

Elusività delle scissioni tra prassi e giurisprudenza

di Stefano Chirichigno e Gianluca Stancati

Una recente risoluzione dell'Agenzia delle entrate, passata quasi in sordina, ripercorre il tema ormai «classico» della **non elusività** in astratto delle operazioni di **scissione** aventi ad oggetto un **compendio aziendale** a condizione, però, che le stesse **non siano seguite** dalla **vendita della partecipazione di controllo** e, quindi, assiomaticamente preordinate a godere di un regime impositivo di maggior favore per quanto attiene alla fiscalità diretta del cedente. Tale «cliché» va calato nel contesto dei più recenti interventi della Corte di cassazione che inducono ad interrogarsi su quali siano i «**vantaggi**» tributari che possano essere considerati oggettivamente **coerenti e giustificabili** con il sistema impositivo, senza dover fare di tutta *cuore* (delle scelte impositive dei contribuenti) un fascio (di contestazioni di elusività).

La stampa specializzata ha recentemente dato notizia di una risoluzione dell'Agenzia delle entrate, datata 8 marzo 2011 (1), che esamina nuovamente il tema della presunta elusività delle operazioni societarie di scissione. Il fatto che tale risoluzione non sia disponibile sul sito dell'Agenzia può indurre a ritenere che alla stessa non siano riconosciuti i crismi di interesse generale in quanto collocata nel solco di un radicato orientamento dell'Amministrazione finanziaria, originariamente delineato dall'ormai soppresso Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive (2) e poi ripreso da diverse risoluzioni dell'Agenzia delle entrate fino alla risoluzione 2 ottobre 2009, n. 256/E (3).

In realtà, i tempi sembrano maturi per passare al vaglio dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità ciò che, più che un orientamento vero e proprio, andrebbe letto come un complesso disorganico di interventi solo apparentemente supportati da un pensiero forte comune. La «cattiva fama» delle scissioni costituisce sicuramente un valido esempio di tale processo.

Dalla neutralità alla elusività delle scissioni

La scissione di una società, volta esclusivamente a consentire la divisione, in regime di neutralità fiscale, di un complesso aziendale in più rami cui corrispondano altrettanti soggetti societari non

presenta profili di elusività. Tale banale affermazione si lega alla circostanza che è ben difficile attribuire intenti elusivi ad operazioni che per loro intrinseca natura non hanno alcuna rilevanza fiscale (trasformazioni omogenee, fusioni e scissioni). La ragione per cui, viceversa, si tende ormai ad accantonare a priori qualsiasi ipotesi di riassetto societario che implichi un'operazione di scissione discende, con altrettanta certezza dell'affermazione precedente, dalla circostanza di fatto che la scissione si presta ad essere potenzialmente preordinata alla successiva rivendita delle quote societarie da parte dei soci, al mero scopo di spostare la tassazione dei beni di primo grado, di norma più onerosa, ai beni di secondo grado, soggetta al più mite regime (nell'assunto che si tratti di soci per-

Stefano Chirichigno - Dottore commercialista in Roma
Gianluca Stancati - Avvocato e Revisore Legale, Partner K Studio Associato, corrispondente KPMG International

Note:

- (1) Si veda il resoconto di L. Gaiani, «Nessuna elusione per chi scinde», in *Il Sole - 24 Ore* del 18 marzo 2011, pag. 35.
- (2) Cfr. Comitato consultivo, pareri 14 ottobre 2005, n. 34; 17 novembre 2005, n. 43; 4 ottobre 2006, nn. 27 e 28; 18 dicembre 2006, n. 42; 22 marzo 2007, n. 8, tutti in *Banca Dati BIG, IPSOA*, e le risoluzioni 3 novembre 2000, n. 166/E, *ivi*; 14 novembre 2001, n. 183/E, *ivi*; 9 gennaio 2006, n. 5/E, *ivi* e commentata da E. Franzese e L. Miele, in *Corr. Trib.* n. 7/2006, pag. 565; 7 aprile 2009, n. 97/E, in *Banca Dati BIG, IPSOA*.
- (3) In *Banca Dati BIG, IPSOA*.

sone fisiche o che comunque non detengono tale partecipazioni nell'ambito di un'attività tassata secondo le regole del reddito d'impresa, ovvero non residenti legittimati a beneficiare di un regime convenzionale) dei «redditi diversi» (comunemente appellati *capital gain*).

