali nel bilancio d'esercizio*” e la loro successiva alienazione realizza plusvalori per i quali si applica l'esenzione di cui all'art. 87 del Tuir. Se la partecipazione venisse detenuta tra le poste di attivo circolante, essa sarebbe realizzativa di “*ricavi*” tassabili secondo le norme previste dal sistema tributario italiano. Infatti, Russo P.; ne “*I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*”, pg. 104, evidenzia come “*la lettera b) dell'art. 87 richieda esclusivamente l'iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso e che il perfezionamento di tale condizione, unitamente a quelle contemplate dalle altre lettere del medesimo articolo, conferisca alle suddette partecipazioni un regime di neutralità fiscale, essendo irrilevante la loro appostazione contabile all'atto di cessione*”.

In ultima analisi, secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, dato l'obiettivo del legislatore della Riforma Fiscale del 2003 di evitare che le parti mettano in atto operazioni traslative di partecipazioni societarie al fine di ottenere un vantaggio indebito d'imposta, rimane necessario verificare se le quote risultino iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie dal primo bilancio chiuso dal momento di possesso delle stesse, al fine di discernere se poter includere o meno il relativo plusvalore emergente tra le fattispecie esenti previste dalla disciplina della *Participation Exemption*.¹¹²

L'allocazione delle partecipazioni tra una o l'altra posta di bilancio viene svolta secondo i criteri definiti dalla prassi contabile dal legislatore, il quale deve preventivamente considerare le previsioni attuate dagli amministratori, secondo la funzione che la partecipazione è tenuta a svolgere all'interno dell'attività aziendale, a fronte di una ben consolidata strategia societaria.

Dato che la classificazione in bilancio attuata dal legislatore secondo criteri civilistici ben definiti risente delle decisioni del management, tale operazione può presentare i tratti caratteristici di una fattispecie elusiva d'imposta qualora la stessa partecipazione venga detenuta per un periodo prolungato di tempo e quindi collocata tra le voci di immobilizzato rispetto alla volontà degli amministratori di rivenderla immediatamente per ottenere una realizzazione monetaria e dunque da inserirsi nel circolante.¹¹³

¹¹² Cit. Ingrao G., "La tendenza del sistema all'irrilevanza fiscale delle componenti reddituali su partecipazioni e la valenza del periodo minimo di detenzione", in *Dialoghi tributari*, 2012, pg. 162, "l'iscrizione nel primo bilancio delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie sembra essere un'altra faccia della diversa facoltà di inserire le partecipazioni nel circolante, in modo di fruire di eventuali minusvalenze, nel sistema non pex. L'iscrizione sembra essere una sorta di volontaria disclosure in cui il contribuente stesso dichiara il regime che ritiene applicabile alla partecipazione. La finalità è quella di offrire garanzie di certezza in sede applicativa, contrastando la possibilità di stare alla finestra e scegliere, secundum eventum, il regime fiscale più conveniente". Inoltre, la Commissione Biasco ritiene che "sia preferibile con scelta irreversibile, nonostante le molte perplessità manifestate nel corso delle audizioni, confermare basilamente la scelta normativa di utilizzare il criterio dell'immobilizzazione per definire le partecipazioni di investimento".

¹¹³ Cit. Stevanato D., "Le classificazioni in bilancio nella nuova norma antielusiva: regola astrusa o strumento insufficiente?", in *Dialoghi tributari*, 2004, pg. 899, "l'art. 37-bis avrebbe una valenza sostanziale e legittimerebbe l'Amministrazione Finanziaria a sindacare le classificazioni in bilancio quando esse appaiono incongrue rispetto alle scelte degli amministratori e finalizzate al raggiungimento di vantaggi tributari altrimenti indebiti." L'Amministrazione avrebbe il potere di "disconoscere il vantaggio fiscale conseguito quando la classificazione in bilancio che lo ha reso possibile doveva reputarsi scorretta sul piano civilistico-contabile, alla luce delle intenzioni manifestate dagli organi societari o desumibili da comportamenti concludenti, con riferimento a quel determinato asset".

3.4.3. La residenza fiscale della partecipata in uno stato a fiscalità non privilegiata.

Il comma c) dell'art. 87 del Tuir prevede che la società partecipata, al fine di poter beneficiare della disciplina della *Participation Exemption*, “*sia residente in uno degli stati o territori che non beneficino di regimi fiscali privilegiati o alternativamente venga data dimostrazione che dalle partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del possesso l'effetto di localizzare i redditi in stati o territori a fiscalità privilegiata*”.

Pertanto, è opportuno precisare che si intendono a *fiscalità privilegiata* quegli “*stati in cui il livello di tassazione risulti inferiore del cinquanta per cento di quello applicabile in Italia*”.¹¹⁴

Tale previsione di legge era contenuta all'interno del D.M. nr. 21/11/2001, nel quale viene data specificazione di quei paesi in cui il livello di tassazione è sensibilmente inferiore a quello previsto dall'ordinamento italiano, a fronte del quale la società partecipata qualora effettivamente risulti da controlli amministrativi ivi residente ottiene un indebito vantaggio fiscale dato il minor esborso di imposta al quale è tenuta a adempiere.¹¹⁵

La suddetta “*black list*”, nella quale venivano specificati quegli *stati non virtuosi* viene meno in seguito alle modifiche apportate dalla Legge di Stabilità 2008, a fronte della quale l'Amministrazione Finanziaria al fine di considerare se la società partecipata sia residente in un paese a fiscalità privilegiata o meno, è tenuta a verificare se lo stato in cui essa è dislocata sia in grado di “*consentire un adeguato scambio di informazioni per evitare la delocalizzazione dei redditi da parte del contribuente per usufruire di un indebito vantaggio d'imposta e presenti un livello minimo di tassazione uguale e non inferiore a quello effettivamente applicabile a redditi conseguiti nello stato italiano*”.¹¹⁶

¹¹⁴ Art. 167, comma 4, del Tuir.

¹¹⁵ Il Decreto Ministeriale 21/01/2001 iscrive all'interno della “*black list*” i paesi a fiscalità privilegiata ossia quelli in cui “*il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello riscontrabile in Italia*”.

¹¹⁶ La “*white list*”, come precisato nell'art. 168-bis del Tuir, considerava paesi non virtuosi quelli che “*consentono un adeguato scambio di informazioni e un livello di tassazione non sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*”.

Nel corso degli anni, la giurisprudenza ha apportato numerose modifiche ai criteri di individuazione dei paesi a fiscalità privilegiata.

L'art. 1, comma 680, della Legge di Stabilità 2015 indica come paesi non virtuosi quelli in cui sia presente *“un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia e tra i quali vengono ammessi anche quei regimi fiscali speciali che prevedono un livello di tassazione inferiore a quello dello stato italiano ma previsti da stati o territori che applicano un regime generale di imposizione non inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia”*.¹¹⁷

In ultima istanza, a fronte del D.lgs. nr. 147/2015 e della Legge di Stabilità 2016, i quali hanno apportato un'ulteriore modifica al comma 4 dell'art. 167 del Tuir, si è giunti a considerare i regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori come *“privilegiati qualora il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia”*.¹¹⁸

¹¹⁷ L'art. 1, comma 680, della Legge di Stabilità 2015 prevede che l'Amministrazione Finanziaria modifichi i criteri di individuazione dei paesi a fiscalità privilegiata, e che individui non più i paesi non virtuosi elencati nella *“black list”* ma quelli virtuosi previsti nella *“white list”*. Infatti, a partire da tale modifica apportata nel novellato comma 4 dell'art. 167 del Tuir, si considerano paesi a fiscalità privilegiata quelli con *“livello di tassazione sensibilmente inferiore al 50 per cento di quello applicato in Italia e include anche quei regimi speciali con un livello di imposizione inferiore al 50 per cento di quello previsto dal sistema impositivo italiano”*.

¹¹⁸ Il Decreto di Internazionalizzazione (D.Lgs. nr. 147/2015) e la Legge di Stabilità 2016 abrogano l'art. 168-bis del Tuir (nel quale vi era presente la *“white list”*) e modificano ulteriormente il comma 4 dell'art. 167 del Tuir. Infatti, in ultima istanza si prevede come regime fiscale privilegiato anche quello speciale in cui il livello nominale di tassazione risulti inferiore del 50 per cento di quello applicato in Italia. Tale Legge di Stabilità, inoltre, ha escluso dalla nozione di paese a fiscalità privilegiata, *“gli Stati membri dell'Unione Europea (UE) e gli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE) che garantiscono un adeguato scambio di informazioni”*.

Al fine dell'esclusione del plusvalore derivante dall'alienazione di partecipazioni il legislatore è tenuto a verificare se la società cedente non abbia dislocato la propria *residenza fiscale* in un paese a fiscalità ridotta rispetto a quello in vigore nello stato italiano al fine di beneficiare di un vantaggio indebito d'imposta disapprovato dall'ordinamento.

È noto come possano rilevarsi problemi applicativi in relazione al concetto di residenza fiscale qualora la società partecipata presenti la "*propria sede legale, amministrativa o l'oggetto principale della propria attività nel territorio italiano*", ma nonostante ciò abbia realizzato un reddito in uno stato estero, prodotto da una stabile organizzazione ivi presente, il quale viene completamente assoggettato a un regime fiscale speciale.

Tali redditi risulteranno come dei "*plusvalori esenti*" ma non rappresentativi di utili di impresa, i quali saranno soggetti a imposizione in capo alla società che li ha realizzati, venendo meno il requisito cardine della disciplina della *Participation Exemption*.

Nell'ambito della *Participation Exemption*, il requisito della sussistenza della residenza fiscale in uno stato non virtuoso da parte della società partecipata può sussistere anche qualora la stessa sia in grado di dimostrare "*che dalle suddette partecipazioni non sia stato conseguito, sin dall'inizio del possesso, l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a fiscalità privilegiata*".

Tale effetto previsto dal comma 1 lett. c) dell'art. 87 del Tuir è atto a evitare che redditi prodotti in stati non virtuosi, e dunque esenti da tassazione, da soggetti non ivi residenti possano rientrare nello stato italiano sottoforma di plusvalori, rientranti tra le tipologie ammesse all'esenzione dalla Legge Delega, e quindi essere nuovamente esclusi dall'imposizione.

Il legislatore della Riforma Fiscale del 2003 ha garantito che la mancata imposizione di plusvalori da alienazione di partecipazioni avvenga soltanto qualora gli stessi siano rappresentativi di utili d'impresa già tassati in capo alla società produttrice al fine di evitare il fenomeno della doppia imposizione economica, escludendo dalla disciplina in esame quelli realizzati dalla società e traslati all'estero al fine di eludere il fisco, ottenendo un indebito vantaggio d'imposta.

Qualora la società alienante la partecipazione effettivamente sia dislocata in un paese con un livello nominale di tassazione inferiore del cinquanta per cento di quello in essere nello stato italiano sia in grado di dimostrare, tramite procedura di interpello, ai sensi del comma 5, lett. b), dell'art. 167 del Tuir, che *“fin dall'inizio del periodo di possesso non sia stato conseguito l'effetto di localizzare i redditi in un paese a fiscalità privilegiata”*, e riceva dall'Amministrazione Finanziaria risposta positiva a tale interpello, potrà usufruire allo stesso modo dell'esenzione per il provento prodotto dal trasferimento.¹¹⁹

Il requisito della mancata delocalizzazione dei redditi in *“paradisi fiscali”* deve essere verificato, come espressamente stabilito nel comma 2 dell'art. 87 del Tuir, *“almeno dal terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo”*.¹²⁰

L'obiettivo della società partecipata di non attuare il trasferimento con il mero obiettivo di realizzare un minor esborso d'imposta localizzando i redditi in stati esteri emerge soltanto nel momento di realizzo del plusvalore o minusvalore imponibile o esente da tassazione.

L'interpello qui richiesto presenta una valenza *“retrospettiva”* e non *“preventiva”*, data l'esigenza dell'Amministrazione finanziaria di verificare situazioni di fatto realmente accadute lungo tutto il periodo di detenzione della quota fino al momento della sua alienazione.¹²¹

In ultima istanza è necessario comprendere se la procedura di interpello richiesta al fine della disapplicazione della disciplina in esame debba rilevarsi soltanto nel momento di realizzo del plusvalore o se tale adempimento possa rilevarsi anche in un momento diverso successivo all'alienazione della partecipazione, ossia in sede di accertamento del fisco o di contenzioso tributario.

¹¹⁹ Art. 167, comma 5, lett. b), del Tuir.

¹²⁰ Art. 87, comma 2, del Tuir.

¹²¹ La dimostrazione dell'effetto di non localizzare i redditi in stati a fiscalità privilegiata tramite procedura di interpello sin dall'inizio del periodo di possesso viene verificata dall'Amministrazione Finanziaria al momento di realizzo della plusvalenza e non prima. Tale impostazione civilistica garantirebbe all'interpello una funzione *“retrospettiva”*, formulato a fronte di tutte le situazioni di fatto effettivamente riscontrate lungo tutto il periodo di possesso della partecipazione e sino al momento di realizzo.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente data dal comma 1, lett. c), dell'art. 87 del Tuir, la procedura di interpello "*al momento del realizzo del plusvalore*" risulta condizione necessaria al fine dell'inclusione del provento come fattispecie esente alla *Participation Exemption*.

Anche se, il citato disposto normativo non vieta la possibilità al contribuente di far valere in sede di accertamento da parte dell'Amministrazione Finanziaria o di contenzioso tributario il requisito della non localizzazione dei redditi in paesi a fiscalità ridotta al fine di eludere il fisco, qualora egli non abbia presentato procedura di interpello nei termini previsti dall'ordinamento, ma comunque ne dia effettiva dimostrazione nelle sedi competenti.

La mancata presentazione dell'istanza di interpello potrebbe condurre l'irrogazione di sanzioni amministrative alla società, la quale era tenuta a adempiere a tale obbligo dichiarativo, ma comunque essa in sede di contenzioso tributario può dare prova dell'effettiva non localizzazione dei redditi nei paradisi fiscali presentando apposito ricorso a tali sanzioni.¹²²

La società alienante la partecipazione può far valere la propria propensione di non localizzare i redditi in paradisi fiscali, non soltanto mediante presentazione di interpello al momento di realizzo del componente positivo di reddito, ma anche successivamente in fase di accertamento o di fronte al Giudice Tributario.¹²³

¹²² La Circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 32/E del 14/06/2010, prevede che "*in caso di mancata presentazione dell'istanza di interpello debba essere irrogata la sanzione per omessa trasmissione di una comunicazione obbligatoria all'Amministrazione Finanziaria e che l'omissione debba essere valutata dagli Uffici ai fini della graduazione dell'entità delle sanzioni, qualora in fase di accertamento, l'Amministrazione rilevi, sulla base della documentazione in possesso del contribuente e del contraddittorio con quest'ultimo, l'insussistenza delle condizioni che legittimano la disapplicazione della disciplina oggetto dell'interpello obbligatorio*".

¹²³ Nella Circolare nr. 32/E dell'Agenzia delle Entrate del 14/06/2010 viene meno la previsione per cui la procedura d'interpello debba essere adempiuta dal contribuente al momento del realizzo del plusvalore, concedendogli la possibilità di far valere la propria propensione di non localizzare i redditi in paesi a fiscalità privilegiata anche in sede di contenzioso tributario. Infatti, non è più in vigore quanto affermato nella Circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 7/E/2009, secondo cui "*In assenza di presentazione dell'istanza, il ricorso non è ammissibile considerato che la disapplicazione non è ammessa in assenza della relativa istanza, che non può essere proposta per la prima volta in sede contenziosa col ricorso avverso l'avviso di accertamento e di irrogazioni di sanzioni amministrative*". Pertanto, la società che realizza la plusvalenza dall'alienazione di partecipazioni può dare prova del requisito richiesto dalla *Participation Exemption*, non solo mediante procedura di interpello ma anche mediante ricorso in sede di giudizio tributario.

In sintesi, la società cedente la partecipazione, qualora intenda beneficiare del regime della *Participation Exemption* per eventuali plusvalori emergenti dal negozio traslativo, non deve risultare da controlli amministrativi fiscalmente residente in paesi con un livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello previsto nello stato italiano o alternativamente dare prova - mediante procedura di interpello oppure mediante ricorso in sede processuale - della non intenzione di localizzare la propria attività e i propri redditi in paradisi fiscali al fine di ottenerne un indebito vantaggio d'imposta.

3.4.4. L'effettivo esercizio di un'impresa commerciale della società partecipata.

Al fine di includere il plusvalore risultante da alienazione di partecipazioni al regime della *Participation Exemption*, il comma 1 lett. d) dell'art. 87 del Tuir prevede “*l'esercizio di un'attività commerciale da parte della società partecipata*”.

