



Conferimento d'azienda e cessione della partecipazione: operazione non elusiva ai fini dell'imposta di registro

di Emanuele Rossi^(*)

Secondo gli avvisi di accertamento emessi recentemente dagli Uffici, il conferimento d'azienda e la successiva cessione delle partecipazioni può costituire una cessione indiretta dell'azienda, in quanto attraverso due atti si produce un unico effetto economico finale rappresentato dalla cessione d'azienda. Nel presente articolo si cercherà di dimostrare l'inapplicabilità delle disciplina antielusiva ai negozi giuridici sopramenzionati.

1. Premessa

L'art. 176 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, Tuir), prevede l'irrilevanza fiscale delle operazioni di conferimento d'azienda o di singolo ramo, nei casi in cui queste vengano effettuate nell'esercizio di imprese commerciali ed abbiano ad oggetto aziende situate in Italia. Verificati tali presupposti, il soggetto conferente assume quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita, mentre il soggetto conferitario subentra nella posizione di quello conferente, in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo dell'azienda stessa, facendo risultare nel quadro RV del Modello UNICO gli eventuali maggiori valori esposti in bilancio e i corrispon-

denti valori fiscalmente riconosciuti.

2. Regimi di imposizione sostitutiva

Mentre l'irrilevanza fiscale in capo al soggetto conferente è in termini assoluti, i plusvalori emersi nella contabilità del soggetto conferitario possono essere **affrancati**, optando per l'applicazione del regime d'imposta sostitutiva di cui al comma 2-ter, del medesimo art. 176 del Tuir. La disciplina di cui al comma 2-ter prevede la possibilità per il soggetto conferitario di vedersi riconosciuti i maggiori valori iscritti in bilancio a seguito di tali operazioni, tramite **opzione**, nella dichiarazione dei redditi relativa all'esercizio nel corso del quale è stata posta in essere l'operazione o, al più tardi, in quella del periodo d'imposta successivo, **per l'applicazione**, in tutto o in parte, sui maggiori valori iscritti in bilancio agli elementi dell'attivo costituenti immobilizzazioni materiali e immateriali relativi all'azienda ricevuta, **di un'imposta sostitutiva** dell'Irpef, dell'Ires e dell'Irap; l'imposta viene applicata con un'aliquota **del 12%** sulla parte dei maggiori valori ricompresi nel limite di 5 milioni di euro, del 14% sulla parte dei maggiori valori che eccede i 5 milioni di euro e fino a 10 milioni di euro e del 16% sulla parte dei maggiori valori che eccede i 10 milioni di euro.

Il riconoscimento dei maggiori valori avviene, ai fini dell'ammortamento, sin dal periodo d'imposta nel corso del quale l'opzione viene esercitata, con l'avvertenza, però, che da tale regime di favore si decade, allorché il realizzo dei beni rivalutati avvenga anteriormente al quarto periodo d'impo-

^(*) Dottore Commercialista e Revisore Legale in Roma e Albano Laziale (Rm) - Componente della commissione diritto societario dell'ODCEC di Roma.

sta successivo a quello dell'opzione¹. Le specifiche tecniche per l'applicazione dell'imposta sostitutiva *ex* comma 2-*ter* dell'art. 176 del Tuir, sono state fornite con il D.M. 25 luglio 2008, nel quale viene peraltro previsto che le differenze tra i valori civili e fiscali relative ai plusvalori emersi, possono essere assoggettate ad imposta sostitutiva anche solo in misura parziale. A tal proposito, l'art. 1, comma 2 del decreto in questione, specifica che in tali casi l'applicazione deve avvenire per categorie omogenee di immobilizzazioni, nel senso che una volta individuata la categoria, l'imposta va applicata sull'intero valore della stessa e la modalità di individuazione della singola classe affrancabile sarà diversa a seconda che il plusvalore riguardi dei beni immobili, dei beni mobili o delle immobilizzazioni immateriali².