Orbene, tale enunciazione tanto evoca capisaldi del sistema delineato dalla riforma delle imposte dirette del 2004 (la distinzione tra beni di primo e secondo grado che riflette lo *slogan*, oggi un po' dimenticato, sotto i colpi delle esigenze di gettito, del passaggio della tassazione dalle persone alle cose), quanto ne fraintende il significato e la funzione.

Alcune semplici considerazioni si impongono.

In primo luogo, non vorremmo che dietro la «particolare attenzione» dell'Amministrazione finanziaria sulle scissioni seguite da cessioni, si celi una certa confusione tra causa del negozio giuridico e motivi perseguiti dalle parti. In effetti, la legittimità della scissione è, in questi casi, sovente posta in dubbio in quanto ritenuta finalizzata alla realizzazione di situazioni giuridiche economiche non propriamente riconducibili alle finalità tipiche dell'istituto, solo perché il fine ultimo della riorganizzazione è la cessione delle società contenitore. In realtà, lo schema negoziale corrisponde perfettamente alla funzione economico-sociale (impropriamente definita «finalità») dell'operazione di scissione; anzi, vi è da chiedersi se il contribuente avrebbe potuto realizzare l'assetto giuridico voluto facendo ricorso ad altri istituti.

Ma anche immaginando che si possa derubricare tali eccezioni a mere libertà linguistiche, rimane comunque un ineludibile tema di fondo: passati ormai diversi anni dalla riforma del 2004 (che ha visto la nascita dell'IRES al posto dell'IRPEG), non rimane che ammettere che il nuovo sistema di tassazione, che vede nel metodo dell'«esenzione»

IL PROBLEMA APERTO

Criticità del metodo dell'esenzione

Dopo diversi anni dalla riforma delle imposte dirette del 2004, occorre ammettere che il nuovo sistema di tassazione, che vede nel metodo dell'esenzione («*participation exemption*») il criterio prescelto per l'**eliminazione della doppia imposizione** economica in luogo dell'**abrogato** metodo dell'**imputazione** (il ricorso al meccanismo del credito d'imposta e della rilevanza delle plusvalenze e minusvalenze su partecipazioni), oltre che una minor precisione, sconta ulteriori criticità causate dalla **difficoltà** da parte degli operatori di **interpretare uniformemente** gli **aspetti sistematici** del nuovo comparto impositivo, difficoltà destinate a tradursi in **contestazioni** nelle attività di **accertamento** e, in senso lato, di **ruling**.

(la cd. *participation exemption*, nelle sue varie sfaccettature, ivi inclusa le sostanziale detassazione dei dividendi intrasocietari) il criterio prescelto per l'eliminazione della doppia imposizione economica, in luogo dell'abrogato (e sempre più rimpianto) metodo dell'«imputazione» (in poche parole, il ricorso al meccanismo del credito d'imposta e della rilevanza delle plusvalenze e minusvalenze su partecipazioni), oltre che una inegabile minor precisione, sconta ulteriori criticità causate dalla difficoltà da parte degli operatori di interpretare uniformemente gli aspetti sistematici del nuovo comparto impositivo (4), difficoltà destinate a tradursi sistematicamente in contestazioni nel-

le attività di accertamento e, in senso lato, di *ruling*.

Ne costituisce un valido esempio il caso in esame, nel quale ciò che sembra sfuggire è proprio il quadro d'insieme concernente il trattamento fiscale della circolazione dell'azienda, lasciando trasparire una lettura dell'esenzione alla stregua di una disposizione agevolativa, anziché quale fondamentale norma di sistema. Senza questo equivoco, è del tutto evidente che mai potrebbe riproporsi la contestazione di elusività laddove il «mirabolante» risultato raggiunto è quello di una tassazione (per quanto, per ipotesi, limitata come aliquota al 12,5% delle partecipazioni non qualificate) cui non corrispondono valori fiscalmente riconosciuti in capo all'avente causa (5). Probabilmente nel previgente sistema impositivo, nel quale vigeva l'equivalenza fra circolazione diretta del compen-

Note:

(4) Come sottolineato da R. Lupi in epitome all'articolo di L. Barbone, «Cessione di partecipazioni previa scissione, elusività e spirito del sistema», in *Dialoghi Tributari* n. 3/2010, pag. 334.