Tale requisito risulta essere in linea con il principio ispiratore della Legge Delega, culminata con l'introduzione di un regime alternativo di tassazione parziale per i proventi derivanti dal trasferimento di partecipazioni societarie rispetto a quelli emergenti dalla cessione diretta del complesso unitario di beni.

La funzione assolta dal comma d) dell'art. 87 è quella per cui i componenti positivi di reddito non siano soggetti a imputazione nel reddito complessivo del percipiente qualora riflettano “*utili già tassati in capo alla società o che si realizzeranno in futuro*”, al fine di evitare la duplicazione del gettito sullo stesso presupposto d'imposta.

La sussistenza dello svolgimento di un'attività commerciale da parte della partecipata è atta anche a ostacolare la circolazione di beni di primo grado mediante l'alienazione di partecipazioni societarie a fronte di operazioni prevalentemente elusive al fine di ottenere un minor esborso in termini di gettito.

Rispetto alla lettera d) dell'art. 87 del Tuir, la Legge Delega amplia il novero di attività che possono rilevarsi di natura commerciale in quanto richiede, al fine di poter includere il plusvalore tra le fattispecie esenti della *Participation Exemption*, “*l'effettivo svolgimento di un'attività commerciale da parte della partecipata*”.¹²⁴

¹²⁴ Art.4, comma 1, lett. c) punto 2, Legge Delega nr.80/2003.

Il legislatore al fine di verificare il realizzarsi di tale requisito non si limita a considerare solamente le società che per loro natura in ogni caso sono atte a garantire un reddito d'impresa, così definito dall'art. 55 del Tuir, ma osserva anche le caratteristiche intrinseche delle attività svolte dalle stesse secondo un "*principio di attrazione*".¹²⁵

È noto, dunque, che vadano ricercate quali attività in funzione delle proprie insite caratteristiche garantiscano l'effettivo svolgimento dell'impresa commerciale.

Sicuramente rientrano in tale novero quelle previste dal comma 1 dell'art. 55 del Tuir, ossia quelle "*svolte per professione abituale, ancorché non esclusiva tra le attività indicate nell'art. 2195 c.c. e tra le attività agricole di cui alle lettere b) e c) comma 2 dell'art. 32, eccedenti i limiti previsti, anche se non organizzate in forma d'impresa*".

Diversamente, "*le prestazioni di servizi non rientranti nell'art. 2195 c.c., ancorché organizzate in forma d'impresa e le attività agricole non eccedentarie rispetto ai limiti dell'art. 32 del Tuir, e quelle di sfruttamento di miniere, cave e torbiere, riscontrabili alle lett. b) e c) del suddetto art.55*", non essendo per loro natura "*commerciali*" se svolte dalla società partecipata potrebbero non garantirgli la possibilità di accedere al regime della *Participation Exemption*.¹²⁶

Il legislatore, invece, considera anche quest'ultime alla stregua delle precedenti qualora esse vengano svolte in modo continuativo attraverso una qualsiasi struttura organizzativa realizzativa degli interessi della società.¹²⁷

¹²⁵ Ficari V., "*Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*", cit. pg. 27-36, prevede che "*una concreta indagine sull'effettivo atteggiarsi dell'attività nella fase esecutiva del programma e sulla fisionomia dell'organizzazione predisposta rispetto alle modalità di produzione del risultato economico può permettere di far riacquistare, caso per caso, all'ente quella commercialità dell'attività che il già menzionato principio di attrazione fonda esclusivamente sulla forma soggettiva dell'esercizio*".

¹²⁶ Art. 55, comma 1, lettere a), b), c), del Tuir.

¹²⁷ Cit. Fedele A., "*Il regime fiscale delle associazioni*", Padova, 1998, pg. 21, con riferimento alle prestazioni di servizi diversi da quelle di cui all'art. 2195 c.c. evidenzia che "*la specifica organizzazione in forma d'impresa incide sulla qualificazione, come reddito d'impresa piuttosto che reddito diverso, del provento dell'attività svolta dall'ente*". Inoltre, Leo M., Monacchi F., Moschetti F., in "*Le imposte sui redditi nel testo unico*", II, cit. pg. 1461, precisano che "*il requisito dell'organizzazione sia comunque imprescindibile al fine di qualificare una prestazione di servizi come commerciale*".

Sotto il profilo tributario, il comma 3 dell'art. 55 del Tuir afferma che *“le disposizioni in materia di imposte sui redditi che fanno riferimento alle attività commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate nel presente articolo 55 del Tuir.”*

Il requisito riscontrabile alla lett. d) dell'art. 87 del Tuir considera, quindi, la sussistenza dell'effettivo esercizio di un'attività commerciale con riferimento a tutte le attività che sono in grado di determinare un reddito d'impresa, svolte con una certa professionalità e continuità dalla società partecipata a fronte di una struttura organizzativa ben consolidata.¹²⁸

La commercialità della società partecipata sussiste qualora essa svolga un'attività d'impresa mediante la combinazione di fattori produttivi atti produrre o scambiare beni o servizi al fine di realizzare una monetizzazione economica.¹²⁹

Possono essere incluse tra quelle attività in grado di determinare un reddito d'impresa anche quelle preparatorie svolte in fase di avvio della società, le quali siano dirette a costituire la struttura organizzativa necessaria al proseguimento nel medio-lungo periodo dell'azienda.

Di conseguenza, il requisito della commercialità non si riscontra soltanto nel momento di avvenuto scambio di beni o servizi sul mercato con lo scopo di ottenere un realizzo ma già qualora la società dia prova di aver sviluppato piani organizzativi chiari e idonei alla realizzazione della *mission* aziendale.¹³⁰

¹²⁸ Cit. Circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 7/E/2013, *“si è in presenza di un'impresa commerciale, ai fini pex nell'ipotesi in cui la società partecipata risulti dotata di una struttura operativa idonea alla produzione e/o alla commercializzazione di beni o servizi potenzialmente produttivi di ricavi”*.

¹²⁹ Cit. Fantozzi A., *“Imprenditore e impresa nelle imposte sui redditi e nell'IVA”*, pg. 238, *“il legislatore tributario ha indubbiamente ricollegato il criterio della commercialità a quella della produzione ed intermediazione di beni e servizi, ed ha considerato queste ultime attività d'impresa, cioè esercitate in forma necessariamente basata sulla combinazione di fattori produttivi”*.

¹³⁰ Cit. Ficari V., *“Reddito d'impresa e programma imprenditoriale”*, pg. 32, *“il rinvio alla nozione d'impresa commerciale di cui all'art. 55 del Tuir in nulla può indurre a ritenere che la società partecipata debba aver effettivamente esercitato un'attività produttiva di natura commerciale ove si intenda per tale l'avvenuto scambio sul mercato essendo sufficiente che il soggetto abbia nel periodo considerato apprestato una struttura aziendale idonea allo scopo”*. Allo stesso modo, cit. Circolare nr. 7/E/2013 dell'Agenzia delle Entrate, *“il requisito della commercialità può considerarsi sussistente già nella fase di start-up semprechè la società partecipata, dopo aver ultimato le fasi preparatorie ed essersi così dotata di un apparato organizzativo autonomo, inizi successivamente a svolgere l'attività per la quale è stata costituita”*.

Diversamente, rimangono escluse dal regime della *Participation Exemption* quelle società costituite al fine di concedere beni a terzi ossia quelle, in cui l'attività prevalente risulti essere quella di “*mero godimento di beni aziendali*”, poiché non si realizzano i tratti peculiari descritti nell'art. 55 del Tuir, e quindi della “*commercialità*”.

In tali situazioni, il legislatore presume che le parti sottendano all'operazione di trasferimento di partecipazioni societarie l'alienazione del complesso unitario di beni al fine di eludere il fisco, ossia strumentalizzino tale fattispecie giuridica prevista dall'ordinamento (la cessione di quote) al fine di poter beneficiare dell'esenzione per componenti positivi di reddito emergenti che invece risulterebbero imponibili.

La dottrina esclude dalla disciplina della *Participation Exemption* quelle società di “*mero godimento di beni aziendali*”, ossia di detenzione e conservazione e di amministrazione statica del patrimonio aziendale, nelle quali il possessore della quota non interagisca attivamente nello svolgimento delle attività “*core*” definite dai piani organizzativi del management.

Qualora nella società partecipata venga a realizzarsi anche un'attività di natura commerciale, così definita dall'art. 55 del Tuir, il legislatore specifica che essa debba sussistere in modo prevalente rispetto alle altre di natura non commerciale.¹³¹

Essa deve risultare significativamente rilevante rispetto a quella di mero godimento, cosicché venga meno la propensione dei soci di eludere il fisco ossia di “*avvalersi della forma societaria al solo fine di intestare o concedere i beni a terzi*”.

¹³¹ La Circolare nr. 7/E/2013 dell'Agenzia delle Entrate, afferma che “*fermo restando che sono comunque necessarie valutazioni da effettuare in concreto, si ritiene che qualora il soggetto eserciti più attività (di cui solo alcune qualificabili commerciali ai fini pex) si debba procedere all'individuazione di specifici criteri per stabilire se l'attività commerciale sia prevalente o meno rispetto a quella non commerciale. In particolare, occorrerà avere riguardo sia al valore corrente del patrimonio sia ad altri criteri di prevalenza di un'attività rispetto ad un'altra, quali l'ammontare dei ricavi, dei costi, e dei redditi generati da ciascuna attività, il numero dei dipendenti ad esse addetti e così via*”.

A titolo di esempio, il legislatore nega l'esenzione dei plusvalori emergenti dal trasferimento di partecipazioni in società costituite prevalentemente da beni immobili diversi da quelli utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa (ossia società immobiliari).¹³²

Con tale limite, il legislatore intende evitare che possano essere trasferiti beni di primo grado (ad esempio "immobili non commerciali") a fronte della circolazione di partecipazioni così da evitare la tassazione piena su plusvalori latenti.¹³³

Tali immobili risultano essere quelli diversi da quelli commerciali, così definiti nell'art. 87 del Tuir, ossia quelli "alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività d'impresa, gli impianti ed i fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa o gli immobili concessi in locazione finanziaria e i terreni su cui viene svolta l'attività agricola".

Il legislatore preventivamente svolge un'analisi comparativa al fine di comprendere quali immobili siano utilizzati per lo svolgimento dell'impresa e quali vengano detenuti al solo scopo di godimento delle parti.¹³⁴

¹³² Cit. Art. 87, comma 1, lett. d), "senza possibilità di prova contraria si presume che il requisito della commercialità non sussista relativamente alle partecipazioni in società in cui il valore del patrimonio sia prevalentemente costituito da beni immobili diversi dagli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa, degli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa".

¹³³ Cit. Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate nr. 152/E del 15/12/2004, "la ratio antielusiva di cui al secondo periodo della lett. d) dell'art. 87 del Tuir risiederebbe principalmente nella volontà di impedire che la cessione di partecipazione nella società immobiliare si ponga su un piano di teorica equivalenza rispetto alla cessione degli immobili e che, quindi, tramite la cessione di partecipazione si trasferiscano in esenzione i beni di primo grado che il titolo rappresenta". Pertanto, l'Agenzia ritiene che "l'esenzione della plusvalenza realizzata a seguito della cessione di una partecipazione detenuta in una società immobiliare è consentita solo qualora sia ceduta un'effettiva attività d'impresa che abbia per oggetto la costruzione o la vendita degli immobili e non già la mera utilizzazione passiva degli stessi".

¹³⁴ Secondo la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate nr. 152/E/2014, il legislatore ha deciso di "escludere dal regime di Participation Exemption le partecipazioni in società la cui attività consiste nel mero godimento degli immobili, intendendo per tale anche la concessione in locazione dei medesimi".

Tale analisi prescinde dalla forma societaria o dall'oggetto sociale o da dati meramente formali, dato che egli è interessato a comprendere quale sia la destinazione per la quale i detti immobili sono presenti all'interno del complesso unitario di beni rispetto all'effettiva attività svolta dall'azienda.¹³⁵

Di conseguenza, soltanto “*quegli immobili che costituiscono l'oggetto di un'attività commerciale, diretti all'esercizio dell'impresa*” sono idonei a garantire i presupposti cardine della *Participation Exemption*, ossia che il plusvalore emergente dall'alienazione delle partecipazioni societarie, all'interno delle quali vi sono detti beni immobiliari, venga parzialmente escluso dall'imposizione se rappresentativo di utili o proventi già tassati in capo alla società stessa o che emergeranno in futuro, e allo stesso tempo sia data prova del non intento elusivo della partecipata di usufruire di una forma societaria più vantaggiosa fiscalmente (cessione di partecipazioni esenti se aventi requisiti pex) per trasferire beni di primo grado.

In ultima analisi, è necessario soffermarsi su come il legislatore riesca a verificare la sussistenza del requisito della “*commercialità*” previsto dall'art. 87 del Tuir al fine dell'esenzione dei plusvalori emergenti richiesta dalla disciplina della Legge Delega.

Il legislatore confronta gli “*immobili non commerciali*” con il valore del “*patrimonio*” della società partecipata.

Con il generico termine “*patrimonio*” la norma non dà un esplicito riferimento a quale grandezza contabile ponga come base di confronto con i detti immobili non commerciali.

¹³⁵ Secondo la Risoluzione nr. 152/E/2014, il legislatore opera “*preventivamente un esame dell'attività di fatto esercitata e dell'effettiva destinazione economica degli immobili ad un'attività di costruzione o scambio, anche prescindendo, eventualmente, dalle risultanze contabili o dalla configurazione dell'oggetto sociale*”. Tale previsione normativa è riscontrabile anche nella risposta alla interrogazione parlamentare del 29/07/2009 nr. 5-01695, secondo la quale “*ad assumere rilevanza, nel rispetto della ratio della norma, è l'attività in concreto esercitata e non la mera costituzione in forma di società di capitali. Pertanto, ne consegue che se l'attività prevista dallo statuto non si può considerare iniziata non è riscontrabile, in linea di principio, la sussistenza del requisito della commercialità necessario per fruire del regime di Participation Exemption*”.

Secondo una prima interpretazione data dalla Legge Delega, ai fini comparativi si valuta il valore dell'intero patrimonio sociale, ossia quello risultante dalla differenza tra le attività e le passività di stato patrimoniale.¹³⁶

Se il legislatore seguisse tale previsione normativa però confronterebbe due grandezze non omogenee dal punto di vista contabile, dato che nella valutazione degli immobili commerciali non vengono computate le passività, mentre il “*patrimonio netto*” è una posta iscritta in bilancio al netto di tali componenti negativi di reddito, e pertanto egli giungerebbe ad un errata valutazione delle suddette poste di stato patrimoniale.

Al fine dell'individuazione della commercialità il confronto, pertanto, dovrebbe essere svolto a “*valori contabili netti*”, ossia dagli immobili non commerciali è opportuno scomputare le eventuali passività ad essi riferibili così da poter confrontarli con il patrimonio netto della società.

L'interpretazione giurisprudenziale prevalente prevede che la presunzione di commercialità si rilevi qualora il valore degli immobili non commerciali prevalga sul valore di tutte le attività presenti all'interno del patrimonio societario, con riferimento dunque ai beni materiali, immateriali, ai crediti e alle disponibilità liquide.

¹³⁶ Cit. Relazione di accompagnamento al D.lgs.nr.344/2003, “*con riferimento al valore del patrimonio è opportuno precisare che esso è configurabile non nel valore contabile del patrimonio netto, bensì nel valore corrente del patrimonio stesso*”. Essa precisa anche che “*il confronto da effettuare è tra il valore degli immobili in parola e il valore dell'intero patrimonio sociale, considerando anche gli avviamenti positivi e negativi anche se non iscritti*”.

Risulta, quindi, coerente l'indicazione espressa dalla Relazione di accompagnamento al D.lgs.nr. 344/2003, ossia che *“il confronto da effettuare sia quello tra il valore degli immobili non commerciali e il valore dell'intero patrimonio sociale, all'interno del quale vi possono emergere anche degli avviamenti positivi o negativi”*.

In sintesi, il quarto requisito richiesto al fine dell'inclusione del plusvalore emergente dal trasferimento di partecipazioni societarie alla disciplina della *Participation Exemption* deve essere valutato sulla base della capacità della società partecipata di svolgere effettivamente un'attività commerciale, ossia di realizzare un reddito d'impresa così come definito dall'art. 55 del Tuir, la quale deve essere significativamente rilevante rispetto ad altre attività esercitate all'interno della società stessa (di mero godimento) e la sua sussistenza viene valutata a valori correnti confrontando gli immobili non commerciali con il patrimonio aziendale.