Il regime d'imposta sostitutiva di cui al comma 2-*ter* dell'art. 176 del Tuir, è stato successivamente integrato dal disposto dell'art. 15 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modifiche, per mezzo della L. 28 gennaio 2009, n. 2. Il comma 10 di detto articolo prevede la possibilità di accelerare il processo di ammortamento, relativamente ai maggiori valori iscritti in bilancio all'avviamento, ai marchi d'impresa e alle altre attività immateriali, versando l'imposta sostitutiva di cui al comma 2-*ter* dell'art. 176, in **un'unica soluzione**, nella **misura massima del 16%**. In buona sostanza, optando per il riconoscimento fiscale dei maggiori valori riconducibili alle **immobilizzazioni immateriali**, il soggetto avente causa nelle operazioni di aggregazione aziendale, può, pagando in unica soluzione un'imposta sostitutiva del 16%, ammortizzare i medesimi plusvalori anche in soli 10 anni, in deroga al disposto dell'art. 103 del Tuir³. Sempre ai sensi del comma 10, i plusvalori si intendono riconosciuti a partire dall'inizio del periodo d'imposta nel corso del quale è versata l'imposta sostitutiva, con l'avvertenza, però, che la deduzione "accelerata" può essere fatta valere solo a partire dal periodo d'imposta successivo⁴.

¹ È il comma 2-*ter* a prevedere che, in caso di decadenza, dalle maggiori imposte liquidate per effetto del ritorno all'"originario" valore fiscale, vada decurtata l'imposta sostitutiva a suo tempo versata, ai sensi degli artt. 22 e 79 del Tuir.

² Per maggiori approfondimenti, E. Rossi, *Operazioni Straordinarie: pagamento dell'imposta sostitutiva - decreto attuativo*, in "La Settimana Fiscale" del 4 settembre 2008.

³ Il quale prevede, invece, per l'avviamento e per i marchi d'impresa una deducibilità spalmata in 18 anni.

⁴ Ai sensi dei commi 10-*bis* e 10-*ter* dell'art. 15 del D.L. n. 185/2008, introdotti per mezzo dell'art. 23, comma 12, del

3. Convenienza delle parti alla cessione indiretta dell'azienda

Come accennato, in riferimento al soggetto conferente l'operazione di conferimento d'azienda comporta unicamente la sostituzione del bene di primo grado (azienda), con quello di secondo grado (partecipazione), tal che all'atto del conferimento le eventuali plus/minusvalenze emerse non rilevano mai ai fini fiscali. Detta rilevanza viene rimandata al momento in cui vi è il realizzo della partecipazione per effetto della sua cessione a terzi. A tale riguardo, poiché il comma 4, dell'art. 176 del Tuir, prevede che le partecipazioni ricevute dal soggetto conferente si considerano iscritte quali immobilizzazioni finanziarie nei bilanci in cui risultavano iscritti i beni dell'azienda conferita, l'operazione di conferimento non influisce sul decorso dei termini ai fini della maturazione del c.d. *holding period* di cui all'art. 87 del Tuir, cosicché, verificati gli ulteriori presupposti di cui al medesimo articolo⁵, la plusvalenza realizzata è detassata per il 95% del suo ammontare⁶. Appare chiaro dunque come dal combinato disposto degli artt. 87 e 176 del Tuir, al cedente convenga di più **cedere le partecipazioni in luogo dell'azienda**: infatti, mentre con la cessione delle prime, verificati i presupposti Pex, il cedente tassa solamente il 5% (49,72% soggetto Irpef) della plusvalenza realizzata, la cessione diretta dell'azienda sconta sempre la

D.L. n. 98/2011, le disposizioni di cui al comma 10 sono applicabili anche ai maggiori valori delle partecipazioni di controllo, iscritti in bilancio a seguito dell'operazione (fusione, scissione ovvero conferimento d'azienda) a titolo di avviamento, marchi d'impresa e altre attività immateriali e ai maggiori valori, sempre attribuibili ad avviamenti, marchi d'impresa e altre attività immateriali, presenti nel bilancio consolidato, quando si riferiscono a partecipazioni di controllo acquisite nell'ambito di operazioni di cessione d'azienda ovvero di partecipazioni.