(5) Il ragionamento viene proposto, seppur attraverso un percorso logico diverso, anche da L. Barbone, *op. loc. cit.*

SOLUZIONI PRATICABILI

Tassazione sulla plusvalenza e tassazione sul reddito d'impresa
L'errore di prospettiva della riforma delle imposte dirette del 2004 è nel considerare la **tassazione sulla plusvalenza societaria** come «sostitutiva» della tassazione sul **reddito d'impresa**. Vero è il contrario, le due forme di imposizione si **sovrappongono** e, se non avessero prevalso le esigenze di gettito, la riforma del 2004 avrebbe dovuto **escludere** del tutto la **tassazione sulla plusvalenza societaria**.

dio aziendale e circolazione indiretta (mediante il trasferimento dei beni di secondo grado), simili fraintendimenti non si sarebbero verificati.

L'errore di prospettiva è nel considerare la tassazione sulla plusvalenza societaria come «sostitutiva» della tassazione sul (reddito di) impresa. Vero è il contrario, le due forme di imposizione si sovrappongono e, se non avessero prevalso invincibili esigenze di gettito, la riforma del 2004 avrebbe dovuto (e

voluta) escludere del tutto la tassazione sulla plusvalenza societaria, senza con ciò voler fare regali di sorta.

Il sistema tributario è ben lungi dal disapprovare la circolazione di beni di primo grado (almeno quando si tratta di compendi aziendali) attuata attraverso l'alienazione di beni secondo grado. Basti pensare a quanto disposto dall'art. 176, comma 3, del T.U.I.R., secondo cui «non rileva ai fini dell'articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 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 di partecipazione ricevuta per usufruire dell'esenzione di cui all'articolo 87, o di quella di cui agli articoli 58 e 68, comma 3». È dunque espressamente sancita la non elusività del conferimento d'azienda, effettuato in continuità di valori fiscali o in regime di imposizione sostitutiva, al quale faccia seguito la cessione della partecipazione derivante dal conferimento. È stato giustamente sottolineato (6) che tale disposizione ha inteso equiparare il regime dei soggetti già titolari di azienda per mezzo di partecipazioni, a quello di soggetti che non godono di tale schermo. In entrambe le ipotesi, la cessione della partecipazione è ammessa a godere del regime della *participation exemption*, in considerazione del fatto che, in ambedue le fattispecie, viene ad essere rispettata la *ratio* della norma, ossia quella di evitare salti d'imposta: si tratta, infatti, in entrambi i casi di un trasferimento d'azienda che avviene in neutralità

(ovvero con rivalutazione «a pagamento») e che non comporta maggiori ammortamenti in capo al conferitario (ovvero i maggiori ammortamenti sono giustificati, nell'ottica della riforma IRES, dal pagamento dell'imposta sostitutiva) (7).

Pertanto, la cessione di partecipazioni derivanti dal conferimento (o dal trasferimento di aziende) è tutt'altro che avversata dal legislatore fiscale. La minore tassazione dei *capital gain* si giustifica

invero con il regime IRES che, nel coordinare il prelievo in capo alle società con quello dei partecipanti, sposta l'obbligo in capo all'ente partecipato. Il regime dei *capital gain* non è, dunque, un'alternativa surrettizia alla cessione d'azienda da parte della società veicolo. L'art. 176, comma 3, è stato addirittura giudicato - a nostro avviso assai fondatamente, anche dal punto di vista della sua infelice collocazione - norma superflua, perché implicita nella nuova struttura dell'imposizione societaria (8).

Se una funzione si vuole attribuire a tale norma è, al più, quella di canalizzare le operazioni verso la modalità, più snella sul piano extrafiscale, della cessione delle partecipazioni, modalità che sarebbe potuta andare in crisi nel nuovo sistema caratterizzato dalla tendenziale indeducibilità dell'investimento in partecipazioni (9).

Note:

(6) G. Zizzo, «Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa», in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2008, pag. 543.

(7) Lo stesso principio è valido anche per la scissione e il fatto che non si rinvenga nel T.U.I.R. una disposizione normativa simile all'art. 176, comma 3, anche per le scissioni è da imputare alle difficoltà legislative che sarebbero occorse nell'individuare l'ambito di applicazione dell'esimente in questione, essendo agevole nell'ambito dei conferimenti d'azienda individuare l'oggetto del bene conferito: (l'azienda), mentre avrebbe necessitato di ulteriori specificazioni in materia di scissioni, nelle quali oggetto del trasferimento non sono necessariamente compendi aziendali.