3.5. L'applicazione della *Participation Exemption* alle operazioni di “share deal”.

La cessione di partecipazioni societarie è divenuta sempre più utilizzata come un regime alternativo alla circolazione diretta d'azienda, in seguito all'introduzione della disciplina della *Participation Exemption*, qualora le parti siano interessate ad ottenere dal suddetto negozio traslativo prevalentemente un mero vantaggio fiscale, indipendentemente che lo stesso risulti più oneroso civilisticamente.

In tal caso, esse saranno più propense a realizzare un conferimento d'azienda il quale, in seguito alla Riforma Fiscale del 2003, risulta non comportare l'emersione di plusvalori tassabili o minusvalori deducibili se svolto nella continuità di valori, così definito nell'art. 176 del Tuir, e successivamente alienare le loro partecipazioni, usufruendo dell'esenzione pari al 95 per cento dei componenti positivi di reddito risultanti dal negozio traslativo.

Pertanto, ai fini dell'applicazione della *Participation Exemption*, è necessario considerare se anche nella “cartolarizzazione d'azienda” vengano rispettati i requisiti enunciati nell'art. 87 del Tuir sia dalla società conferente che dalla conferitaria.

Secondo la definizione civilistica di cui all'art. 2247 c.c., il conferimento risulta essere “*l'istituto attraverso il quale i conferenti apportano risorse alla società al fine di dividerne gli utili conseguiti grazie allo svolgimento in comune di un'attività economica*”.

A differenza della cessione unitaria d'azienda, nella quale dal momento dell'avvenuto atto traslativo viene meno ogni rapporto in essere tra le parti, nel conferimento il conferente apporta risorse alla società al fine di esercitare un'attività in comune con il conferitario per ottenere dalla partecipazione ricevuta una realizzazione monetaria data dagli utili emergenti dal bilancio d'esercizio.¹³⁷

¹³⁷ Cit. Marasà G., “*Società (contratto di società)*”, pg. 4, “*il trasferimento del bene o servizio conferito dal patrimonio del socio al patrimonio sociale causa un mutamento qualitativo nel patrimonio del socio, poiché al diritto (di proprietà o di godimento) sul bene conferito si sostituisce la titolarità della quota*”. Inoltre, Ferri G., “*Società (diritto vigente): società (in generale)*”, pg. 536, evidenzia che “*la società postula anzitutto il conferimento, cioè una prestazione a contenuto patrimoniale, da parte dei singoli soci, diretta ad apprestare i mezzi, mediante i quali potrà concretamente attuarsi quella attività economica da cui dipende la realizzazione del loro interesse individuale*”. Pertanto, il conferimento non è equivalente alla messa in comunione di un bene ma viene considerato come un obbligo a compiere una prestazione diretta al conseguimento dello scopo sociale.

Il regime della “*neutralità fiscale*” nei conferimenti d’azienda prevede che le “*partecipazioni ricevute si considerano iscritte come immobilizzazioni finanziarie nei bilanci in cui risultavano iscritti i beni dell’azienda conferita*”.¹³⁸

Essa comporta la non emersione di plusvalori tassabili o minusvalori deducibili, i quali permangono in uno stato di “*latenza*” fintanto che le parti non decidano di monetizzare la partecipazione ricevuta a fronte di una alienazione della stessa a terzi.

Tale stato di latenza è possibile soltanto qualora l’operazione straordinaria avvenga in “*continuità di valori*” ossia se il “*conferente attribuisce alle partecipazioni ricevute l’ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell’azienda conferita e se vi è il subentro del conferitario nella posizione del conferente rispetto agli elementi dell’attivo e del passivo dell’azienda medesima*”.

Una volta verificato il rispetto del regime della “*neutralità fiscale*”, il legislatore è tenuto a considerare il rispetto dei requisiti richiesti al comma 1 dell’art. 87 del Tuir, al fine di includere o meno i componenti positivi emergenti dal trasferimento delle quote alla *Participation Exemption*.

Per quanto concerne i requisiti previsti dalle lett. a) e b) dell’art. 87 del Tuir, ossia “*del periodo di possesso*” e “*dell’iscrizione delle partecipazioni tra le poste di immobilizzato*”, la dottrina considera possedute le quote dal momento in cui è stata conferita l’azienda stessa.¹³⁹

¹³⁸ Art. 176, comma 4, del Tuir.

¹³⁹ Cit. Circolare dell’Agenzia delle Entrate nr. 36/E/2004, par. 2.3.6.1.1 e Risoluzione nr. 227/E del 18/08/2009, “*sulla base del riferimento normativo sopra citato (art. 176, comma 4 del Tuir), i requisiti soggettivi di cui alle lettere a) e b) risulterebbero verificati, già alla data del conferimento, a condizione che il soggetto conferente disponesse dell’azienda conferita da almeno dodici mesi, in quanto le partecipazioni rivenienti dal conferimento vengono assunte con un’anzianità pari a quella attribuibile all’azienda conferita*”.

In altri termini, anche nel caso del conferimento è necessario che le partecipazioni siano detenute per un periodo non inferiore a dodici mesi prima di essere alienate, al fine di uniformare tale limite temporale con il periodo di possesso dell'azienda conferita, cosicché da considerare tale investimento duraturo e non ritenere l'acquisto della partecipazione come una mera operazione di “*trading finanziario*” nel breve termine.¹⁴⁰

Allo stesso tempo, per consentire il verificarsi della neutralità fiscale e della continuità dei valori, se una partecipazione è detenuta tra le poste di immobilizzato nello stato patrimoniale della conferente rimane tale anche in seguito al negozio traslativo, cosicché la successiva alienazione della stessa non determini l'emersione di un plusvalore tassabile.¹⁴¹

I requisiti del periodo di possesso e della classificazione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie sussistono dal momento dell'avvenuto conferimento, ossia le stesse vengono retrodate al momento del trasferimento dell'azienda e assumono la stessa “*anzianità*” del complesso di beni alienato.¹⁴²

Per quanto concerne i requisiti della residenza della conferitaria in paesi non appartenenti a stati con un livello di fiscalità inferiore a quello riscontrabile nello stato italiano e dell'effettivo esercizio di un'attività commerciale, così come definiti alle lett. c) e d) dell'art. 87 del Tuir, essi debbono sussistere “*nel triennio anteriore al realizzo della plusvalenza o della minusvalenza*”.¹⁴³

¹⁴⁰ Turchi A., “*Conferimenti e apporti nel sistema delle imposte sui redditi*”, pg. 376, prevede che “*il fatto che l'azienda si consideri posseduta dalla conferitaria anche per il periodo di possesso esercitato dalla conferente risponde al criterio secondo cui i beni aziendali ed i relativi valori sono trasmessi in piena neutralità d'imposta*”.

¹⁴¹ Cit. Circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 36/E/2004, par. 2.3.6.1.1., “*in virtù del principio di continuità ed al fine di impedire la modifica della prima iscrizione attraverso un'operazione fiscalmente neutra, il conferitario non può modificare la classificazione della partecipazione così come risultante dal bilancio del conferente*”.

¹⁴² Cit. Circolare dell'Agenzia delle Entrate nr. 36/E/2004, par. 2.3.6.11, 2.3.6.2., “*In sintesi, nei casi di conferimenti neutrali, così come nelle operazioni di fusione e scissione, ai fini della qualificazione per la Participation Exemption, alle nuove azioni si trasmettono sia il precedente periodo di possesso sia la precedente classificazione di bilancio*”.

¹⁴³ Il comma 2 dell'art. 87 del Tuir prevede che “*i requisiti di cui al comma 1, lett. c) e d), devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo, almeno dal terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso*”.

In tale periodo triennale possono essere intervenute delle modifiche societarie, ossia la società partecipata potrebbe aver realizzato un conferimento d'azienda a favore di una società neocostituita o già preesistente, e pertanto il legislatore è tenuto a verificare la sussistenza dei requisiti della residenza e della commercialità sia sulla società conferitaria post apporto, sia sulle stesse conferenti e conferitaria, procedendo ad un'analisi a valori correnti dei loro patrimoni.

La società beneficiaria del conferimento eredita, pertanto, le caratteristiche della conferente, e quindi i suddetti requisiti della residenza e della commercialità debbono sussistere già in capo alla stessa.¹⁴⁴

Per quanto concerne il requisito “*della residenza in un paese non a fiscalità privilegiata*”, così enunciato nel comma 1 lett. c) dell'art. 87 del Tuir, la sua sussistenza va verificata “*in capo alla società conferitaria alla data di cessione della partecipazione e, per il periodo precedente, su proiezione triennale, fino ad esaurimento dell'intervallo richiesto (triennale) anche in capo alla società conferente*”.

Secondo la stessa impostazione la partecipazione detenuta nella conferitaria risulterà possedere il requisito della commercialità, così come previsto al comma 1 lett. d) dell'art. 87 del Tuir, qualora la conferitaria erediti il ramo commerciale di una società che sia prevalentemente commerciale e la stessa svolga ininterrottamente detta attività fino alla data di cessione della quota e nel triennio anteriore al realizzo della plusvalenza emergente dal negozio traslativo.

Un problema interpretativo può rilevarsi qualora l'azienda venga conferita in una società di nuova costituzione, la quale non è in grado di dimostrare la commercialità nel triennio precedente l'atto di cessione della quota.

¹⁴⁴ cit. Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate nr. 227/E del 18/08/2009, “*in linea di principio, come chiarito con la Circolare nr. 36/E del 06/08/2004, le nuove entità legali che originano da soggetti precedentemente esistenti ereditano da questi anche le caratteristiche rilevanti ai fini della valutazione dei requisiti di commercialità e residenza. Pertanto, la conferitaria dovrà tener conto delle caratteristiche del dante causa (conferente) per verificare su proiezione triennale i requisiti di commercialità e residenza in un paese a non fiscalità privilegiata*”.

La Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate nr. 227/E/2009 ha specificato che, qualora la conferitaria non abbia maturato una propria commercialità, dato che si è appena costituita, la stessa viene definita come una società di natura commerciale se la conferente effettivamente dimostra quanto richiesto alla lett. c) dell’art. 87 del Tuir nel triennio antecedente.¹⁴⁵

La partecipazione alienata derivante da un conferimento d’azienda può essere quindi assoggettata al regime della *Participation Exemption* soltanto se entrambe le società (conferente e conferitaria) esercitino un’effettiva attività commerciale, ossia siano in grado di realizzare un reddito d’impresa, così definito all’art. 55 del Tuir.

In sintesi, l’alienazione di una partecipazione acquisita a fronte di un conferimento d’azienda determina una situazione traslativa più vantaggiosa per le parti rispetto alla circolazione diretta qualora lo stesso conferimento venga svolto secondo i principi di neutralità fiscale e di continuità di valori e vi siano riscontrabili i requisiti della disciplina della *Participation Exemption*, non soltanto nel momento dell’avvenuta cessione della quota ma anche in capo alla conferente e alla conferitaria.

¹⁴⁵ Cit. www.ilsole24ore.com del 10/12/2012, “L’effettiva convenienza è vincolata alla Pex”, “la Risoluzione nr. 227/E/2009 dell’Agenzia delle Entrate ha riconosciuto applicabile la regola dell’eredità della commercialità anche al conferimento d’azienda, nel senso che laddove la conferitaria/partecipata non abbia maturato una commercialità propria almeno triennale si potrà comunque ritenere commerciale se tale requisito era presente nella conferente”.

Capitolo 4: La circolazione indiretta d'azienda come presupposto d'indebito vantaggio fiscale.

SOMMARIO: 4.1. La disciplina dell'abuso del diritto e la sua applicazione nella circolazione indiretta d'azienda secondo l'ordinamento tributario italiano. – 4.2. L'imposta di registro nella cessione di partecipazioni e la funzione antielusiva dell'art. 20 del TUR. - 4.3. L'applicabilità del nuovo art. 20 del Tur secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente. - 4.4. Il conferimento neutrale seguito dalla cessione di partecipazioni come valida alternativa all'alienazione dell'azienda.

4.1. La disciplina dell'abuso del diritto e la sua applicazione nella circolazione indiretta d'azienda secondo l'ordinamento tributario italiano.

La scelta di procedere verso una circolazione indiretta dell'azienda (*share deal*) piuttosto che al trasferimento d'azienda (*asset deal*) è rimessa alla volontà delle parti.

Il cedente sarà più propenso ad alienare una partecipazione così da beneficiare del regime di parziale inclusione dei plusvalori emergenti dal negozio traslativo se essi ne possiedono i requisiti richiesti dalla *Participation Exemption*, mentre il cessionario preferirà la circolazione diretta d'azienda a fronte della quale usufruire di costi ben spesabili per maggiori ammortamenti o plusvalenze così da ridurre il proprio carico fiscale verso il fisco.

La volontà delle parti di preferire il trasferimento indiretto, ossia il conferimento neutrale seguito dalla cessione di partecipazioni esenti o la vendita di quote, soltanto per ottenere un risparmio d'imposta potrebbe rappresentare una propensione ad eludere il fisco scontando un'imposizione ridotta sia per quanto concerne la tassazione sulle persone fisiche o giuridiche (IRPEF e IRES), dato che il plusvalore viene incluso nel reddito complessivo del percettore soltanto per il cinque per cento del suo ammontare, sia nella determinazione dell'imposta indiretta di registro, la quale viene applicata in misura proporzionale rispetto a quella fissa dovuta nella vendita diretta dell'azienda.

Tale operazione straordinaria ricade tra le fattispecie realizzative di un indebito vantaggio d'imposta secondo la disciplina dell'elusione o dell'abuso del diritto, definita dapprima nell'art. 37-bis del D.P.R. nr. 600/73 successivamente abrogato e riproposta nell'art. 10-bis della Legge nr. 212/2000.

L'art. 37-bis del D.P.R. nr. 600/1973 prevedeva il fenomeno dell'elusione d'imposta qualora si verificassero *“atti, fatti o negozi, anche collegati fra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi, altrimenti indebiti”*.¹⁴⁶

Il fenomeno elusivo non si realizza nella singola operazione straordinaria, come ad esempio nella cessione unitaria d'azienda, nel conferimento d'azienda o di quote o nella singola scissione o fusione, ma si riscontra qualora le parti conseguano un indebito vantaggio fiscale da fattispecie realizzative consequenziali tra loro al fine di beneficiare di un regime tassativo più favorevole, come accade nel conferimento neutrale seguito dall'alienazione di partecipazioni esenti.¹⁴⁷

È necessario considerare gli elementi tipici della fattispecie elusiva riportata nell'art. 37-bis del D.P.R. 600/73, ossia *“l'assenza di valide ragioni economiche”*, *“l'aggiramento di obblighi e divieti”* e il *“vantaggio fiscale indebito”*.

L'aggiramento di obblighi e divieti da parte del contribuente è rinvenibile qualora lo stesso ponga in essere fattispecie giuridiche legittime per ottenere un indebito risparmio d'imposta disapprovato dal sistema.

Tale interpretazione giurisprudenziale è volta ad evitare che qualsiasi comportamento atto a minimizzare il carico impositivo diventi fattispecie elusiva, limitandone il suo verificarsi ai soli *“risparmi patologici di gettito”*.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Art. 37-bis del D.P.R. del 29/09/1973, nr. 600, introdotto nell'ordinamento tributario italiano a fronte dell'art. 7 del D.lgs. del 08/08/1997, nr. 358.

¹⁴⁷ Cit. Relazione di accompagnamento al D.lgs. nr. 358/97, *“il collegamento tra atti, fatti o negozi giuridici ricade tra i prerequisiti tipici dell'elusione d'imposta dal momento che il vantaggio fiscale non deriva quasi mai, ad esempio, da una mera fusione, da un mero conferimento o da un'altra operazione societaria, ma deriva anche da eventi preparatori o consequenziali, come l'acquisto o la cessione di partecipazioni societarie”*.

¹⁴⁸ Cit. Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 28/02/2002, nr. 62, *“il risparmio fiscale patologico si configura qualora discenda da un abuso che il contribuente faccia della legislazione vigente al fine di sfruttarne lacune o difetti e così ottenere risultati che (anche se formalmente legittimi) contrastano con il sistema nel suo complesso. In definitiva la differenza tra elusione e lecito risparmio d'imposta sta proprio nella patologia o meno del risultato conseguito”*.

L'Amministrazione Finanziaria, pertanto, per poter dimostrare che le parti abbiano realizzato un risparmio indebito d'imposta è tenuta a verificare se esso derivi da comportamenti non consentiti dal sistema tributario mediante schemi giuridici atipici.

