

**ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI
RAVENNA**

COMMISSIONE DI STUDIO DI DIRITTO TRIBUTARIO



ABUSO DEL DIRITTO – OPERAZIONI SOCIETARIE E CESSIONI DI BENI

REDATTO DA ALESSIA CAVALIERI

29.01.2021

Dopo aver affrontato, nel contributo precedente, alcuni degli orientamenti giurisprudenziali a favore del contribuente in tema di abuso del diritto nei passaggi generazionali, vale la pena integrare i concetti già esposti, per affrontare una delle questioni più delicate che interessano le operazioni straordinarie ed in particolare la trasformazione societaria.

A tal proposito riportiamo il concetto, già più volte ribadito, di Abuso del diritto di cui all'art. 10 bis – Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale – Legge n. 212/2000 (Statuto del Contribuente)¹, ove il comma 1 cita che *“Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”*.

Secondo quanto previsto dal comma 2 sono considerati vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario.

Con la risposta ad istanza di interpello n. 503 del 28 novembre 2019, l'Agenzia delle Entrate ha espresso il proprio parere in merito ad un'operazione di trasformazione societaria progressiva posta in essere in prossimità della successiva vendita, da parte della società, di un immobile plusvalente. Nella fattispecie in esame si tratta di una società in accomandita semplice costituita da tre soci, due dei quali hanno deciso di uscire dalla compagine societaria in quanto non più disponibili a rimanere illimitatamente responsabili in una società dove non prestano più la propria attività personale. La trasformazione in Srl, secondo l'impostazione del contribuente, garantirebbe sicuramente una maggiore flessibilità anche in termini di ricambio generazionale favorendo la circolazione delle quote in caso di successione².

La società istante è una società di persone proprietaria di una serie di immobili, di cui uno in condizioni di inagibilità e inabilità; avendo delle posizioni debitorie con scadenza a medio lungo termine, i soci ritengono vantaggioso vendere l'immobile inagibile al fine di realizzare risorse liquide

¹ Come noto, sulla base della Raccomandazione della Commissione Europea del 6 dicembre 2012, in cui gli Stati Membri venivano invitati ad inserire nel proprio ordinamento giuridico una norma in grado di contrastare le operazioni di pianificazione fiscale che non hanno adeguate finalità economiche, il D.LGS n. 128 del 5 agosto 2015, al fine di dare maggiore certezza al sistema tributario, ha introdotto l'art. 10 bis – Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale – nella Legge n. 212/2000 (Statuto del Contribuente), fornendo una definizione dell'abuso del diritto unificandola con l'elusione fiscale.

² Nel caso di Srl, infatti, in caso di decesso di un socio, non è consentita ai soci superstiti la possibilità di evitare il trasferimento agli eredi delle partecipazioni sociali del socio defunto, né possono pretendere la liquidazione in denaro della partecipazione. Sarebbe inoltre favorita la possibilità di ingresso di nuovi soci, salvo clausola gradimento, e la possibilità poi di cedere anche solo la nuda proprietà.

utili ad estinguere le posizioni debitorie aperte. La vendita di tale immobile realizzerebbe evidentemente una plusvalenza tassabile.

Secondo lo scenario prospettato la cessione avverrebbe a seguito della trasformazione in società di capitali, comportando una tassazione della plusvalenza con aliquota IRES del 24% in capo alla società e non dell'aliquota IRPEF a scaglioni in capo ai soci.

In prima analisi è vero che la tassazione IRES appare più mite di quella IRPEF in capo ai soci, ma è altrettanto vero che non si deve trascurare l'ulteriore prelievo pari al 26% sui dividendi che avverrà nel momento in cui i soci si distribuiranno gli utili.

Si intuisce quindi chiaramente che i due trattamenti impositivi risultano equivalenti, impattando sui soci nella medesima entità.

Quello che potrebbe in effetti realizzarsi è un differimento temporale della tassazione, in quanto la tassazione per trasparenza delle società di persone anticipa l'esborso finanziario dei soci.