⁵ Brevemente, l'art. 87 del Tuir prevede che per usufruire della detassazione della plusvalenza conseguita (PEX), occorre che per le partecipazioni cedute siano verificati i seguenti requisiti:

- ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione;
- classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- residenza fiscale della partecipata in un Paese *white list*;
- esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale.

⁶ Ipotesi conferente soggetto Ires. Ove al contrario il conferente sia un soggetto Irpef, ai sensi del comma 2 dell'art. 58 del Tuir, l'esenzione riguarda solo il 50,28% della plusvalenza realizzata.

tassazione in misura integrale secondo le specifiche dettate dall'art. 86 del Tuir.

Al contrario, rimanendo agli aspetti fiscali, il compratore avrà presumibilmente maggiore interesse all'acquisto diretto dell'azienda, in quanto, così facendo, otterrà l'immediato riconoscimento fiscale degli eventuali plusvalori emersi, cosa che non avverrebbe con l'acquisto della partecipazione, a meno dell'opzione per la procedura d'affrancamento da parte della società conferitaria, nei modi e nei termini visti in precedenza.

Esempio

Si prenda il caso di un'azienda il cui valore netto contabile, pari al costo fiscalmente riconosciuto, sia pari a 700 e che detta azienda sia stata conferita nell'anno *n* in una *newco* per un importo pari a 1.000; quindi, nell'esercizio *n*, il conferente ha conseguito una plusvalenza all'atto del conferimento pari a 300. Detta plusvalenza, che pure è transitata a conto economico, non rileverà ai fini fiscali per quanto detto in precedenza. Si supponga che nell'esercizio *n* + 1 il conferente ceda a terzi la partecipazione, sempre per un corrispettivo pari a 1.000. Verificatosi l'evento realizzativo, il conferente dovrà far concorrere alla formazione del reddito imponibile la plusvalenza di 300, mentre a conto economico non transiterà nulla, dandosi conto dell'avvenuta cessione stornando la voce partecipazione in contropartita dell'incremento del conto banca/cassa, per un importo pari a 1.000. Dal lato del cessionario questi prenderà in carico una partecipazione, il cui costo fiscale è pari a 1.000, la quale si riferisce a una società con in pancia un'azienda con valore fiscalmente riconosciuto pari a 700; disallineamento di 300 che può essere riallineato dalla conferitaria, mediante opzione per il regime di imposta sostitutiva visto in precedenza.

L'eventuale esercizio dell'opzione per il riconoscimento dei maggiori valori emersi nella contabilità del soggetto conferitario, fa parte essa stessa delle contrattazioni tra cedente e cessionario per la statuizione del prezzo di cessione. Ciò in quanto, vista la convenienza per il cedente a cedere le partecipazioni in luogo dell'azienda, sovente questi insiste affinché la cessione del complesso aziendale venga attuata conferendo lo stesso in una *newco* e cedendo le azioni o quote ricevute in cambio al compratore; quest'ultimo, consapevole dell'irrelevanza fiscale dei plusvalori emersi presso la conferitaria, trovandosi d'accordo sulla soluzione della cessione "indiretta", ri-

chiede che il prezzo fissato per l'acquisto della partecipazione venga scontato del costo dell'affrancamento.

