

TESI:

PROBLEMATICHE FISCALI IN TEMA DI TRASFERIMENTO DI AZIENDA
CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE IMPOSTE INDIRETTE

INDICE:

❖ **Cap. I - *L'azienda e la sua disciplina traslativa***

1. Il concetto di azienda.

1.1. Il rapporto con l'impresa.

1.2. La natura giuridica dell'azienda: introduzione alla classificazione.

1.3. I beni aziendali.

1.3.1. La questione dell'avviamento.

2. La disciplina di circolazione.

2.1. Forma e pubblicità dell'atto.

2.2. Il divieto di concorrenza.

2.3. La successione nei contratti.

2.4. Disciplina dei crediti e responsabilità dei debiti.

2.5. Usufrutto ed affitto di azienda.

2.6. Cenni sul trasferimento dei segni distintivi.

2.7. Il trasferimento: contenuto minimo e rami d'azienda.

3. Le forme giuridiche del trasferimento.

3.1. Conferimento di azienda in società di capitali.

3.2. Scissioni e mutamenti della compagine societaria.

3.3. Trasformazione della comunione d'azienda.

❖ **Cap. II - I profili tributari.**

Parte I – Il trasferimento d’azienda ai fini IVA

1. Premessa

2. Il regime fiscale della cessione d’azienda

2.1. L’inquadramento nella normativa nazionale

2.2. Le ascendenze comunitarie

2.2.1. L’azienda ed il suo trasferimento nelle fonti comunitarie: le altre direttive di ambito tributario

2.2.2. Segue: le direttive in materia di tutela dei lavoratori

2.2.3. L’azienda come unità funzionale nell’applicazione uniforme del diritto comunitario

2.3. La giurisprudenza di Cassazione

2.3.1. Le pronunce delle sezioni civili

2.3.2. Segue: le sezioni lavoro

2.3.3. Segue: le sezioni tributarie

2.4. Ricostruzioni a confronto e profili d’incompatibilità

2.4.1. Un’interpretazione alternativa

2.5. Azienda, ramo d’azienda e complesso aziendale: una questione terminologica?

Parte II – Il trasferimento d’azienda nell’imposta di registro

3. La disciplina in materia di imposta di registro

3.1. L’alternatività IVA-Registro

3.2. La determinazione della base imponibile

3.2.1. L’avviamento

3.2.2. La rilevanza del *badwill* nella quantificazione del valore venale

3.2.3. I beni immobili

3.3. Le aliquote

3.3.1. Le imposte ipotecarie e catastali nella tassazione dei trasferimenti immobiliari a titolo oneroso

4. I profili elusivi della circolazione: risparmio legittimo d'imposta ed abuso delle forme giuridiche

4.1. L'abuso del diritto come principio generale di elaborazione giurisprudenziale

Conclusioni.

CAPITOLO PRIMO
L'AZIENDA E LA SUA DISCIPLINA TRASLATIVA

1 Il concetto di azienda.

Sconosciuta al codice di commercio del 1882, la nozione legale di azienda compare nel 1942 tra le novità introdotte dal nuovo codice civile; in precedenza era stata di pertinenza esclusiva della dottrina e giurisprudenza commerciale.

A questo riguardo, occorre ricordare il significativo risultato dell'elaborazione concettuale compiuta dalla dottrina nella prima parte del secolo scorso, quello cioè di palesare la natura oggettiva dell'azienda, liberandone la nozione *«da quell'insieme di elementi soggettivi (attività imprenditoriale, diritto ad essa, comunità di lavoro, ecc.) che ne avevano a lungo intralciato una chiara configurazione»*,¹ consentendo quindi di dettare una definizione della fattispecie azienda nei termini attuali, come risultanti dall'art. 2555 c.c., il quale recita: «L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa».

¹ A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 32 e ss. e cit. p.36; cfr. il medesimo per un'ampia esposizione delle concezioni dottrinali inerenti l'azienda per il periodo sovracitato.

1.1 Il rapporto con l'impresa.

Emerge immediatamente l'intrinseco collegamento tra l'azienda, intesa nei suoi beni della più varia natura, e l'impresa, attività al cui esercizio è destinato il complesso aziendale. Questa circostanza induce a volte ad adoperare, in maniera impropria o nel linguaggio comune, i due termini come sinonimi. In senso contrario a quanto appena riferito, vale però citare la mancanza di un riscontro di questa distinzione in altri ordinamenti giuridici, nonché nella terminologia usata a livello comunitario, la quale difetta di espressioni corrispondenti alla nozione di azienda. Nella nostra dottrina, una tesi autorevole seppur risalente, è quella secondo la quale i due concetti di azienda ed impresa si riferiscono alla stessa realtà, considerata prima nel suo aspetto statico e la seconda nel suo aspetto dinamico².