Considerato il conseguimento di un illecito risparmio dalla tassazione realizzato a fronte dell'aggiramento degli obblighi tributari, esso non determina il realizzarsi della fattispecie elusiva qualora il contribuente dia prova che ne sia la legittima conseguenza di un'operazione svolta per “*valide ragioni economiche*”.¹⁴⁹

Data la possibilità per il contribuente di scegliere l'alternativa migliore nelle operazioni traslative del complesso di beni tra quelle consentite e messe a disposizione dal sistema tributario italiano, non sempre si realizza un risparmio fiscale indebito e dunque il verificarsi della fattispecie elusiva.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, l'Amministrazione Finanziaria, nel considerare la possibilità di attrarre le circolazioni indirette d'aziende tra il novero di attività che determinano un indebito risparmio fiscale, prevalentemente prescinde dai tratti tipici enunciati nell'art. 37-*bis* del D.P.R. 600/73 e considera se l'operazione sia atta a realizzare un obiettivo economico.¹⁵⁰

¹⁴⁹ La Circolare nr. 1/2008, Vol. II, Capitolo 10 della Guardia di Finanza esplicita che “*la maggiore difficoltà è rappresentata dalla necessità di dimostrare l'assenza di valide ragioni economiche, che, nell'opera di ricostruzione di un determinato comportamento potenzialmente elusivo, si presenta necessariamente successivamente all'individuazione degli obblighi o divieti tributari aggirati e delle riduzioni d'imposta o dei rimborsi indebitamente ottenuti*”.

¹⁵⁰ Cit. Corte di Cassazione nr. 439 del 14/01/2015, “*nei processi di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale integra gli estremi della condotta elusiva quella costruzione che, in ragione della volontà delle parti e del contesto fattuale e giuridico in cui sia posta in essere, persegue l'unico scopo di ottenere vantaggi fiscali. Ne consegue che il divieto di porre in essere comportamenti abusivi non vale relativamente alle operazioni che possono spiegarsi diversamente dal mero conseguimento del risparmio d'imposta e nelle quali manchi il presupposto dell'esistenza di un idoneo strumento giuridico che, pur alternativo a quello scelto dal contribuente, sia comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito.*”

Il sistema tributario dà piena facoltà di scelta alle parti di quale operazione straordinaria traslativa del complesso di beni attuare, dato che entrambe determinano lo stesso risultato economico, ossia la monetizzazione dell'azienda o della quota alienata, le quali operazioni presentano però un differente trattamento giuridico e, dunque, l'intento elusivo si determina qualora il contribuente tra due fattispecie giuridiche simili metta in atto quella che gli consente un indebito esborso in termini di gettito al fisco.

Data la propensione delle parti di attuare un'operazione fiscalmente meno onerosa, ossia preferire la circolazione indiretta a fronte dell'alienazione delle partecipazioni in luogo dell'intera azienda, il legislatore è tenuto prevalentemente a verificare la presenza di valide ragioni economiche alla base di tali negozi traslativi, prescindendo dall'emersione di un risparmio indebito d'imposta o dall'aggiramento degli obblighi tributari.

Al fine di limitare le fattispecie elusive è stata introdotta nell'ordinamento italiano la figura dell'abuso del diritto, un principio di diritto comunitario, il quale si applica non solo a tutti i tributi armonizzati (ad esempio imposta sul valore aggiunto) ma abbraccia l'intera materia tributaria.

Esso viene definito come *“un mezzo di contrasto all’elusione fiscale, che ha un carattere di strumento accertativo semplificato per l’Amministrazione, il quale viene utilizzato con particolare cautela, dovendosi sempre tener presente che l’impiego di forme contrattuali e/o organizzative che consentono un minor carico fiscale costituisce esercizio della libertà d’impresa e di iniziativa economica, nel quadro delle libertà fondamentali riconosciute dalla Costituzione e dall’ordinamento comunitario”*.¹⁵¹

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, l'onere di dimostrare che alienare una partecipazione a fronte di un conferimento in luogo dell'intero complesso unitario di beni non sia attuata al fine di ottenere soltanto un vantaggio fiscale ma si fondi su un obiettivo che prescinde dalla natura tributaria della stessa, ricade sempre sul contribuente.

¹⁵¹ Sentenza nr. 25374 del 17/10/2008 della Corte di Cassazione Civile.

Diversamente, l'Amministrazione Finanziaria ha l'onere di provare che la forma giuridica atipica utilizzata sia priva di un reale contenuto economico così da determinare un patologico risparmio di gettito che non vi sarebbe qualora le parti attuassero un trasferimento diretto.¹⁵²

Il divieto di ottenere un indebito vantaggio fiscale attraverso schemi consentiti dalla legge, ma in difetto del risultato economico è rinvenibile già all'interno dell'art. 53 della Costituzione.¹⁵³

A fronte dell'introduzione dell'abuso del diritto, il fenomeno elusivo non si rinviene soltanto nelle sole fattispecie definite nel comma 3 dell'art. 37-bis del D.P.R. nr.600/73, ma viene esteso a tutte quelle *“operazioni prive di sostanza economica, che pur svolte nel rispetto formale delle norme fiscali realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”*.¹⁵⁴

Considerato che l'illecito tributario vi è ogniqualvolta le parti attuino situazioni traslative prive di obiettivi economici al solo scopo di beneficiare di un risparmio dalla tassazione, la mancanza di tale requisito è rinvenibile se tali operazioni *“non sono coerenti o conformi con i fondamenti e gli strumenti giuridici tipici dell'ordinamento tributario o a logiche di mercato sottostanti”*.

¹⁵² Cit. Sentenza della Corte di Cassazione nr. 25374 del 17/10/2008, *“l'onere di dimostrare che l'uso della forma giuridica corrisponde ad un reale scopo economico, diverso da quello di un risparmio fiscale, incombe al contribuente. Però, l'individuazione dell'impiego abusivo di una forma giuridica incombe all'Amministrazione Finanziaria, la quale non potrà certamente limitarsi ad una mera e generica affermazione, ma dovrà individuare e precisare gli aspetti e le particolarità che fanno ritenere l'operazione priva di reale contenuto economico diverso dal risparmio d'imposta”*.

¹⁵³ La Corte di Cassazione, secondo il dettato dell'art. 53 della Costituzione precisa che *“non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastate con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economiche apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”*. (Sentenze nr. 30055, 30056, 30057 del 23/12/2008).

¹⁵⁴ Art. 10-bis, comma 1, della Legge nr. 212/2000 (Statuto dei lavoratori).

In altri termini, è opportuno considerare se tali fatti traslativi non presentino una causa negoziale diversa rispetto a quella tipica prevista dall'ordinamento, emergente dal loro utilizzo combinato, e pertanto che il preferire una cartolarizzazione d'azienda in luogo dell'alienazione della stessa risponda a normali logiche economiche.

Infatti, si esclude la presenza dell'abuso qualora vi sia un rapporto immediato tra la situazione posta in essere e lo scopo economico per il quale viene attuata, ossia se sia dimostrata un'effettiva “*logica economica della forma giuridica sottostante*”.

Considerato l'art. 10-*bis* della Legge nr. 212/2000, la mancanza della sostanza economica non si limita alle sole “*operazioni circolari*”, ossia quelle in cui non si realizzano delle modifiche sostanziali sul piano economico e giuridico rispetto alla situazione economica *ex ante* se non sul piano fiscale, ma anche a tutte quelle “*operazioni lineari*” dirette a stravolgere l'assetto giuridico aziendale per ottenere un vantaggio tributario indebito mediante schemi atipici non consentiti dal sistema.¹⁵⁵

In ultima analisi, l'utilizzo di strumenti giuridici atipici, il conferimento neutrale seguito dalla cessione di partecipazioni esenti rispetto al trasferimento diretto dell'azienda, il quale consentirebbe alle parti di pervenire allo stesso risultato attraverso un percorso giuridicamente più snello e meno oneroso, in mancanza di un preciso obiettivo rinvenibile nello schema utilizzato può essere suscettibile di attrazione alla disciplina dell'abuso del diritto.

¹⁵⁵ Cit. De Rosa L., Russo A., Iori M., “*Operazioni Straordinarie*”, Il sole 24 ore, pg. 715-716, “*Le operazioni lineari, ossia quelle dirette a realizzare un obiettivo economico reale (il trasferimento di un bene a terzi, l'azienda) mediante strumenti giuridici diversi ed indiretti rispetto a negozi a causa tipica che avrebbero potuto direttamente condurre al raggiungimento del medesimo interesse concreto di natura extrafiscale. In questi casi, le modalità giuridiche utilizzate, tradirebbero, aggirando la struttura tipizzata dall'ordinamento per raggiungere un determinato risultato, l'assenza di sostanza economica, evidenziando che il ricorso a determinati istituti giuridici o scansioni negoziali non è legato ad esigenze effettive, quando dettato dal vantaggio fiscale*”.

L'analisi giurisprudenziale non si limita però a considerare soltanto se tali percorsi alternativi all'alienazione dell'azienda siano conformi e coerenti con i principi cardine del diritto tributario, ma è tenuta a verificare anche se da tali negozi le parti “*conseguano un vantaggio fiscale disapprovato dal sistema*”.

Il carattere “*indebito*” del risparmio fiscale ottenuto dalle parti è riscontrabile nell'aggiramento della legislazione tributaria, ossia nella strumentalizzazione di lacune o di imperfezioni dell'ordinamento che consentono il raggiungimento di un obiettivo distonico rispetto alla *ratio* dei principi cardine del sistema tributario italiano.

Tale *ratio* non è di facile individuazione e pertanto l'analisi dell'Amministrazione Finanziaria non si limita a considerare la somiglianza di una circolazione indiretta con il diretto trasferimento d'azienda sia sul piano tributario che fiscale, ma anzi è tenuta ad osservare la congruenza del risultato conseguito dal negozio traslativo con le norme giuridiche previste, ossia se tale fattispecie sia realizzativa di interessi economici e non attuata al solo fine di ottenere un risparmio d'imposta tipico del conferimento seguito dall'alienazione delle partecipazioni a fronte dell'inclusione nella disciplina della *Participation Exemption* in luogo della tassazione piena prevista nella cessione unitaria d'azienda.

La realizzazione di una cartolarizzazione d'azienda in luogo di una circolazione diretta del complesso unitario di beni rientra nel novero delle situazioni giuridicamente non consentite dal sistema qualora le parti ottengano dalla stessa un risparmio indebito d'imposta rispetto a quella dovuta al fisco, il quale risulti essere “*la causa prevalente*” per la quale tale negozio viene attuato.

Differentemente, se invece la causa prevalente della citata operazione viene rinvenuta in ragioni economiche extrafiscali a fronte delle quali si persegue l'obiettivo di miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa o dell'attività professionale del contribuente, la predisposizione delle parti a preferire una circolazione indiretta non rientra nel novero delle fattispecie elusive.¹⁵⁶

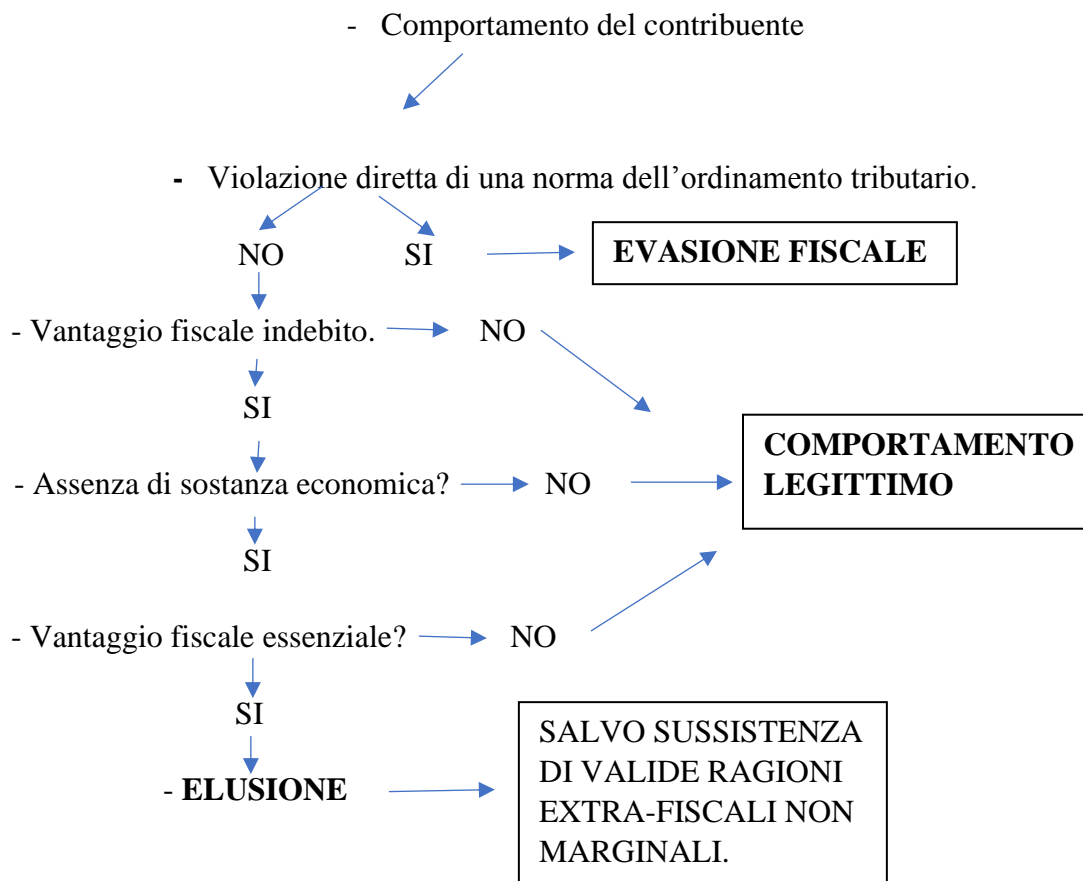
¹⁵⁶ Cit. Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 23/03/2001, nr.32, “*L'espressione valide ragioni economiche non sottintende una validità giuridica, ma una apprezzabilità economico-gestionale, che si manifesta quando l'operazione è motivata da concrete esigenze aziendali di natura produttiva ed operativa, e diretta al miglioramento della gestione dei costi aziendali, ed ha finalità di razionalizzazione e ristrutturazione dell'impresa*”.

Infatti, rispetto all'art. 37-*bis* del D.P.R. nr. 600/73, il quale prevedeva che l'assenza di valide ragioni economiche delineasse l'operazione come elusiva d'imposta, nel successivo art. 10-*bis* della Legge nr. 212/2000 il legislatore fa riferimento a “*valide ragioni extra-fiscali*”, il che sottenderebbe a non limitarsi a una mera valutazione oggettiva degli interessi economici delle parti, ma anzi a considerare il vero motivo per il quale il cedente ed il cessionario abbiano eseguito tale negozio traslativo, ossia ragioni di carattere meramente personale.¹⁵⁷

In presenza di valide ragioni extra-fiscali non marginali, il comportamento del contribuente diretto a concludere un'operazione straordinaria priva di sostanza economica e svolta al fine di ottenere un mero risparmio patologico indebito dal gettito - che risulta essere l'unica causa reale del suddetto negozio traslativo - non integra la violazione dell'abuso del diritto, come rappresentato nello schema seguente.

¹⁵⁷ Cit. Nota 3 pg. 719, “*Operazioni Straordinarie*”, Il Sole 24 ore, 2018, “*è possibile che le valide ragioni extrafiscali rivestano anche carattere personale, quando le stesse rappresentino il motivo per il quale un soggetto ponga in essere un determinato atto o sequenza di atti in luogo di altri. Tali ragioni sono comunque opponibili al fisco, nella misura in cui siano supportate da elementi di prova (documenti, dichiarazioni di terzi)*”.

- Schema di verifica della sussistenza dell'abuso del diritto.¹⁵⁸



¹⁵⁸ Schema di verifica della sussistenza dell'abuso del diritto, nelle Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate del 17/10/2016, nr. 93 e del 03/11/2016, nr. 101.

Con riferimento a quanto definito nell'art. 10-*bis* della Legge nr. 212/2000, il quale nell'attrarre la circolazione indiretta d'azienda tra le fattispecie elusive non si sofferma più soltanto alle mere ragioni economiche per le quali data operazione è stata attuata dalle parti, il fenomeno elusivo non si realizza qualora sussistano delle alternative valide ragioni giuridiche la cui presenza si rivela essenziale al fine della conclusione dell'alienazione della partecipazione.

Infatti, i due negozi traslativi non risultano né sul piano fiscale né sul piano tributario assimilabili, nonostante entrambi realizzino uno stravolgimento dell'assetto proprietario e determinino un plusvalore latente il quale è soggetto a tassazione piena o parziale a fronte dei differenti schemi giuridici previsti dall'ordinamento tributario e, dunque, preferire l'uno o l'altro negozio risulta essere una libera scelta del cedente e del cessionario.