3.1. Analisi della convenienza dell'operazione

Una volta bilanciati gli interessi in gioco (cessione della partecipazione ad un prezzo che tenga conto del costo dell'affrancamento), la cessione indiretta dell'azienda conviene non solo al cedente, ma anche al cessionario; in particolare, ove la parte acquirente fosse un soggetto imprenditore, questi avrebbe un forte interesse a mantenere separati i patrimoni aziendali (il proprio e quello di cui si sta perfezionando l'acquisto), al fine di evitare l'effetto "contagio" proprio della cessione diretta. Il riferimento è, in particolare, ai problemi di responsabilità solidale tra cedente e cessionario, per quanto riguarda le obbligazioni riferibili all'azienda ceduta. Corresponsabilità riconducibile a:

- i **debiti commerciali** risultanti dalle scritture contabili (art. 2560 del codice civile);
- i **debiti tributari** (art. 14 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472);
- le **sanzioni amministrative** (art. 33 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231).

Mentre con la cessione diretta, infatti, tali obbligazioni confluiscono nell'azienda del cessionario, condizionandone, nei casi più gravi (si pensi all'emersione di un forte debito tributario), anche l'esercizio d'impresa, con la cessione "indiretta" l'azienda acquisita viene gestita in via separata, il tutto a vantaggio di una circoscrizione del rischio d'impresa.

4. Profili elusivi

Appurata la convenienza per le parti ad una cessione "indiretta" dell'azienda, occorre ora interrogarsi sugli eventuali profili elusivi insiti in un'operazione economica così impostata. Optando per un'operazione di conferimento d'azienda seguita dalla cessione delle partecipazioni, può l'Amministrazione finanziaria invocare l'elusività del comportamento tenuto dal contribuente? Può, in estrema sintesi, l'Amministrazione contestare l'operazione economica nel suo complesso, perché volta all'aggiramento della maggiore tassazione legata alla cessione diretta del complesso aziendale compravenduto? Dal lato delle imposte dirette, è lo stesso comma 3 dell'art. 176 del Tuir, a stabilire che: "non rileva ai fini dell'art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600,

il conferimento dell'azienda secondo i regimi di continuità dei valori fiscali riconosciuti o di imposizione sostitutiva di cui al presente articolo e la successiva cessione della partecipazione ricevuta per usufruire dell'esenzione di cui all'art. 87, o di quella di cui agli artt. 58 e 68, comma 3". Quindi ai fini Irpef/Ires, è lo stesso Legislatore a prevedere l'**assenza di profili elusivi** in merito all'operazione in questione. Dal lato delle imposte indirette, invece, seppure la logica porterebbe ad estendere la portata del comma 3 dell'art. 176 del Tuir, anche nell'ambito dell'imposta di registro, sovente l'Agenzia delle Entrate invoca l'elusione fiscale e la conseguente maggiore tassazione in misura proporzionale, facendo leva sull'art. 20 del T.U. del 26 aprile 1986, n. 131.

4.1. Il concetto di elusione fiscale e quello di abuso del diritto

Come noto, mentre l'evasione fiscale riguarda il mancato pagamento delle imposte per effetto della violazione della normativa tributaria vigente, l'elusione fiscale consiste in comportamenti apparentemente legali, ma volti ad un utilizzo distorto (seppur formalmente corretto) delle norme, al fine dell'ottenimento di un risparmio d'imposta altrimenti indebito.

Nel nostro ordinamento il concetto di elusione fiscale è puntualmente codificato all'interno dell'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973 ed il suo ambito applicativo è circoscritto ai casi tassativamente previsti all'interno del medesimo articolo (fusioni, scissioni, cessioni di crediti, eccetera). Poiché l'art. 37-*bis* opera nel campo delle imposte dirette, per di più in casi specificatamente previsti, era opinione diffusa che al di fuori di quanto previsto dalla norma, l'Amministrazione finanziaria non potesse contestare i comportamenti tenuti dal contribuente, facendo leva sui profili elusivi delle operazioni economiche compiute. Sul punto è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione⁷, la quale ha affermato che, seppure nel nostro ordinamento vi è una norma specifica in materia di elusione fiscale (il citato art. 37-*bis*), va sempre censurato il comportamento di quanti, anche agendo al di fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 37-*bis*, fanno un uso distorto delle norme, al fine di ottenere un indebito risparmio fiscale. Prosegue la Cassazione sancendo che il concetto di "abuso del diritto" è presente nel nostro ordinamento all'in-