(8) Cfr. R. Lupi, «La nuova disciplina IRES: le operazioni straordinarie ed i riflessi nell'elusione», in *Riv. dir. trib.*, 2004, pag. 609.

(9) Cfr. R. Lupi, *op. loc. cit.*

Infine, non può dimenticarsi che, contrariamente a quanto sempre più spesso si legge nella prassi, non vi è alcun aggiramento di obblighi o divieti fintanto che il contribuente si limiti a scegliere, tra più soluzioni considerate lecite dall'ordinamento tributario, ed ognuna in grado di assicurare lo stesso risultato perseguito, quella meno onerosa. Sembrerebbe un'ovvietà ma, di questi tempi, è sempre bene evidenziare il netto discrimine tra elusione e legittima pianificazione fiscale.

L'abuso della norma fiscale nella recente giurisprudenza di legittimità

Pur senza entrare nel merito del *trend* giurisprudenziale di legittimità e della sua evoluzione riscontrata a partire dal 2005 (10), per economia di analisi è opportuno soffermarsi sui principi di diritto affermati in alcune pronunzie pubblicate nel corrente anno.

In particolare, ci riferiamo alle sentenze 13 gennaio 2011, n. 688 e 21 gennaio 2011, n. 1372 (11).

In queste occasioni è stato segnatamente affermato e, per certi versi ribadito, che:

– «il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale»;

– «incombe all'Amministrazione finanziaria l'onere di spiegare, anche nell'atto impositivo, perché la forma giuridica (o il complesso di forme giuridiche) impiegata abbia carattere anomalo o inadeguato rispetto all'operazione economica intrapresa, mentre è onere del contribuente provare l'esistenza di un contenuto economico dell'operazione diverso dal mero risparmio fiscale (...). Il carattere abusivo deve essere escluso per la compresenza, non marginale, di ragioni extra fiscali che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione,

IL PROBLEMA APERTO

Sindacato sull'indebitamento

Sulla questione del sindacato sull'indebitamento, la Cassazione, con la sentenza n. 1372 del 2011, non pone sul tavolo la considerazione dirimente; vale a dire il monito a concentrare l'attenzione, non sulle ragioni dell'impresa o del gruppo circa la scelta di ricorrere al capitale di terzi, piuttosto sulla **verifica** se la **deduzione degli interessi passivi** rifletta nella specie «la **capacità fiscale di indebitamento**», la cui **verifica** l'attuale disciplina ex art. 96 del T.U.I.R. affida ancora a **parametri** palesemente «**forfetari**», superati i quali non dovrebbe perdurare un atteggiamento ostile nei confronti di tale scelta imprenditoriale.

ma possono essere anche di natura meramente organizzativa, e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa».

Pur nel riscontrare un certo apprezzamento da parte della dottrina, con particolare riguardo alla seconda delle citate pronunzie (12), ad avviso di chi scrive è assolutamente condivisibile la posizione di chi (13) considera ancora tutt'altro che soddisfacente il contributo esecutivo della Corte di cassazione (anche a volere, in qualche modo, cogliere i segni di un'inversione di tendenza) rispetto a controversie che,

peraltro, rischiano di sfiduciare oltremodo il mondo delle imprese (14) e dissuadere gli investitori stranieri dal localizzare nella nostra giurisdizione insediamenti economici.

Duole sottolineare la difficoltà di superare questa sorta di «sopravalutazione» e ricerca esasperata delle valide ragioni economiche o extra-tributarie, prima di ancora di apprezzare - sarebbe il caso di dire «di voler capire» - se una certa operazione o struttura di transazioni produca in concreto effetti incompatibili con lo spirito e la *ratio* di una determinata disciplina tributaria.

Note:

(10) Per un quadro di insieme e riferimenti altresì alla più recente giurisprudenza comunitaria, ex multis, cfr. M. Basilavecchia, «L'autonomia contrattuale recupera sull'abuso del diritto», in *GT - Riv. giur. trib.* n. 4/2011, pag. 287.

(11) Entrambe in *Banca Dati BIG, IPSOA*. La n. 1372 anche in *GT - Riv. giur. trib.* n. 4/2011, pag. 285, con commento di M. Basilavecchia, cit.