Tale libertà di scelta tra due alternative di circolazione del complesso di beni consentita dall'ordinamento non determina l'intento elusivo delle parti qualora le stesse attuino tra due fattispecie *“poste su un piano di pari dignità”* quella che ne determina il minor esborso fiscale.¹⁵⁹

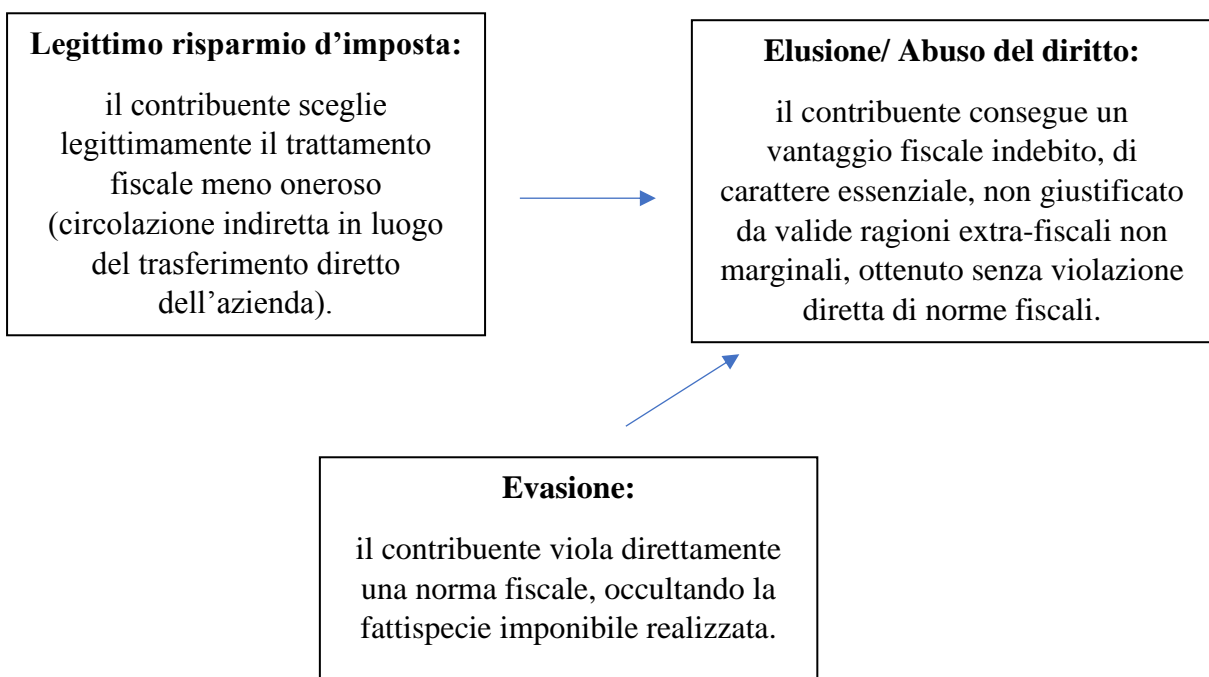
In ultima analisi, la giurisprudenza afferma una piena legittimità verso una lecita pianificazione fiscale e, dunque, l'utilizzo di una forma giuridica alternativa al trasferimento diretto dell'azienda svolta secondo logiche economiche sottostanti diverse dal mero intento di risparmio fiscale è sufficiente ad affermare che l'operazione sia consentita dal sistema.

Per questi motivi, la presenza o meno di *“valide ragioni extra-fiscali”* viene considerata come un *“esimente”* al fine di confutare che il comportamento delle parti integri i requisiti dell'abuso del diritto.

¹⁵⁹ Nella Relazione di accompagnamento all'art. 37-*bis* del D.P.R. nr. 600/73, successivamente abrogato e sostituito dall'art. 10-*bis* della Legge nr. 212/2000, si definiva che *“il legittimo risparmio di imposta si verifica quando tra vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente adotta quello fiscalmente meno oneroso. Non c'è aggiramento fintanto che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l'ordinamento gli mette a disposizione. Una diversa soluzione finirebbe con contrastare con un principio diffuso in tutti gli ordinamenti tributari dei Paesi sviluppati, che consentono al contribuente di regolare i propri affari nel modo fiscalmente meno oneroso, e dove le norme antielusione scattano solo quando l'abuso di questa libertà dà luogo a manipolazioni, scappatoie e stratagemmi che - pur formalmente legali - finiscono per stravolgere i principi del sistema. La norma antielusione non può quindi vietare la scelta tra una serie di possibili comportamenti cui il sistema attribuisce pari dignità di quello fiscalmente meno oneroso.”*

In conclusione, la cartolarizzazione d'azienda, ossia uno “*share deal*” in luogo dell'alienazione dell'intero complesso di beni risulta essere consentita dall'ordinamento e, qualora la stessa venga svolta secondo delle valide logiche economiche o di mercato e non soltanto al fine di eludere il fisco per beneficiare di una migliore tassazione a fronte della disciplina della *Participation Exemption*, non integra i tratti peculiari della disciplina dell'abuso del diritto.¹⁶⁰

In ultima analisi, l'abuso del diritto si riconosce quando il legittimo risparmio d'imposta diviene patologico e viene meno qualora il contribuente a fronte del proprio comportamento violi direttamente le norme fiscali, ossia ottenga un risparmio indebito dalla tassazione attraverso degli schemi negoziali non consentiti dal sistema tributario, occultando totalmente la fattispecie imponibile o una parte del proprio reddito prodotto, realizzando i tratti peculiari di un'evasione fiscale.¹⁶¹



¹⁶⁰ Cit. C.T.P. di Roma, Sentenza del 31/10/2017, nr. 23334/19/17, “con riferimento ad un'operazione di *share deal* ha specificato che resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale. Il mero risparmio fiscale è pienamente lecito e non ammette ingerenza nelle scelte imprenditoriali, non sussistendo abuso quando il risparmio d'imposta si incardini all'interno di scelte che l'ordinamento riconosce e tutela”.

¹⁶¹ De Rosa L., Russo A., Iori M., “Operazioni Straordinarie”, Il Sole 24 ore 2018, pg. 724, Schema riguardante i “Confini dell'elusione /abuso del diritto”.

4.2. L'imposta di registro nella cessione di partecipazioni e la funzione antielusiva dell'art. 20 del TUR.

Le operazioni di circolazione indiretta del patrimonio aziendale alla stregua del trasferimento diretto del complesso unitario di beni vengono redatte a fronte di una scrittura pubblica o privata autenticata da un notaio rogante, il quale in qualità di sostituto d'imposta sarà tenuto, per fini pubblicitari, a trascrivere l'atto nel registro delle imprese, dal quale deriva un debito tributario nei confronti del fisco.

Tali operazioni di “*share deal*” risultano essere differenti dall'alienazione dell'azienda sia per quanto concerne la tassazione diretta (IRPEF e IRES) che per quella indiretta (imposta di registro).

Il preferire una circolazione indiretta in luogo dell'alienazione dell'intera azienda non configura preventivamente un disegno elusivo del cedente e del cessionario, poiché il legislatore è tenuto a considerare se oltre al raggiungimento di un risparmio d'imposta la suddetta operazione presenti delle valide ragioni extra-fiscali in linea con le logiche di mercato e con le norme dell'ordinamento tributario.

La giurisprudenza, però, si è interrogata a lungo per comprendere se l'elusività di un conferimento neutrale seguito dalla cessione di partecipazioni esenti che risentono della disciplina della *Participation Exemption*, anche se non rinvenibile in un risparmio delle imposte dirette, possa risultare nell'imposizione di registro, e se tale operazione costituita da due atti separati possa essere riqualficata come un trasferimento diretto dell'azienda.

Il conferimento dell'azienda e la successiva alienazione delle partecipazioni costituiscono due atti separati ed indipendenti, i quali vengono assoggettati ad un'imposta di registro in misura fissa.

Differentemente, il trasferimento unitario dell'azienda subisce un'imposizione indiretta calcolata in misura proporzionale a fronte della differente tipologia di beni presenti all'interno della stessa.

Se, per quanto concerne le imposte dirette, la giurisprudenza riconosce che un'operazione di *share deal* sia legittimamente consentita alle parti e non risulti includibile tra il novero di attività elusive in forza di quanto disposto dal comma 3 dell'art. 176 del Tuir, diversamente la disciplina dell'imposta di registro presentava diversi dubbi interpretativi colmatasi con la Legge di Bilancio 2018, a fronte della quale è stata riformulata la natura dell'art. 20 del Tur.

Da una prima analisi risulta che l'Amministrazione Finanziaria procedeva a riqualificare i singoli atti sottoposti a registrazione (conferimento e successiva alienazione delle quote) ad un'unica operazione di cessione d'azienda al fine di contestare al contribuente di aver concluso un diverso negozio traslativo più oneroso civilisticamente per beneficiare di un indebito risparmio d'imposta.

Tale indebito risparmio d'imposta si identifica nel minor esborso di gettito previsto nello *share deal*, data l'applicazione di un'imposta di registro calcolata in misura fissa in luogo di quella prevista in misura proporzionale se invece venisse ceduta l'azienda.

In seguito all'introduzione di una norma antielusiva generale, definita nell'art. 10-*bis* della Legge nr. 212/2000 viene meno la finalità di conseguire un mero risparmio d'imposta a fronte dell'alienazione di partecipazioni in luogo dell'intera azienda e dunque configurare lo stesso negozio traslativo come fattispecie abusiva del diritto.¹⁶²

Infatti, a fronte di tale norma la disciplina dell'abuso del diritto non viene più soltanto ricollegata alle singole operazioni definite nell'art. 37-*bis* del D.P.R nr.600/73, ma assume una valenza generalizzata estendendo la sua applicazione a tutti i tributi, anche a quelli indiretti, e quindi, anche alle imposte di registro.

Con l'introduzione dell'art. 10-*bis* della Legge nr. 212/2000 che abbraccia l'intera materia tributaria viene meno la natura antielusiva dell'art. 20 del Tur e il potere dell'Amministrazione Finanziaria di configurare un conferimento neutrale seguito dall'alienazione delle partecipazioni come operazione elusiva viene limitato ai soli casi in cui venga attuato in difformità di garanzie sostanziali e procedurali previste dall'ordinamento tributario, ossia qualora venga strumentalizzata tale forma giuridica al fine comunque di cedere l'intera azienda realizzando un risparmio indebito patologico d'imposta.¹⁶³

¹⁶² Cit. Sentenza della Ctr di Milano del 21/12/2012, “*non si è in presenza di elusione d'imposta, così come sostenuto dall'ufficio, in quanto la parte ricorrente non ha aggirato norme fiscali, pertanto le complessive imposte da versare devono essere la diretta conseguenza della lettura dell'atto stesso*”.

¹⁶³ Cit. Consiglio Nazionale del Notariato, Studio nr. 151-2015/T, “*L'abuso del diritto o elusione in materia tributaria: prime note nella prospettiva della funzione notarile*”.

L'art. 20 del Tur risulta essere dunque una norma di mera interpretazione di atti giuridici, prescindendo da un'analisi abusiva delle operazioni svolte dalle parti.

Infatti, l'imposta di registro viene applicata *“secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente”*.¹⁶⁴

Pertanto, *“all'Amministrazione Finanziaria è consentito riqualificare come cessione d'azienda la cessione totalitaria di quote di una società, senza essere tenuta a provare l'intento elusivo delle parti, attesa l'identità della funzione economica dei due contratti, consistente nel trasferimento del potere di godimento e disposizione dell'azienda da un gruppo di soggetti a un altro gruppo o individuo”*.¹⁶⁵

In tale contesto, l'analisi dell'Amministrazione Finanziaria prescinde dalla mera forma giuridica utilizzata per alienare l'azienda, il cui trasferimento può avvenire anche in via indiretta, e la stessa tassa gli atti in ragione dell'effetto economico al quale gli stessi concretamente danno luogo, ossia verifica se il fine delle parti sia sotteso da valide ragioni economiche e non realizzi un abuso del diritto.

¹⁶⁴ Cit. Sentenza della Corte di Cassazione del 12/05/2017, nr. 11873, *“l'art. 20 del D.P.R. nr. 131/1986 nel disporre che l'imposta è applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati a registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, fissa un chiaro criterio il quale comporta che, nell'imposizione del negozio, deve attribuirsi rilievo preminente alla sua causa reale ed alla effettiva regolamentazione degli interessi perseguiti dai contraenti. L'esaminata disposizione non richiede l'intento elusivo, che può esserci ma non deve necessariamente esserci, sicché il tema di indagine non consiste nell'accertare cosa le parti abbiano scritto, ma cosa le stesse hanno effettivamente realizzato con il regolamento negoziale, e tanto non discende dal contenuto delle peculiari dichiarazioni delle parti medesime”*.

¹⁶⁵ Cit. Sentenza della Corte di Cassazione del 29/04/2016, nr. 8542, *“Avuto riguardo, in particolare, ad una fattispecie, quale quella in esame, di cessione d'azienda, questa Corte ha precisato che il D.P.R. nr. 131 del 1986, art. 20 attribuisce preminente rilievo all'intrinseca natura ed agli effetti giuridici dell'atto, rispetto al suo titolo e alla sua forma apparente, sicché l'Amministrazione Finanziaria può riqualificare come cessione d'azienda la cessione totalitaria delle quote di una società, senza essere tenuta a provare l'intento elusivo delle parti, attesa l'identità della funzione economica dei due contratti, consistente nel trasferimento del potere di godimento e disposizione dell'azienda da un gruppo di soggetti ad un altro gruppo o individuo”*.

L'art. 20 del D.P.R. nr. 131/1986, nella qualificazione di un negozio giuridico, in primo luogo attribuisce *“rilievo preminente alla causa reale e alla concreta regolamentazione degli interessi effettivamente perseguita dai contraenti e consente al giudice di merito di accertare l'intenzione effettiva dei contraenti come risultato finale dell'operazione complessivamente considerata attraverso l'esame congiunto di singoli atti, stipulati contestualmente o non contestualmente”*.¹⁶⁶

Diversamente, una parte della giurisprudenza persegue l'orientamento tale per cui una cartolarizzazione d'azienda non possa essere assimilata ad un trasferimento diretto della stessa, data la differente natura giuridica dei due negozi traslativi, e determina l'imposta di registro sulla base soltanto della sostanza giuridica degli atti, prescindendo dagli interessi economici delle parti.¹⁶⁷

La Corte di Cassazione precisa che all'Amministrazione Finanziaria non è consentito strumentalizzare la forma giuridica nella quale risulta ascrivibile il negozio traslativo al fine di costituire una fattispecie imponibile (la cartolarizzazione d'azienda), diversa da quella voluta (*l'asset deal*) comportante differenti effetti giuridici al fine di beneficiare di un risparmio d'imposta, ossia usufruire del regime fiscale parziale di inclusione dei plusvalori emergenti previsto dalla disciplina della *Participation Exemption*.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Cit. Sentenza della Corte di Cassazione del 11/05/2016, nr. 9578.

¹⁶⁷ Cit. Ctr Toscana del 08/11/2016, nr. 1850, sulla base della quale *“il potere di riqualificazione consentito dall'art. 20 citato doveva intendersi come limitato all'individuazione della sostanza giuridica dell'atto sottoposto a registrazione e non consentiva la riqualificazione unitaria degli effetti economici di una serie concatenata di atti, poiché l'imposta di registro si applica atto per atto, senza che possano assumere rilievo elementi estranei e, tanto meno, la volontà delle parti”*.

¹⁶⁸ Cit. Corte di Cassazione del 27/01/2017, nr. 2054, *“Non è tuttavia necessario ripercorre le strade del dibattito sulla portata quale norma antielusiva generale dell'art. 20 del Tur, per risolvere il caso in specie. Nessuna elusione sembra, infatti, caratterizzare quest'ultimo che appare piuttosto come un'ipotesi di legittima scelta di un tipo negoziale rispetto ad un altro. Pertanto, se è indubitabile che l'Amministrazione Finanziaria in forza di tale disposizione non è tenuta ad accogliere acriticamente la qualificazione prospettata dalle parti ovvero quella forma apparente al quale lo stesso art. 20 fa riferimento, è indubbio che in tale attività riqualificatoria essa non può travalicare lo schema negoziale tipico nel quale l'atto risulta inquadrabile, pena l'artificiosa costruzione di una fattispecie imponibile diversa da quella voluta e comportare differenti effetti giuridici”*.