⁷ Sentenze 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057, tutte in banca dati "fiscoonline".

terno dell'art. 53 della Costituzione⁸, per cui vanno **sempre censurate quelle operazioni** economiche, figlie di un uso distorto delle norme, **poste in essere con il solo obiettivo di nascondere materia imponibile all'Erario**.

Tralasciando le problematiche relative al concetto di "abuso del diritto", legate principalmente all'assenza di una norma di diritto positivo che disciplini l'accertamento delle pratiche abusive, in particolare sul versante delle garanzie poste a favore del contribuente, come invece avviene in materia di elusione all'interno dell'art. 37-*bis* (motivazione dell'avviso di accertamento sulla base dei chiarimenti forniti dal contribuente, riscossione delle maggiori imposte richieste dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale, eccetera), appare evidente come, sia il concetto di elusione, che quello di abuso, prendano di mira l'**operazione economica nel suo complesso** e non i singoli atti di cui questa è composta. La leva dell'elusione/abuso serve all'Agenzia delle Entrate per scardinare quelle operazioni economiche che seppure appaiono corrette da un punto di vista formale, sia per quanto riguarda la forma giuridica dei negozi intrapresi, che in riferimento al rispetto delle norme che ne disciplinano l'esecuzione, concernono un uso distorto degli strumenti giuridici che l'ordinamento mette a disposizione del contribuente. L'abuso verte l'operazione nel suo complesso; o meglio, l'intenzione del contribuente, che per essere dichiarata legittima, deve risultare meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

5. Inapplicabilità dell'art. 20 del D.P.R. n. 131/1986 in chiave antielusiva

Le riflessioni di cui sopra servono a mettere in luce il criticabile operato di quegli Uffici che in merito ad operazioni di conferimento d'azienda seguite dalla vendita delle partecipazioni, contestano l'elusività dell'operazione posta in essere da un punto di vista delle imposte indirette, richiamando il disposto dell'art. 20 del D.P.R. n. 131/1986⁹. In materia di imposta di registro, l'art. 4, lettera a), punto 3, della Tariffa, parte I, allegata al D.P.R. n. 131/1986, prevede un'imposta fissa di

⁸ Secondo il quale: "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività".

⁹ Si veda per approfondimenti E. Zanetti, *Conferimento d'azienda e cessione della partecipazione tra artt. 20 e 53-bis del D.P.R. n. 131/1986 e abuso del diritto*, in "il fisco" n. 34/2010, fascicolo n. 1, pag. 5457.

registro pari ad euro 168,00 in caso di conferimento di ramo d'azienda. Il combinato disposto degli artt. 11 della Tariffa, parte I, 2 della Tariffa, parte II, ed 8 della tabella allegata, stabilisce che anche i trasferimenti delle partecipazioni siano soggetti ad imposta fissa pari ad euro 168,00, distinguendo quelli fatti per atto pubblico o scrittura privata autenticata, assoggettati a registrazione in termine fisso, da quelli effettuati tramite scritture private autenticate, soggetti alla registrazione in caso d'uso. Dal lato delle imposte indirette, quindi, l'operazione economica in commento è molto vantaggiosa se non che, alcuni Uffici, hanno iniziato a contestarne l'elusività sulla base dell'art. 20 del D.P.R. n. 131/1986, il quale dispone che: "l'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponde il titolo o la forma apparente". Sulla scorta di ciò, sostiene l'Agenzia delle Entrate, l'operazione economica intrapresa va riqualificata quale cessione diretta dell'azienda, con contestuale richiesta dell'imposta di registro in misura proporzionale.