Ma proprio l'esigenza di non distribuire le somme ai soci per poterle investire in altre iniziative svolte dalla S.r.l. potrebbe essere una valida giustificazione della scelta adottata. Sarebbe infatti illogico ritenere quale unica strada possibile quella che si verifica in assenza di trasformazione, e cioè tassare i soci ai fini IRPEF su somme che sono destinate a essere reinvestite in una nuova società; la trasformazione in S.r.l. permette di avere già pronto questo veicolo societario, dotandolo anche di maggiori risorse grazie alle imposte non anticipate subito ma rinviate al momento della distribuzione dei dividendi.

Qualora la società, come nel caso in specie, abbia altresì delle posizioni debitorie da estinguere nel medio-lungo periodo, è abbastanza intuibile come una minor pressione in capo ai soci, che non si troverebbero a dover ricorrere a ingenti prelievi di utili al fine di onorare il pagamento delle imposte, possa rendere possibile il mantenimento di risorse liquide utili a rimborsare i debiti in scadenza.

Di tale avviso è quindi anche l'agenzia delle Entrate che nella citata risposta precisa che non costituisce condotta abusiva la cessione di un immobile a seguito di trasformazione omogenea progressiva (soc. persone – soc. capitali), in quanto la base imponibile su cui calcolare le imposte sul reddito sarebbe la medesima.

Ricordiamo che l'Amministrazione Finanziaria ha da sempre valutato un'operazione abusiva sulla base del verificarsi congiunto di tre presupposti:

- La realizzazione di un vantaggio fiscale "indebito";
- L'assenza di sostanza economica delle operazioni effettuate;
- Il vantaggio fiscale indebito costituisce il fine ultimo dell'operazione posta in essere.

Nel caso in esame, con riferimento al primo presupposto, l'Amministrazione finanziaria sottolinea che non vi è alcun vantaggio indebito essendo, nella sostanza, immutata la base imponibile su cui calcolare imposta, ed inoltre la cessione dell'immobile plusvalente va considerata marginale rispetto all'operazione posta in essere per valide ragioni extrafiscali.

La posizione dell'Agenzia delle Entrate assunta in questa risposta è tutt'altro che scontata, visto che la stessa Agenzia con la risposta n. 185 dell'11 giugno 2019, quindi anche di recente datazione, aveva definito abusiva una simile operazione di trasformazione societaria progressiva, a seguito della quale l'istante (società di persone) intendeva conferire un ramo di azienda ad una Newco (società di capitali) e successivamente cedere il 70% delle quote ad un terzo soggetto realizzando una plusvalenza tassabile con la fruizione delle disposizioni di cui all'art. 87 Tuir, (PEX).

In tal caso l'Agenzia individuava un indebito vantaggio fiscale nel passaggio da Snc a Srl in quanto la prima determina la base imponibile delle plusvalenze applicando l'aliquota Irpef (massima 43%) sul 58,14% del loro ammontare, mentre la base imponibile della Srl è solo il 5%.

L'ufficio in tale risposta dimenticava tuttavia, che in realtà va sempre considerato che la tassazione delle Srl non è definitiva, a differenza di quella delle snc, in quanto subirà un'ulteriore tassazione in capo ai soci (ritenuta 26%).

La posizione espressa delle Entrate nella risposta del giugno 2019 è piuttosto limitativa, in quanto considera solo la differente misura di tassazione della plusvalenza da cessione di partecipazioni PEX in regime IRPEF e in regime IRES.

Non può non essere sottolineato, infatti, che se la cessione avviene da parte di una società di capitali, le somme derivanti dall'operazione non entrano nella disponibilità dei soci, ma rimangono acquisite alla società. Solo la successiva distribuzione di dividendi consente ai soci di entrare in possesso della liquidità, previa però la tassazione del dividendo percepito.