Nonostante le parti, a fronte dei due negozi traslativi, raggiungano lo stesso obiettivo economico che nel caso in specie risulta essere la monetizzazione del complesso di beni, è necessario specificare che gli stessi non possono essere assimilati tra loro, dato che appartengono a differenti schemi giuridici previsti dall'ordinamento.¹⁶⁹

L'art. 20 del D.P.R nr. 131/1986, dunque non è una disposizione diretta al recupero di imposte eluse, ossia di quel minor esborso ottenuto dal contribuente dal preferire una circolazione indiretta in luogo della cessione diretta dell'azienda, data la determinazione dell'imposta di registro in misura fissa rispetto a quella dovuta proporzionalmente.

Il fenomeno abusivo del diritto si realizza soltanto se viene verificata l'assenza di una causa economica dell'operazione, ossia di valide ragioni economiche sottostanti all'atto traslativo che invece non è necessaria per l'applicazione di tale norma.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Cit. Sentenza Corte di Cassazione nr. 2054/2017, *“In altre parole l'Amministrazione Finanziaria non deve ricercare un presunto effetto economico dell'atto tanto più se e quando – come nel caso in specie - lo stesso è il medesimo per due negozi tipici diversi per gli effetti giuridici che si vogliono realizzare. Infatti, ancorché da un punto di vista economico si possa ipotizzare che la situazione di chi ceda l'azienda sia la medesima di chi cede l'intera partecipazione, posto che in entrambi i casi si monetizza il complesso di beni aziendali, si deve riconoscere che dal punto di vista giuridico le situazioni sono assolutamente diverse”*.

¹⁷⁰ Cit. Sentenza della Corte di Cassazione del 10/02/2017, nr. 3562, *“invece, la giurisprudenza della Corte è pacifica nel ritenere che l'art. 20 DPR 131/86 non è disposizione predisposta al recupero di imposte eluse perché l'istituto dell'abuso del diritto, ora disciplinato dall'art. 10-bis della Legge 27/07/2000, nr. 212, presuppone una mancanza di causa economica che non è invece prevista per l'applicazione dell'art. 20. Norma che semplicemente impone, ai fini della determinazione dell'imposta di registro, di qualificare l'atto o il collegamento negoziale in ragione del loro intrinseco”*.

La portata antielusiva della norma risulta essere limitata soltanto a quelle condotte svolte dal contribuente che si concludono in un mancato pagamento dell'imposta dovuta mediante errata interpretazione degli atti e a fronte di una violazione diretta degli schemi giuridici previsti dall'ordinamento, ossia realizzando un comportamento concludente un'evasione fiscale.¹⁷¹

In ultima analisi, la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, prescindendo dalla valutazione della natura antielusiva o meno dell'art. 20 nella determinazione dell'imposta di registro dovuta, giunge a riqualificare un conferimento di beni in una società e la cessione di quote della stessa sulla base degli effetti oggettivamente raggiunti dalle parti, ossia che il collegamento negoziale degli atti risulterebbe idoneo a realizzare comunque una vendita, o un "*trasferimento di cose dietro corrispettivo del pagamento di un prezzo*".¹⁷²

Tale orientamento giurisprudenziale, che determina l'imposta di registro sulla base della "*causa reale*" e "*degli effetti oggettivamente raggiunti*" dall'operazione svolta, si pone in contrasto con l'interpretazione letterale dell'art. 20 del Tur, nel quale non si trova nessun riferimento agli effetti economici finali raggiunti, ad un collegamento negoziale degli atti o di elementi estranei al negozio avvenuti precedentemente o successivamente alla registrazione dell'atto stesso, lasciando spazio all'Amministrazione Finanziaria di poter assimilare una cartolarizzazione d'azienda alla vendita della stessa, con l'ulteriore possibilità di costituire artificiosamente una diversa capacità contributiva sulla base di una presunta sostanza economica sottesa al negozio traslativo.

¹⁷¹ Cit. Consiglio Nazionale del Notariato, nello Studio nr. 151/2015, "*a seguito dell'introduzione dell'art. 10-bis, l'art. 20 ben potrà continuare a fondare avvisi, ma solo per pretese che attengano a un'errata interpretazione dell'atto o della disposizione negoziale per difformità rispetto al titolo o alla forma evidenziata nell'unico contesto documentale e, dunque, in una condotta che si risolve essenzialmente in una fattispecie orientata al mancato pagamento dell'imposta dovuta (perciò stesso incompatibile con la prospettiva dell'abuso o dell'elusione). Ogni altra eventuale eccezione che consideri un'operazione abusiva o elusiva in ragione della strumentalità delle forme giuridiche o dei titoli cui i contribuenti abbiano fatto ricorso dovrà essere oggetto di contestazione ai sensi dell'art.10-bis e secondo le prescritte procedure di garanzia (che rendono necessaria una valutazione in concreto dell'operazione nel suo complesso), pena l'invalidità degli atti adottati dall'amministrazione finanziaria in maniera difforme*".

¹⁷² Cit. Sentenza della Corte di Cassazione del 11/05/2016 nr. 9582, la determinazione dell'imposta di registro è calcolata "*in ragione degli effetti oggettivamente raggiunti dal negozio o dal collegamento negoziale, come per esempio può avvenire con il conferimento di beni in una società e la cessione di quote della stessa che se collegati potrebbero senz'altro essere idonei a realizzare oggettivamente gli effetti della vendita e cioè il trasferimento di cose dietro corrispettivo del pagamento del prezzo*"

Per dirimere tali questioni interpretative, sulla natura sia antielusiva sia applicativa dell'art. 20 del D.P.R. nr. 131/86, il Legislatore è intervenuto modificando tale impianto normativo mediante l'art. 1, comma 87, della Legge di Bilancio del 2018.¹⁷³

Esso specifica che *“l'imposta di registro è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici dell'atto presentato alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi”*.¹⁷⁴

Secondo tale interpretazione letterale della norma, si discerne che *“non rilevano per la corretta tassazione dell'atto gli interessi oggettivamente e concretamente perseguiti dalle parti qualora gli stessi conducano ad un'assimilazione di fattispecie contrattuali giuridicamente distinte”*.

L'Amministrazione Finanziaria, ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, è tenuta a considerare il contenuto del singolo atto presentato alla registrazione, prescindendo da elementi esterni al medesimo, al collegamento negoziale dei singoli atti e dalla volontà delle parti.

¹⁷³ Cit. Relazione illustrativa alla Legge di Bilancio del 2018, *“Tali incertezze interpretative sono rese evidenti anche dall'esame delle pronunce della giurisprudenza di legittimità che, in alcune sentenze, ha riconosciuto una valenza antielusiva dell'art. 20 del Tur, mentre in altri contesti, soprattutto in quelli più recenti, ha ritenuto di dover procedere alla riqualificazione delle operazioni poste in essere dai contribuenti, attraverso il perfezionamento di un atto o di una serie di atti, facendo ricorso ai principi sanciti dall'art. 20 del Tur; secondo tale tesi interpretativa, la riqualificazione può essere operata, dunque, senza dover valutare il carattere abusivo dell'operazione posta in essere dai contribuenti”*.

¹⁷⁴ L'art.1, comma 87, della Legge di Bilancio del 27/12/2017, nr. 205 precisa che *“al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26/04/1986, nr. 131, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'art. 20, comma 1: 1) le parole <<degli atti presentati>> sono sostituite dalle seguenti <<dell'atto presentato>>; 2) dopo la parola <<apparente>>sono aggiunte le seguenti << sulla base degli elementi desumibili dall'atto medesimo, prescindendo da quelli extratestuali e dagli atti ad esso collegati, salvo quanto disposto dagli articoli successivi>>”*.

Qualora venga rispettata tale impostazione legislativa, non viene concessa facoltà alla stessa Amministrazione di riqualificare un'operazione di conferimento neutrale seguito dall'alienazione delle partecipazioni come una circolazione diretta del complesso unitario di beni, poiché la stessa è tenuta a considerare soltanto “*gli effetti giuridici del singolo atto volta per volta presentato alla registrazione*”, ossia valutare separatamente il conferimento ed il trasferimento delle partecipazioni, e non considerare tali fattispecie giuridiche collegabili tra loro e riconducibili all'alienazione della stessa azienda.¹⁷⁵

La nuova riformulazione dell'art. 20 del Tur, il quale considera al fine della determinazione dell'imposta di registro soltanto gli elementi giuridici riferibili esclusivamente all'atto a fronte del quale le parti concludono il negozio traslativo, prescindendo dall'analisi delle volontà del cedente e del cessionario, ossia della “*causa reale e dell'effettiva regolamentazione degli interessi realmente perseguita dai contraenti*”, determina che le operazioni di *share deal* non risultano più assimilabili ad un trasferimento diretto dell'azienda.

Ciò nondimeno gli effetti complessivi di determinate operazioni potranno essere valutate nel loro insieme soltanto in presenza di un vantaggio fiscale indebito conseguibile come effetto finale e preminente dell'operazione, che configura la fattispecie abusiva del diritto disciplinata dall'art. 10-bis della Legge nr. 212/2000.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Cit. Relazione illustrativa alla Legge di Bilancio nr. 205/2017, “*La norma introdotta è volta dunque a definire la portata della previsione di cui all'art. 20 del Tur, al fine di stabilire che detta disposizione deve essere applicata per individuare la tassazione da riservare al singolo atto presentato per la registrazione, prescindendo da elementi interpretativi esterni all'atto stesso (ad esempio, i comportamenti attuati dalle parti), nonché dalle disposizioni contenute in altri negozi giuridici collegati con quello da registrare*”.

¹⁷⁶ Cit. Relazione illustrativa alla Legge di Bilancio nr. 205/2017, “*E' evidente che ove si configuri un vantaggio fiscale che non può essere rilevato mediante l'attività interpretativa di cui all'art. 20 del Tur, tale vantaggio potrà essere valutato sulla base della sussistenza dei presupposti costitutivi dell'abuso del diritto di cui all'art. 10-bis della Legge nr. 212/2000. In tale sede andrà quindi valutata, anche in materia di imposta di registro, la complessiva operazione posta in essere dal contribuente, considerando, dunque, anche gli elementi estranei al singolo atto prodotto per la registrazione, quali i fatti, gli atti e i contratti ad esso collegati. Con le modalità previste dall'art. 10-bis della Legge 27/07/2000, nr. 212, potrà essere, quindi, ad esempio contestato l'abusivo ricorso ad una pluralità di contratti di trasferimento di singoli assets al fine di realizzare una cessione d'azienda*”.

All'Amministrazione Finanziaria è data, pertanto, facoltà di confutare il ricorso a una pluralità di contratti di trasferimento di singoli assets (le partecipazioni) a fronte dei quali, l'obiettivo finale delle parti risulta comunque alienare l'azienda, beneficiando di un indebito risparmio d'imposta.¹⁷⁷

Infatti, secondo tale impostazione giurisprudenziale, *“l'applicazione dell'imposta di registro può travalicare gli effetti giuridici dei singoli atti negoziali solo in presenza di elementi costitutivi della condotta abusiva e nel rispetto delle garanzie procedurali previste dall'art. 10-bis”*.¹⁷⁸

In ultima analisi, l'art. 20 del Tur, in seguito alle modifiche apportate dalla Legge nr. 205/2017, non viene utilizzato per dirimere questioni di legittima pianificazione fiscale o nei termini di una valutazione delle operazioni elusive, ma la sua unica finalità risulta essere quella di una mera interpretazione degli atti giuridici, prescindendo dalla sostanza economica della fattispecie traslativa.

Con tali considerazioni, risultano illegittimi gli accertamenti posti in essere dagli uffici amministrativi, che fondano la propria indagine sulla rilevazione dei motivi o degli interessi economici di un'operazione di trasferimento degli *assets* costituita da una serie di atti collegati tra loro, a meno che da tale indagine ispettiva non risultino i presupposti dell'abuso del diritto.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Il comma 87 dell'art. 1 della Legge di Bilancio 2018, modifica anche l'art. 53-*bis* del Tuir, il quale ora recita che *“fermo restando quanto previsto dall'art. 10-bis della Legge 27/07/2000, nr. 212, le attribuzioni e i poteri di cui agli articoli 31 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 29/09/1973, nr. 600 e successive modificazioni, possono essere esercitati anche ai fini dell'imposta di registro, nonché delle imposte ipotecaria e catastale previste dal testo unico di cui al decreto legislativo 31/10/1997, nr. 347”*.

¹⁷⁸ Cit. Circolare Assonime del 06/02/2018, nr. 3.

¹⁷⁹ Cit. Assonime del 06/02/2018, nr. 3, *“a maggior ragione, verrebbe meno la possibilità di contestare la neutralità di operazioni di riorganizzazione finalizzate semplicemente ad un riassetto societario”*.

4.3. L'applicabilità del nuovo articolo 20 del Tur secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente.

La giurisprudenza si è interrogata a lungo per comprendere se tali modifiche apportate all'art. 20 del Tur abbiano valenza innovativa e retroattiva, ossia se la nuova natura della norma possa essere applicabile anche agli atti stipulati e alle operazioni conclusi antecedentemente al 01/01/2018.

In questi termini, la Corte di Cassazione sostiene che la nuova interpretazione del suddetto disposto normativo risulti inapplicabile retroattivamente e che gli atti o i contratti anteriori a tale data vengano riquilibrati sulla base della causa reale dell'operazione, ossia che debba essere valutata la reale volontà delle parti.

Tale interpretazione giurisprudenziale, però, così come è posta, non è in grado di specificare quali siano le motivazioni autentiche a fronte delle quali non si possa utilizzare la nuova riformulazione dell'art. 20, ossia di riquilibrare gli atti soltanto sulla base dei propri elementi giuridici anche per quelle fattispecie giuridiche avvenute in data anteriore all'entrata in vigore del disegno di legge.

La Legge di Bilancio 2018, però, comporta delle modifiche strutturali all'art. 20 del Tur, poiché la riquilibratura degli atti ai fini della loro tassazione non avviene più sulla base di altri elementi extra-testuali, ma soltanto sulla base di quelli desumibili dall'atto medesimo; pertanto tale disposizione viene considerata come *“innovativa del precedente assetto normativo”*, la quale produce effetti soltanto per il futuro.

Diversamente, quella parte della giurisprudenza che protende verso la retroattività del nuovo articolo 20 del Tur, lo considera come una norma di “*interpretazione autentica*”, la quale non modifica l’impianto normativo preesistente, ma si limita a discernere tra quali delle disposizioni già vigenti nell’ordinamento tributario risulti vincolante.¹⁸⁰

Per tali motivi, se la dottrina protende a definire la natura della norma come interpretativa e non innovativa, essa risulta pienamente applicabile anche a tutte quelle situazioni giuridiche pregresse pendenti.

Il giudice di merito può comunque, secondo la propria ragionevolezza, attribuire alla previgente disposizione un contenuto precettivo che sia in linea con i criteri fissati dall’ordinamento e che risenta della volontà del legislatore, manifestatasi nelle modifiche apportate all’art. 20 del Tur e, dunque, applicare il nuovo disposto normativo anche a quelle situazioni giuridiche già definite anteriormente alla modifica avvenuta.¹⁸¹

¹⁸⁰ Cit. C.T.P. di Reggio Emilia, Sentenza del 31/01/2018, nr. 4/2/2018, “*la relazione sottolinea, ripetutamente e con enfasi, che la norma è tesa a sciogliere dubbi interpretativi e nel momento in cui il legislatore sceglie una tra le varie possibili interpretazioni di una norma, la norma che cristallizza la scelta del legislatore non può che qualificarsi come norma di natura interpretativa al di là del fatto che, formalmente, non sia qualificata come tale; per questo non possono essere condivise le conclusioni a cui è giunta la recente giurisprudenza di Cassazione (sent. nr. 2007/2018) che la qualifica, al contrario, come norma innovativa, sulla considerazione che tale elemento (la relazione illustrativa) può, infatti, agevolmente superarsi sulla base del tenore testuale infine adottato dallo stesso art. 1, comma 87, in esame, il quale dichiara espressamente di apportare talune modificazioni all’art. 20 DPR 131/86, palesandosi così quale disposizione prettamente innovativa del precedente assetto normativo. E ciò trova conferma, in accordo con il dato letterale del nuovo disposto, anche in ragione del fatto che tale modificazione ha determinato una rivisitazione strutturale profonda ed antitetica della fattispecie impositiva pregressa: là dove l’art. 20 previgente imponeva la tassazione sulla base di elementi (il dato extra - testuale ed il collegamento negoziale) che vengono oggi espressamente esclusi; fatto salvo il loro recupero come detto, nel diverso ambito della sopravvenuta disciplina dell’abuso del diritto di cui all’art. 10-bis della Legge nr. 212/2000”.*

¹⁸¹ Cit. C.T.P. di Milano, Sentenza del 12/02/2018, nr. 571/15/2018, “*esclusa l’efficacia retroattiva della nuova disposizione, ritiene tuttavia la Commissione che da tale approdo interpretativo non discenda, in via diretta ed automatica, la necessità di attribuire alla norma previgente, proprio in considerazione del processo di modificazione cui è stata sottoposta, un contenuto precettivo opposto a quello di nuova introduzione. Insomma, l’interprete non è obbligato a dare alla norma previgente un significato contrastante con quella di cui alla recente modifica. Anzi, l’irrisolto contrasto che ancora si registra nella giurisprudenza di legittimità autorizza l’interprete a tener conto della novità legislativa e, sulla base di una lettura della nuova norma costituzionalmente orientata in direzione della preminenza del principio di ragionevolezza, ad attribuire alla previgente disposizione un contenuto precettivo che, allo stesso tempo, sia compatibile con gli ordinari criteri ermeneutici, ma anche rispettoso della volontà del legislatore, quale si è manifestata nella recente novella”.*

L'analisi della retroattività dell'art. 20 del Tur è strettamente collegata all'interpretazione che ne viene data dal legislatore nella formulazione precedente alla Legge di Bilancio 2018, ossia che nella determinazione dell'imposta di registro vada ricercata la causa reale e gli interessi reali dei contraenti.