(12) Cfr. R. Rizzardi, «Abuso del diritto: svolta della Cassazione e della Corte di giustizia UE», in *Corr. Trib.* n. 9/2011, pag. 663; G.M. Committeri e G. Scifoni, «Per l'abuso di diritto va provata l'irrazionalità economica del comportamento del contribuente», *ivi* n. 13/2011, pag. 1077.

(13) Cfr. D. Stevanato, «Ancora un'accusa di elusione senza "aggiornamento" dello spirito della legge», in *Corr. Trib.* n. 9/2011, pag. 673.

(14) Si veda l'iniziativa assunta da ABI, ANIA e Confindustria nei confronti del Ministero dell'economia, riportata in *Italia Oggi* del 28 gennaio 2011, pag. 24.

Che questo atteggiamento si riscontri da parte degli organi ispettivi dell'Amministrazione non sarebbe così preoccupante se il contribuente non vedesse sfumare la certezza del diritto nelle aule di giustizia.

Per dare un'idea della difficoltà in cui si trovano gli operatori - inclusi i consulenti - nel valutare eventuali profili di rischio rispetto ad una determinata operazione e riferirne ad interlocutori di diversa nazionalità, basti pensare che spesso si è costretti a prescindere dall'onesto convincimento tecnico-professionale, se non altro per palesare criticità e costi di un defatigante contenzioso il cui ultimo grado, allo stato, non sembra offrire garanzia che «giustizia sia fatta».

Emblematico in tal senso è il caso del sindacato sull'indebitamento rispetto al quale, come già autorevolmente sostenuto (15), la sentenza n. 1372 del 2011 pone sul tavolo tante considerazioni, ma non quella dirimente, vale a dire il monito a concentrare l'attenzione, non sulle ragioni dell'impresa o del gruppo circa la scelta di ricorrere al capitale di terzi, quanto piuttosto sulla verifica se la deduzione

degli interessi passivi - cui peraltro fa riscontro la tassazione del provento in capo ad altro soggetto (16) - rifletta nella specie «la capacità fiscale di indebitamento», il cui esame l'attuale disciplina ex art. 96 del T.U.I.R. - in modo non dissimile dalla previgente *thin capitalization* - invero affida ancora a parametri palesemente «forfetari», superati i quali non dovrebbe perdurare un atteggiamento ostile nei confronti di tale scelta imprenditoriale.

In conclusione, a nostro avviso, finché si continuerà a discutere di «negozi anomali», «scelte organizzative», senza addentrarsi nella filosofia che motiva l'impianto normativo e i sotto sistemi che ne rappresentano la declinazione, sarà ancora e sempre prematuro parlare di «svolte interpretative».

Note:

(15) Cfr. D. Stevanato, *op. loc. ult. cit.* In argomento cfr., altresì, P. Lipardi e G. Stancati, «La nuova disciplina di indeducibilità degli interessi passivi», in *Boll. trib.*, 2008, pag. 1651.

(16) Cfr. ancora D. Stevanato, *op. loc. ult. cit.*

RIVISTE



Dialoghi Tributari

Riflessioni operative e sistematiche sulla tassazione attraverso le aziende

Coordinamento scientifico: Raffaello Lupi, Dario Stevanato

Con uno stile «snello e di sostanza» la Rivista, promossa dalla Fondazione Studi Tributari, inquadra **casi particolari** e **novità fiscali** in una **cornice sistematica** della **tassazione analitico-aziendale** dove tutti i **protagonisti** dell'**operatività tributaria** possono riconoscersi.

Gli argomenti vengono proposti sul sito postilla.it e fondazionestudistributari.com.

L'abbonamento alla rivista comprende il **Servizio Dottrina on-line** che offre direttamente dalla Home-page:

• **Rivista in anteprima**, il pdf della rivista ancora in fase di stampa;

• **La consultazione on-line dei contenuti della rivista**, grazie alla ricerca a testo libero, per autore o anno di pubblicazione.
Abbonamento annuale: € 175,00
Periodicità: bimestrale
Ipsoa, pagg. 112

Per informazioni:

- **Servizio Informazioni Commerciali:**
E-mail: info.commerciali@wki.it
Tel. 02/82476794
- **Agenzia Ipsoa di zona**
(www.ipsoa.it/agenzie)
- www.shopwki.it/dialoghi