In termini estremamente semplificati, e quindi prescindendo da eventuali imposte addizionali, e ipotizzando per i soci l'aliquota marginale IRPEF del 43%, si può evidenziare questo aspetto in termini numerici:

- una plusvalenza pari a 100, realizzata da una società di persone, diventa imponibile per 58,14 e quindi comporta un esborso IRPEF di 25 (il 43 % della quota imponibile);
- per una società di capitali, il costo IRES è di 1,2 (il 24% di 5), ma il successivo dividendo pari a 98,8 sconta la ritenuta del 26%, per un ammontare di 25,69, che porta il costo fiscale totale a 26,89.

Pertanto in tale risposta è da considerare priva di significato la posizione dell'Agenzia in quanto l'operazione di trasformazione societaria nonostante conduca ad un mutamento della base imponibile, comporterebbe comunque il medesimo carico fiscale in capo ai soci.

Con riferimento altresì al presupposto della sostanza economica dell'operazione si ricorda la risposta 537 del 24/12/2019 dove l'Agenzia chiarisce che l'utilizzo di uno strumento giuridico conforme a normali logiche di mercato escluda l'applicazione della normativa antiabuso, in quanto l'amministrazione **non può sostituire** la stessa operazione con una che risulterebbe più onerosa, anche nel rispetto di quanto previsto dall'art. 10-bis dello Statuto del contribuente secondo cui *“resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali differenti offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale”*.

Se così non fosse, l'imprenditore sarebbe chiamato a un comportamento autolesionistico (scegliere sempre la via più onerosa dal punto di vista fiscale) incompatibile, oltre che con la razionalità generale, con i principi economici dello svolgimento dell'attività di impresa. Resta inteso che non si può escludere, a livello teorico, l'applicabilità della normativa antiabuso nel caso specifico, ma questo utilizzo, dovrebbe riguardare esclusivamente le ipotesi di utilizzo delle somme ricavate dalla cessione per finalità personali dei soci mentre non risulta avere alcuna logica in tutte le casistiche di destinazione delle stesse ad attività imprenditoriali ovvero di investimento.

Le ultime risposte dell'Agenzia sembrano avallare tale pensiero ed in effetti con riferimento al presupposto del vantaggio fiscale indebito come unico fine dell'operazione, l'Agenzia ha già più volte precisato che l'eventuale risparmio di imposta risulti marginale rispetto alla effettiva finalità delle operazioni, soprattutto in ipotesi di passaggi generazionali.

Va in ogni caso sottolineato, che la stessa Agenzia, al fine di limitare gli spazi interpretativi della sua risposta, nella stessa precisa chiaramente che *“ qualora, a seguito della trasformazione da società di persone a società di capitali, fosse deliberata la ri-trasformazione da società di capitali a società di persone risulterebbe integrato il requisito dell'indebito risparmio di imposta, risultando la momentanea trasformazione in società di capitali meramente strumentale al conseguimento dello stesso”*.

Si ricorda infatti che, ai sensi di quanto previsto dall'art. 10 bis della Legge n. 212 del 2000, ogni potere di controllo da parte dell'amministrazione finanziaria volto a verificare se lo scenario delle operazioni, in considerazione di altri atti, fatti e/o negozi a esso collegati e non rappresentati dall'istante, possa condurre ad indentificare un diverso censurabile disegno abusivo.

Come concluso nel precedente contributo si può affermare quindi che la linea di demarcazione tra ciò che è lecito e ciò che non lo è, può essere molto sottile e, non sempre le scelte dell'imprenditore sono da ritenersi al riparo dalle contestazioni degli Uffici.

Nonostante la trattazione del tema dell'abuso del diritto abbia avuto una sostanziale maturazione nel corso degli ultimi anni, il 2020 è stato un anno piuttosto ricco di istanze di interpello, anche su situazioni già precedentemente affrontate e positivamente interpretate dall'Amministrazione Finanziaria, evidenziando quindi la difficoltà di molti contribuenti a lasciarsi alle spalle alcuni retaggi del passato.