Se si considerano tali elementi extra-testuali e i collegamenti negoziali di più atti tra loro al fine di individuare quale sia l'effettivo fatto imponibile finale conseguito dalle parti, ossia che comunque nonostante esse pongano in essere più operazioni correlate tra loro (un conferimento seguito dalla cessione delle partecipazioni) l'obiettivo perseguito sia l'alienazione dell'azienda beneficiando di un risparmio dalla tassazione, le modifiche apportate dalla Legge di Bilancio limitano la possibilità di attrarre alla cessione d'azienda tale diverso negozio traslativo, e dunque si riconosce l'irretroattività del nuovo art. 20 del Tur.

Se, diversamente, l'interpretazione del citato articolo 20 segue l'orientamento previgente della dottrina, il quale prescinde dal collegamento funzionale degli atti, poiché considera soltanto gli elementi giuridici rilevabili intrinsecamente all'operazione stessa, le modifiche apportate dalla Legge di Bilancio confermano quanto già affermato anteriormente alla stessa legge, ossia il carattere interpretativo e la portata retroattiva della norma in questione.

La questione sulla retroattività della norma viene sanata dalla giurisprudenza a fronte dell'art.1, comma 1084, della Legge di Bilancio 2019, che definitivamente sancisce la portata interpretativa dell'art. 20 del Tur e la sua applicabilità anche retroattivamente ai fatti o ai negozi pendenti e ancora in corso alla data del 01/01/2018.¹⁸²

¹⁸² L'art. 1, comma 1084, della Legge nr. 145/2018, (Legge di Bilancio 2019), afferma che "*l'art. 1, comma 87 lett. a) della Legge 27 Dicembre 2017, nr. 205, costituisce interpretazione autentica dell'art. 20 comma 1 del Tur*".

Il nuovo approccio paventato dalla dottrina, ossia di determinare l'imposta di registro soltanto sulla base degli elementi giuridici riferibili al singolo atto, prescindendo dalla volontà delle parti, da un lato, e l'utilizzo dell'art. 20 del Tur secondo la sua nuova portata normativa anche in via retroattiva rispetto all'entrata in vigore della sua modifica, dall'altro lato è oggetto di contestazione da parte della Suprema Corte.

Essa, infatti, rimette alla Consulta un giudizio di legittimità costituzionale, rivendicando il fatto che la nuova natura dell'art. 20 del Tur violi i principi costituzionali di “*capacità contributiva*” e di “*uguaglianza*”, previsti all'art. 53 e all'art. 3 della Costituzione.

Infatti, “*nella disciplina dell'imposta di registro, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma rappresenta un principio imprescindibile e storicamente radicato*” nell'ordinamento tributario, tale per cui il limitare la determinazione di tale imposta indiretta ai soli elementi giuridici riferibili all'operazione svolta risponderebbe alla *ratio* di preferire la forma giuridica rispetto all'effetto economico sotteso al negozio traslativo, contrastando tale principio di legge.

Secondo i giudici di legittimità, tenuto conto che l'imposta di registro rientra nel novero delle imposte d'atto, è opportuno, al fine di far emergere la corretta capacità contributiva espressa dall'operazione, considerare non soltanto il singolo atto sottoposto a registrazione ma anche eventuali negozi collegati tra loro, i quali sottendano al raggiungimento dell'obiettivo economico voluto e rappresentativo della situazione giuridica conclusa dalle parti.¹⁸³

¹⁸³ Cit. Ordinanza della Corte di Cassazione Civile del 23/09/2019, nr. 23549, “*la natura dell'imposta d'atto propria dell'imposta di registro non osta alla valorizzazione complessiva di elementi interpretativi esterni e di collegamento negoziale, dal momento che l'atto presentato alla registrazione non si identifica con il sostrato materiale o cartaceo che lo contiene e veicola, bensì con l'insieme delle previsioni negoziali preordinate, anche mediante collegamento o convergenza finalistica, al perseguimento di una programmata regolazione unitaria degli effetti giuridici derivanti dai vari negozi collegati. Il recupero di elementi negoziali esterni e collegati all'atto presentato alla registrazione risponde all'esigenza di evidenziare, appunto in attuazione della regola per cui la sostanza vince sulla forma, la causa reale di tale atto, assunta quale criterio ispiratore di un'attività (quella di volontà all'emersione della materia imponibile) che, per sua natura, non può essere lasciata alla discrezionalità delle parti contribuenti né a quello che le parti abbiano dichiarato*”.

Tale processo di riqualificazione di un'operazione di *share deal* è reso possibile quindi dalla ricerca della “*causa concreta*” del contratto concluso e “*del collegamento negoziale*”, poiché secondo una prevalenza del principio di sostanza economica sulla forma giuridica, indipendentemente dalla differente natura degli atti svolti (conferimento neutrale e alienazione delle partecipazioni) le parti giungono ad un fine ulteriore rispetto a quello regolato dai singoli negozi traslativi, ossia riescono ad alienare l'azienda.¹⁸⁴

La circostanza che la qualificazione dell'atto debba avvenire sempre e solo secondo gli effetti giuridici del medesimo, come definito dall'art. 20 del Tur, in seguito alla Legge di Bilancio 2018, non preclude che si possa dare rilevanza anche allo scopo finale raggiunto dalle parti a fronte della combinazione e del coordinamento degli effetti giuridici dei singoli atti, al fine di pervenire alla reale causa economica sottesa all'operazione straordinaria perseguita.

La determinazione dell'imposta di registro secondo l'impostazione data dal legislatore della Legge di Bilancio 2018, la quale preclude il riferimento al collegamento negoziale degli atti, violerebbe il “*principio di capacità contributiva*”.

Infatti, la suddetta imposta colpisce una forza economica, e dunque proprio al fine di far emergere l'effettiva ricchezza imponibile, è necessario non soffermarsi soltanto sul “*nomen*” attribuito al contratto dalle parti, ossia allo schema giuridico al quale è ascrivibile l'operazione, ma ricercare il reale contenuto sotteso e la natura sottostante l'atto.

¹⁸⁴ Cit. Ordinanza della Corte di Costituzione del 23/09/2019, nr. 23549, “*la causa concreta del contratto e il collegamento negoziale, definibile nella risultante di un elemento oggettivo di connessione e di un elemento soggettivo di perseguimento di un fine ulteriore rispetto a quello raggiungibile dai singoli negozi isolatamente considerati, danno vita ad un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato non attraverso un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, cosicché le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro. Ciò vuol dire che, pur conservando una loro causa autonoma, i diversi contratti legati dal loro collegamento funzionale sono finalizzati ad un unico regolamento dei reciproci interessi*”.

L'esenzione del collegamento negoziale dall'opera di qualificazione giuridica dell'atto secondo l'impostazione descritta dal nuovo articolo 20 del Tur produce l'effetto pratico di *“sottrarre ad imposizione una tipica manifestazione di capacità contributiva”*.

A tale contrasto del principio di capacità contributiva deriverebbero ripercussioni anche al principio d'uguaglianza, il quale recita che *“a pari manifestazioni di ricchezza non possono corrispondere imposizioni di diversa entità”*, ossia che non si possano tassare diversamente i soggetti che alienano l'azienda soltanto perché tale circolazione del complesso unitario di beni viene raggiunta a fronte di diversi atti negoziali.¹⁸⁵

Per tali motivi, l'interpretazione letterale del nuovo articolo 20 del Tur, - la quale al fine della determinazione dell'imposta di registro fa esclusivo riferimento agli elementi giuridici dell'atto al quale viene sottesa l'operazione, che comporta l'impossibilità di configurare uno *share deal* come un trasferimento diretto dell'azienda, - secondo l'ordinanza della Corte di Cassazione nr. 23549/2019 violerebbe i principi agli articoli 3 e 53 della Costituzione e pertanto viene rimesso alla Corte costituzionale un giudizio di legittimità sulla portata applicativa del suddetto articolo 20.

Di conseguenza, fintanto che la Consulta non si pronuncerà con una sentenza definitiva sul fatto che l'imposta di registro così determinata risulti in contrasto con i principi di capacità contributiva e di uguaglianza, la dottrina seguirà quanto previsto dal comma 87 dell'art. 1 della Legge nr.205/2017, che non riqualifica le operazioni di circolazione indiretta svolte a fronte di un conferimento neutrale seguito dall'alienazione di partecipazioni come realizzative comunque di un interesse finale delle parti a trasferire l'azienda beneficiando di un regime più favorevole dalla tassazione.

¹⁸⁵ Cit. Ordinanza della Corte di Cassazione nr. 23549/19, *“le manifestazioni di forza economica non sembrano razionalmente differenziabili a seconda che le parti abbiano stabilito di realizzare il proprio assetto di interessi con un solo atto negoziale piuttosto che più atti negoziali”*.

4.4. Il conferimento neutrale seguito dalla cessione di partecipazioni come valida alternativa all'alienazione dell'azienda.

La circolazione indiretta dell'azienda risulta essere, in seguito a un conferimento della stessa seguito dall'alienazione delle partecipazioni societarie, un'operazione consentita dall'ordinamento tributario e una libera scelta dei contraenti, la quale, dato il diverso schema negoziale sotteso al negozio traslativo non è in nessun caso assimilabile al trasferimento diretto del complesso di beni e non configura come fattispecie elusiva d'imposta.

Rispetto alla cessione diretta dell'azienda, la quale è realizzativa di plusvalenze tassabili, tale per cui l'utilizzo del regime impositivo ordinario permette un incremento dei valori fiscali dei beni ceduti sia per il cedente che per il cessionario, attuare un conferimento nella continuità dei valori permette che i componenti positivi di reddito rimangano in uno stato di latenza presso il conferitario e emergano soltanto nel momento successivo della vendita delle quote a terzi, cosicché permangano inalterate le pretese del Fisco fino al trasferimento delle partecipazioni.

Nonostante le due operazioni straordinarie siano sottese entrambe alla monetizzazione economica del complesso unitario di beni, presentano due regimi impositivi differenti.

Anche sul piano civilistico, è opportuno ricordare che il titolare delle partecipazioni acquisite in cambio dell'azienda conferita non risulta essere l'effettivo proprietario della stessa, poiché detenere una quota non permette l'esercizio di alcuni diritti legati alla proprietà (come la facoltà di affittare la stessa a terzi o di ipotecarla o disporne nei limiti consentiti dalla legge), ma soprattutto lo schema giuridico sotteso all'operazione non consente alle parti di escludere le posizioni debitorie e creditorie pregresse all'acquisizione delle quote che invece risulta essere ammesso nella circolazione diretta dell'azienda.

Il risparmio d'imposta rilevabile in sede di conferimento seguito dall'alienazione delle partecipazioni, che presentano i tratti della disciplina della *Participation Exemption*, non risulta essere di carattere indebito né per quanto riguarda l'imposizione diretta, data la previsione del comma 3 dell'art. 176 del Tuir, né per quanto concerne quella indiretta, con riferimento al nuovo articolo 20 del Tur per la determinazione dell'imposta di registro.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Art. 176, comma 3, del Tuir; Art. 20 del Tur.

I diversi schemi giuridici applicabili alle due operazioni di circolazione del complesso aziendale comportano l'impossibilità dell'Amministrazione Finanziaria di poter assimilare uno *share deal* alla vendita dell'azienda, nonostante esso sia costituito da atti correlati tra loro che sottendono comunque l'intento finale di trasferire l'azienda stessa, poiché tale negozio traslativo comporta la redazione di diversi atti giuridici solenni che scontano una tassazione non omogenea.¹⁸⁷

Dato che il legislatore concede libero arbitrio alle parti in merito a quale fattispecie straordinaria concludere tra la circolazione diretta dell'azienda ed il conferimento della stessa seguito dalla successiva cessione delle partecipazioni, non è ammesso all'Amministrazione Finanziaria, sulla base di una "*prevalenza della sostanza economica sulla forma giuridica*", imporre il regime impositivo che produce più gettito per l'erario e dunque protendere sempre verso una circolazione diretta dell'azienda, anche se non viene effettivamente a realizzarsi.

Infatti, la forma giuridica utilizzata, ossia lo schema negoziale prescelto, risulta essere preminente rispetto agli effetti economici o alla volontà delle parti realizzate a fronte di tale situazione traslativa.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Cit. Sentenza della Corte di Cassazione del 27/01/2017, nr. 2054, "*E' indubbio che l'attività riqualificatoria dell'Amministrazione Finanziaria non può travalicare lo schema negoziale tipico nel quale l'atto risulta inquadrabile, pena l'artificiosa costruzione di una fattispecie imponente diversa da quella voluta e comportante differenti effetti giuridici. Infatti, ancorché da un punto di vista economico si possa ipotizzare che la situazione di chi ceda l'azienda sia la medesima di chi ceda la partecipazione, posto che in entrambi i casi si monetizza il complesso di beni aziendali, si deve riconoscere che dal punto di vista giuridico le situazioni sono assolutamente diverse*".

¹⁸⁸ Secondo la C.T.P di Milano, 11/11/2018, nr. 338, "*Il conferimento di azienda con successiva cessione delle partecipazioni incappa nella pigrizia dei giudici*", il Fisco è tenuto ad assoggettare ad imposizione "*gli atti solenni riqualificandoli esclusivamente secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici che essi in concreto producono, a prescindere dal nomen assegnato e dalle intenzioni delle parti. L'interpretazione dell'Ufficio deve essere, quindi, condotta esclusivamente sulla base di criteri giuridici, mettendo da parte interpretazioni di matrice economica. In altri termini, se si vuole evocare il superamento della forma in relazione alla sostanza, bisogna comunque riferirsi alla sostanza giuridica, non a quella economica*".

La prevalenza della forma sulla sostanza economica viene rimarcata nel nuovo articolo 20 del Tur nel quale, anche per l'individuazione della corretta imposta di registro, da esigere al contribuente viene fatto esclusivo riferimento all'intrinseca natura e agli effetti giuridici desumibili all'atto stesso, considerando che la stessa imposta viene determinata atto per atto ossia dapprima nel conferimento e poi nella cessione delle partecipazioni in modo fisso in luogo di quella proporzionale richiesta nell'*asset deal*.

Il risparmio fiscale ottenuto a fronte di un diverso percorso negoziale rispetto alla circolazione diretta, pertanto, è perfettamente conforme alla *ratio* del sistema tributario, anche perché sostenere che esso sia indebito significherebbe che l'unica modalità di trasferimento consentita dall'ordinamento sia quella diretta, in contrasto con le previsioni dell'art. 176, comma 3, del Tuir.

In ultima analisi, l'operazione di *share deal* è legittimamente consentita e prevista dall'ordinamento tributario italiano, viene frequentemente attuata dal cedente e dal cessionario in luogo del trasferimento diretto dell'azienda qualora essi siano maggiormente interessati a beneficiare del risparmio dalla tassazione garantito dall'inclusione dei plusvalori emergenti soltanto in via residuale nel reddito complessivo del cedente a fronte della disciplina della *Participation Exemption*, il cui vantaggio fiscale non risulta da solo essere causa di un abuso da parte dei contraenti.

Tale fattispecie giuridica non viene attratta, quindi, alla disciplina elusiva prevista dall'art. 10-*bis* della Legge di Bilancio nr. 202/2000 e non risulta essere assimilabile ad un *asset deal*, e dunque risulta essere una valida alternativa alla cessione diretta del complesso aziendale.

CONCLUSIONI.

Nel presente lavoro di tesi si analizzano i tratti peculiari e differenziali di due modalità alternative della circolazione del complesso unitario di beni, ossia la vendita diretta dell'azienda (*asset deal*) ed il conferimento neutrale seguito dall'alienazione di partecipazioni societarie (*share deal*), al fine di dimostrare che le parti possono liberamente concludere uno o l'altro negozio traslativo indipendentemente dal fatto che raggiungano lo stesso risultato economico a fronte di un differente trattamento impositivo.