La tesi dell'Agenzia delle Entrate non pare conforme al dettato normativo. Innanzitutto, occorre evidenziare come l'imposta di registro risulti un'imposta d'atto, tal che l'opera di riqualificazione operata dall'Ufficio può riguardare unicamente il singolo atto presentato alla registrazione da parte del contribuente e non il disegno imprenditoriale nel suo complesso. Lo stesso art. 20 del T.U. richiamato dall'Agenzia, permette alla stessa di contestare la forma apparente dell'atto cui si richiede la registrazione, nulla più. Rimanendo al caso del conferimento d'azienda o di singolo ramo, il richiamo all'art. 20 permette all'Agenzia delle Entrate di contestare la forma giuridica dello strumento adottato, ad esempio contestando il fatto che ciò che è stato conferito non è una azienda, bensì un complesso legato di beni i quali, in quanto tali, scontano il versamento dell'imposta in misura proporzionale e non fissa. Non può certo l'Agenzia, in base all'art. 20 del D.P.R. n. 131/1986, chiamare in causa il concetto di elusività che è cosa ben diversa, la cui matrice comunque si trova all'interno dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973 ovvero all'interno dell'art. 53 della Costituzione facendo riferimento al concetto di abuso del diritto, così come delineato in precedenza¹⁰. Ma anche

¹⁰ Sul punto, si ritiene comunque che il concetto di abuso del diritto operi nei casi non disciplinati dalla normativa antielusiva di cui all'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973,

facendo riferimento a queste fonti, può l'Amministrazione finanziaria contestare il comportamento elusivo nel campo delle imposte indirette, quando nel campo delle imposte dirette vi è una precisa norma (art. 176 del Tuir, comma 3) che sancisce l'inapplicabilità della normativa antielusiva all'operazione di conferimento d'azienda seguita dalla vendita della partecipazione? La coerenza di sistema da sola porta a ritenere non applicabile la normativa antielusiva alle operazioni di cui trattasi.

Anche volendo trattare in via separata l'applicazione del concetto di elusione, ovvero quello di abuso, all'operazione di conferimento e cessione della partecipazione, si segnala che la posizione della giurisprudenza è nettamente favorevole al contribuente¹¹. In particolare i giudici, facendo riferimento alla relazione di accompagnamento al D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 che ha introdotto l'art. 37-bis nel D.P.R. n. 600/1973, hanno ribadito come si verifichi un legittimo risparmio d'imposta quando, tra i vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente sceglie quello fiscalmente meno oneroso e che 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.

A meno di un (inaugurato) ripensamento da parte del Legislatore, l'attuale sistema normativo ritiene pienamente **legittima la cessione "indiretta" dell'azienda** anche in materia di imposta di registro. Prova ne è l'art. 53-bis del D.P.R. n. 131/1986, il quale prevede che le attribuzioni e i poteri di cui agli artt. 31 e seguenti del D.P.R. n. 600/1973, possono essere esercitati anche ai fini delle imposte di registro, ipotecarie e catastali. Risultando dunque per legge applicabile ai fini dell'imposta di registro l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, ciò comporta che devono ritenersi del pari applicabili anche le norme di esclusione dall'utilizzo della norma antielusiva, come quella prevista dal comma 3, dell'art. 176 del Tuir.

In conclusione, *nulla osta* al compimento di un'operazione di conferimento d'azienda seguita dalla cessione della partecipazione; al contribuente deve essere riconosciuta una libera possibilità di scelta circa le modalità di vendita dell'azienda, non sindacabile da parte degli organi verificatori in virtù dell'attuale assetto normativo.

che, come verrà esposto *infra*, trova applicazione anche in materia di imposta di registro.

¹¹ Sent. Comm. trib. di II grado di Bolzano del 5 agosto 2011, n. 59; sent. della Comm. trib. prov. di Prato del 29 giugno 2011, n. 65, entrambe in banca dati "fiscoonline".