Per fortuna le risposte dell'Agenzia e le recenti Cassazioni sembrano confermare le tesi a favore del contribuente su molte operazioni societarie.

Unica eccezione riguarda la risposta all'interpello 242/2020, dove si evidenzia una situazione di abusività parziale³.

Si riporta di seguito uno schema riepilogativo della prassi e della giurisprudenza 2020 in tema di abuso del diritto, da cui si evince la prevalenza delle risposte a favore del contribuente e quindi di assenza di profili abusivi.

³ Il caso riguarda la cessione del 100% delle quote di una Srl, partecipata da sette soci, a favore di una Newco, costituita da quattro dei predetti soci e da uno nuovo. Si procedeva poi ad una fusione inversa (Newco incorporata nella vecchia società ceduta).

L'agenzia ha affermato l'elusività in capo ai soli soci superstiti i quali, secondo l'AF avrebbero attuato un recesso atipico al fine di conseguire un vantaggio fiscale, potendo invece raggiungere il medesimo obiettivo mediante il recesso tipico limitatamente alla quota parte di partecipazione oggetto di recesso. L'Agenzia a tal proposito sottolinea infatti che come esplicitato nella circolare n. 16/E del 22 aprile 2005, il valore delle partecipazioni "rideterminato" con le modalità indicate dall'articolo 2, comma 2, del decreto legge 24 dicembre 2002, n. 282 (da ultimo modificato dall'articolo 1, commi 693 e 694, della legge 27 dicembre 2019, n. 160), è utilizzabile in occasione del recesso atipico, mentre non può essere utilizzato in caso di recesso tipico, "in quanto le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate". In conclusione l'Agenzia sostiene che il disegno prospettato comporta un numero superfluo di negozi giuridici non coerente con le normali logiche di mercato.

TITOLO/ARGOMENTO	RIFERIMENTO	IMPOSTE	ABUSO DEL DIRITTO
Scissione parziale non proporzionale con costituzione di newco	Interpello n.72 del 21/02/2020	Imposte sui redditi, registro, ipocatastali	NO
Scissione parziale non proporzionale asimmetrica	Interpello n.98 del 27/03/2020	Imposte sui redditi	NO
Fusione inversa di un consorzio fra enti locali nella società controllata	Interpello n.123 del 30/04/2020	Imposte sui redditi	NO
Scambio di partecipazioni con costituzione di newco	Interpello n.170 del 09/06/2020	Imposte sui redditi, registro, imposta sulle transazioni finanziarie	NO
Costituzione newco con cessione di quote di partecipazione in altra società e fusione inversa	Interpello n.242 del 05/08/2020	Irpef, Irap e Ires	SI(*)/NO(**)
Scambio di partecipazioni e successiva scissione totale non proporzionale	Interpello n.248 del 06/08/2020	Ires, registro, ipocatastali	NO
Scissione parziale non proporzionale con costituzione di newco	Interpello n.421 del 01/10/2020	Imposte sui redditi, IVA, registro, ipocatastali	NO
Compravendite di titoli partecipativi e scambio di partecipazioni a favore di holding newco	Interpello n.429 del 02/10/2020	Imposte sui redditi	NO
Scissione parziale proporzionale a favore di società del gruppo	Interpello n.553 del 23/11/2020	Irpef, Irap, Ires, registro, ipocatastali	NO
Fusione per incorporazione con trasferimento del credito d'imposta R&S	Interpello n.643 del 31/12/2020	Imposte sui redditi	NO
Finanziamento per acquisto di beni con successiva locazione	Cassazione n.20823 del 30/09/2020	IVA	NO (è un caso di evasione, non di elusione)
Cessione di partecipazioni rivalutate	Cassazione n.24839 del 06/11/2020	Imposte sui redditi	NO(***)
Donazione di terreni ai figli e successiva rivendita terzi	Cassazione n.26947 del 26/11/2020	Imposte sui redditi	NO(****)