La propensione delle parti a preferire la circolazione indiretta dell'azienda rispetto al trasferimento unitario dei beni, a fronte del quale la società cedente ottiene un risparmio dalla tassazione dato dall'inclusione parziale del plusvalore emergente dalla vendita della partecipazione nel reddito complessivo del contraente, se la stessa quota possiede i requisiti richiesti dalla disciplina della *Participation Exemption*, e della minor imposta di registro dovuta in misura proporzionale in luogo di quella fissa richiesta nell'*asset deal*, non risulta essere di natura indebita, ossia non comporta la possibilità di attrarre tale operazione straordinaria al fenomeno dell'abuso del diritto, cui disciplinato ai sensi dell'art. 10-*bis* della Legge nr. 202/2000.

Da tali considerazioni si evince che il trasferimento del complesso unitario di beni può avvenire sia in via diretta che in via indiretta, che le due modalità sono alternative tra loro e presentano sia sul piano civilistico che tributario tratti differenziali tali per cui la giurisprudenza, secondo anche la nuova disciplina attuata con la riforma dell'art. 20 del Tur, sul quale trova fondamento la modalità di tassazione dell'imposta di registro, nonostante tale previsione normativa sia rimessa ancora alla decisione della Corte Costituzionale, non può in nessun modo assimilare uno *share deal* ad un *asset deal* al fine di confutare un indebito risparmio d'imposta dei contraenti.

Infatti, sul piano civilistico, nella cessione unitaria d'azienda le parti possono decidere quali elementi attivi e passivi includere ed escludere dall'atto traslativo, possibilità che non viene invece prevista nella circolazione delle partecipazioni, dove pertanto rimangono inalterate le posizioni debitorie e creditorie della società target nella quale la partecipazione veniva detenuta.

Si osserva, anche, che se nel trasferimento dell'azienda, dal momento della stipula dell'atto traslativo, mediante una scrittura pubblica o privata autenticata da un notaio rogante o da un soggetto abilitato dalla legge, viene meno qualsiasi rapporto tra il cedente ed il cessionario, invece attuare un conferimento comporta che, a fronte della partecipazione acquisita in cambio dell'azienda conferita, le parti rimangano collegate tra loro e entrambe partecipino all'attività aziendale, ossia detengano un diritto che si estingue con la successiva alienazione della quota ai terzi.

Tali differenze tra le due operazioni straordinarie vi sono anche sotto il profilo fiscale, poiché se un *asset deal* comporta che il plusvalore emergente dalla vendita diretta dell'azienda sia interamente imponibile secondo le aliquote ordinarie, previste dall'art. 86 del Tuir, nello *share deal*, dapprima il conferimento viene effettuato in continuità di valori, tale per cui non determina un componente positivo di reddito, che rimane latente fintanto che non viene successivamente alienata la partecipazione, la cui cessione comunque comporta un minor esborso d'imposta.

Il risparmio fiscale rinvenibile in un'operazione di cartolarizzazione d'azienda risulta essere pari all'inclusione parziale del plusvalore emergente per il 5 per cento del suo ammontare per i soggetti passivi previsti nell'art. 73 del Tuir (società di capitali), e del 41,86 per cento per i soggetti passivi previsti nell'art. 5 del Tuir (società di persone), se la partecipazione presenta dei requisiti tali da essere attratta alla disciplina della *Participation Exemption* introdotta dalla Legge Delega nr. 80/2003.

Qualora, le parti attuino uno *share deal* in luogo di un *asset deal*, al solo fine di beneficiare di un risparmio d'imposta garantito dall'ordinamento tributario, tale vantaggio fiscale da solo non risulta essere indebito, poiché l'Amministrazione Finanziaria è tenuta dapprima a considerare se alla base di tale negozio traslativo vi siano sottese delle valide ragioni economiche che risultino essere la causa preminente dell'operazione straordinaria.

La fattispecie abusiva del diritto non risulta verificata, con riferimento al conferimento neutrale seguito dalla cessione di partecipazioni, neanche per quanto concerne l'imposta indiretta di registro, e secondo l'ultimo orientamento dato dalla Legge nr. 205/2017 (di Bilancio 2018) che ha profondamente modificato l'art. 20 del Tur, anche se tale previsione normativa viene confutata dalla Corte di Cassazione e rimessa ad un giudizio di legittimità alla Corte Costituzionale, attuare una circolazione indiretta dell'azienda in luogo del trasferimento diretto del complesso unitario di beni viene espressamente consentita dalla dottrina e lasciata al libero arbitrio delle parti e dunque lo *share deal* non è assimilabile ad un *asset deal*, a fronte della diversa natura giuridica, che ne distingue le due operazioni straordinarie.

BIBLIOGRAFIA.

- Bagarotto E., “La residenza delle società nelle imposte dirette anche alla luce della presunzione di esterovestizione”, *Rivista di diritto tributario*, 2008.
- Beghin M., “L’Ires e le simmetrie fiscali nel quadro dei rapporti partecipativi tratteggiati dalla cd Riforma Fiscale Tremonti”, *Rivista di diritto tributario*, 2007.
- Broglia Giugli A., “Il recente intervento normativo in tema di bilancio: il decreto legislativo nr.127 del 09/04/1991”.
- Beghin M., “Diritto tributario. Principi, istituti e strumenti per la tassazione della ricchezza”, 2011.
- De Rosa L., “Operazioni straordinarie”, gruppo 24 ore, 2018.
- Fantozzi A., “Ancora in tema di realizzazione di plusvalenze”, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1965.
- Fantozzi A., “ Imprenditore e impresa nelle imposte sui redditi e nell’Iva”, 1982.
- Fedele A., “Il regime fiscale delle associazioni”, 1998.
- Fedele A., “Riorganizzazione delle attività produttive e imposizione tributaria”, *Rivista di diritto tributario*, 2000.
- Ferri G., “Società (diritto vigente): società in generale”.
- Ferranti G., “Il periodo minimo di possesso della partecipazione nella Pex”, *Corriere tributario*, 2005.
- Ficari V., “Reddito d’impresa e programma imprenditoriale”, 2004.
- Franceschinis L., “Le recenti modifiche legislative in materia di trasferimento d’azienda”, *Rivista telematica di diritto del lavoro*.
- Franzoni G., “La territorialità nel diritto tributario”, 2004.
- Galgano F., “Le società in genere. Le società di persone e società (diritto privato)”, 2007.
- Gallo F., “Etica e giustizia tributaria nella nuova Riforma tributaria”, *Politica del diritto*, 4, 2003.
- Gallo F., “Schema di decreto legislativo recante la Riforma dell’imposizione sul reddito delle società”, *Rassegna tributaria*, 2003.
- Gimmoni F., “Conferimento d’azienda e successiva cessione di partecipazioni. Per la Cassazione è un’operazione elusiva”, 2013.
- Il Fisco nr. 35/2014, “Profili elusivi/abusivi della circolazione indiretta del complesso aziendale”.

- Il Sole 24 ore, “Cessione d’azienda: asset deal”, numero 12, Dicembre 2017.
- Ingrao G., “La tendenza del sistema dell’irrelevanza fiscale dei componenti reddituali su partecipazioni e la valenza del periodo minimo di detenzione”, Dialoghi tributari, 2012.
- Iori M., “Operazioni straordinarie”, gruppo 24 ore, 2018.
- Leo M., “Le imposte sui redditi nel testo unico”, 1990.
- Lupi R., “Cointeressenza senza apporto o scambi di reddito o di perdite”, Dialoghi Tributari, 2005.
- Lupi R., “Conferimenti d’azienda e fusioni nello schema del decreto delegato”, Rassegna tributaria, 1997.
- Mancin M., “Operazioni straordinarie e business combination, Risvolti fiscali, civilistici, contabili”, 2016.
- Marasà G., “Società (contratto di società), 1991.
- Marino G., “Corporate tax governance”, vol. 19, collana Management, Fisco, impresa, 2006.
- Padovani F., “Commento all’art.87 del Tuir”, 2010.
- Pedrotti F., “Cessione di aziende e di partecipazioni sociali nel reddito d’impresa ai fini Ires”, Giuffrè editore, 2010.
- Russo A., “Operazioni straordinarie”, gruppo 24 ore 2018.
- Russo P., “I soggetti passivi dell’Ires e la determinazione dell’imposta”.
- Santacroce B., “Conferimenti neutrali per tutti”, Il sole 24 ore nr. 36 del 19/11/2017.
- Stevanato D., “Le classificazioni in bilancio nella nuova norma antielusiva: regola astrusa o strumento insufficiente?”, Dialoghi tributari, 2004.
- Tesauro F., “Imposta sul reddito delle società (Ires), 2007.
- Turchi A., “Conferimenti e apporti nel sistema delle imposte sui redditi”, 2008.
- Viotto A., “Il regime tributario delle plusvalenze da partecipazione”, 2013.
- Zizzo G., “Le operazioni straordinarie tra realizzo e neutralità: spunti sistematici”, Rivista di diritto tributario, 2006.

- www.consulentia.it, “Cessione d’azienda e di partecipazioni societarie”.
- www.diritto24ore.ilsole24ore.com, Stanzone Chiara, Rodl & amp. Partner Milano, “Asset deal vs share deal: vantaggi e svantaggi a confronto, con particolare attenzione al vantaggio fiscale”, 21/01/2013.
- www.hubtributario.it, “L’eliminazione dell’imposta sostitutiva sulle operazioni straordinarie prevista dal D.lgs. 358/97: effetti sulle operazioni straordinarie d’impresa tra gruppi multinazionali”, 2004.
- www.ilsole24ore.com, “L’effettiva convenienza è vincolata alla Pex”, 10/12/2012.

FONTI NORMATIVE.

- Art. 1, comma 680 della Legge di Stabilità 2015.
- Art. 1, comma 87, 1000 della Legge nr. 205 del 27/12/2017.
- Art. 1, comma 1084 della Legge nr. 145/2018.
- Art. 3 della Costituzione.
- Art. 4, comma 1 lett. c), e) della Legge del 07/04/2003, nr. 80.
- Art. 4, paragrafi 3 e 24 del Modello delle “Convenzioni Bilaterali OCSE”.
- Art. 7 del D.lgs. nr. 358 del 08/08/1997.
- Art. 7, paragrafo 1 del Modello delle “Convenzioni Bilaterali OCSE”.
- Art. 8 del Decreto-legge nr. 223/2006.
- Art. 10-*bis*, comma 1 della Legge nr. 212/2000.
- Art. 14 del D.lgs. nr. 472/1997.
- Art. 16-12-decies del Decreto-legge nr. 185 del 28/1/2009.
- Art. 17, comma 1, lett. g) del Tuir.
- Art. 31 della Legge nr. 340 del 24/11/2000.
- Art. 36 della Legge nr. 112 del 25/06/2008.
- Art. 37-*bis* del D.P.R. nr. 600/1973.
- Art. 41 della Costituzione.
- Art. 47 della Legge nr. 428 del 29/12/1990.
- Art. 51, comma 4 D.P.R. nr. 131/1986.
- Art. 53 della Costituzione.
- Art. 53-*bis* del Tuir.
- Art. 55, comma 1, lett. a), b), c) del Tuir.
- Art. 73, comma 1 lett. a), b), c), d), comma 3, del Tuir.
- Art. 85, comma 3 del Tuir.
- Art. 86 del Tuir.
- Art. 87, comma 1 lett. a), 2, 3 del Tuir.
- Art. 89, comma 2 del Tuir.
- Art. 109, comma 9 del Tuir.

- Art. 133 della Legge nr. 06/08/2018.
- Art. 162, comma *f-bis* del Tuir.
- Art. 167, comma 4, 5 lett. b) del Tuir.
- Art. 168-*bis* del Tuir.
- Art. 169 del Tuir.
- Art. 175 del Tuir.
- Art. 176, comma 4 del Tuir.
- Art. 2112, comma 5, c.c.
- Art. 2193 c.c.
- Art. 2112, comma 4, c.c.
- Art. 2424- *bis*, comma 1, c.c.
- Art. 2470, comma 2, c.c.
- Art. 2556, comma 1, 2, c.c.
- Art. 2557, comma 1, c.c.
- Art. 2559 c.c.
- Art. 2560, comma 2, c.c.
- Art. 2596 c.c.
- Circolare dell' Agenzia delle Entrate nr. 7/E/2009.
- Circolare dell' Agenzia delle Entrate nr. 7/E/2013.
- Circolare dell' Agenzia delle Entrate nr. 26/E del 16/06/2004.
- Circolare dell' Agenzia delle Entrate nr. 28/E/2006.
- Circolare dell' Agenzia delle Entrate nr. 32/E del 14/06/2010.
- Circolare dell' Agenzia delle Entrate nr. 36/2004.
- Circolare dell' Agenzia delle Entrate nr. 36/E del 04/08/2004.
- Circolare Assonime nr. 3 del 06/02/2018.
- Circolare della Guardia di Finanza nr. 1/2008, vol. II, cap.10.
- Circolare del Il sole 24 ore nr. 38 del 06/07/2015.
- Consiglio Nazionale del Notariato, Studio nr. 151-2015/T.
- CTP di Milano, Sentenza nr. 338 del 11/11/2018.

- CTP di Milano, Sentenza nr. 571/15/2018 del 12/02/2018.
- CTP di Reggio Emilia, Sentenza nr. 4/2/2018 del 31/01/2018.
- CTP di Roma, Sentenza nr. 23334/19/17 del 31/10/2017.
- CTR di Milano, Sentenza del 21/12/2012.
- CTR della Toscana, Sentenza nr. 1850 del 08/11/2016.
- Decreto Legislativo nr. 18 del 02/02/2001.
- Decreto Legislativo nr. 147/2015.
- Decreto Legislativo nr. 344 del 12/12/2003.
- Decreto Legislativo nr. 358/1997, art.1, 4, comma 2, 6, comma 1.
- Decreto Ministeriale del 21/01/2001.
- Direttiva Comunitaria nr. 77/187/CE
- Direttiva Comunitaria nr. 98/50/CE
- Legge nr. 904 del 12/12/1997.
- Legge Delega nr. 80 del 07/04/2003.
- Ministero delle Finanze, R.M. nr. 39525 del 18/09/1996.
- Nota 3 del Sole 24 ore, “Operazioni Straordinarie”, 2018.
- Nota 13 della Commissione per le imposte dirette sulle Operazioni Straordinarie dell’Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma, 2016.
- Ordinanza della Corte di Cassazione Civile nr. 23549 del 23/09/2019.
- Principio Contabile nr. 20.
- Relazione di accompagnamento all’art. 37-*bis* del D.P.R. nr. 600/1973.
- Relazione di accompagnamento al D.lgs. nr. 244/2003.
- Relazione di accompagnamento al progetto di Legge nr. 2144.
- Relazione Finale della Commissione Biasco.
- Relazione illustrativa al D.lgs. nr. 358/1997.
- Relazione illustrativa alla Legge di Bilancio 2018.
- Relazione alla Legge Delega della Riforma Fiscale del 2001.
- Report Finale Action 1 del Progetto BEPS.
- Richiamo al Principio Contabile nr. 16

- Risoluzione dell' Agenzia delle Entrate nr. 32 del 23/03/2001.
- Risoluzione dell' Agenzia delle Entrate nr. 62 del 28/02/2002.
- Risoluzione dell' Agenzia delle Entrate nr. 93 del 17/10/2016.
- Risoluzione dell' Agenzia delle Entrate nr. 101 del 03/11/2016.
- Risoluzione dell' Agenzia delle Entrate nr. 152/E del 15/12/2004.
- Risoluzione dell' Agenzia delle Entrate nr. 227/E del 18/08/2009.
- Risposta nr. 5-01695 all'interrogazione Parlamentare del 29/07/2009.
- Sentenza del Tribunale di Milano del 09/12/2010.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 136/1958.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 439 del 14/01/2015.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile sez. lavoro nr. 1382 del 19/01/2008.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 2054 del 27/12/2017.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 3562 del 10/02/2017.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 4292 del 14/05/1997.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 5124 del 04/03/2015.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 5495 del 12/04/2001.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 8542 del 29/04/2016.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 9578 del 11/05/2016.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 9582 del 11/05/2016.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 9682 del 24/07/2000.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 11873 del 12/05/2017.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 20153 del 03/10/2011.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile, sez. III, nr. 22831 del 10/11/2010.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 23574 del 17/10/2008.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 30055 del 23/12/2008.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 30056 del 23/12/2008.
- Sentenza della Corte di Cassazione Civile nr. 30057 del 23/12/2008.