I due termini, nonostante alcune deludenti scelte semantiche del legislatore civile e costituzionale³, nell'accezione tecnico-giuridica assumono significati nettamente distinguibili: l'impresa è una attività, e più precisamente l' «attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi» ed in quanto tale inseparabile dall'imprenditore⁴ di cui costituisce un modo di operare, come peraltro si desume dalla stessa nozione legislativa *ex art. 2082 c.c.*; l'azienda invece, un complesso di beni, strumento di quella attività d'impresa e frutto di quella organizzazione. In definitiva, la nozione di imprenditore attiene alla dottrina dei 'soggetti di diritto' e costituisce una qualifica posta in relazione con l'attività esercitata; la nozione di azienda invece, attiene alla dottrina degli

² F. CARNELUTTI, Valore giuridico della nozione di azienda commerciale, in Riv. dir. comm., 1942, p.68.

³ Stupisce la superficialità tenuta dal legislatore nella redazione del riformato art. 2112 co. V, il quale ambiguamente afferma che «per trasferimento di azienda si intende qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità dell'attività economica organizzata», raffigurando il trasferimento d'azienda come mutamento di titolarità dell'impresa; stupisce ancor di più l'implicita equiparazione tra i due concetti introdotta in Costituzione con il precetto di cui all'art. 43, a tenore del quale: «[...] la legge può [...] trasferire [...] allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese».

⁴ Neanche in caso di cessione dei beni aziendali, v. Cass. 19 settembre 1968, n. 2956 e 22 gennaio 1983, n.623, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 3014.

‘oggetti di diritto’, e rappresenta, come visto poc’anzi, il risvolto oggettivo, lo strumento d’azione dell’attività dell’imprenditore, distinto dalla sua persona e passibile di autonoma circolazione⁵. Per finire, ricordiamo che nel linguaggio della scienza economica, l’azienda individua i cc.dd. ‘fattori della produzione’, ed in particolare quelli a carattere reale, costituiti cioè da un insieme di beni.

Tra i due istituti c’è dunque un rapporto strumentale, un rapporto di mezzo a fine⁶; questo non deve necessariamente essere attuale, potendo essere semplicemente prospettico: si ha azienda anche se il complesso aziendale non è ancora ‘in esercizio’.

Non è nemmeno necessario che ad ogni impresa corrisponda un’azienda, e viceversa: nonostante alcune contestazioni, generalmente la dottrina ritiene configurabili ipotesi di c.d. ‘imprese senza azienda’⁷, atteso che il requisito dell’organizzazione non è essenziale per l’assunzione della qualifica di imprenditore⁸. È opportuno precisare che il tema è strettamente legato alla dubbia ipotesi di un trasferimento di azienda composta del solo avviamento, sul quale torneremo in seguito, anche con riferimento agli effetti fiscali⁹.

Più controversa è invece l’esistenza di un’azienda senza impresa: il complesso dei beni, con il relativo valore giuridico e finalità economica, secondo alcuni permane anche nel caso l’attività dell’imprenditore cessi per una qualunque causa (atto volontario, liquidazione della società, morte dell’imprenditore)¹⁰, anche se queste ipotesi, tenuto conto della essenzialità

⁵ Cass. 6 febbraio 1951, n. 281 in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 365; Cass. 22 gennaio 1983 n. 623, cit.

⁶ Tra i numerosi e risalenti contributi in tema di strumentalità dell’azienda verso l’impresa, giova citare su tutti le chiare riflessioni di T. ASCARELLI, *Corso di commerciale*, Milano, 1962, p. 311 e ss.

⁷ Le quali ad esempio comportino attività consistenti nel mero utilizzo di mezzi finanziari.

⁸ In tema, v. G. U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull’azienda*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1983, p. 6 e 7.

⁹ Vedi § 3.2.1 del Cap. II.

¹⁰ Caso previsto tra l’altro dallo stesso legislatore all’art. 10 l. fall., dove si ammette il fallimento anche dell’imprenditore che, per una qualunque causa, abbia cessato l’esercizio dell’impresa.

della trasformazione nell'opera dell'imprenditore, sono considerate a carattere meramente temporaneo da qualificata dottrina¹¹.

Il suddetto rapporto di strumentalità non implica ancora che l'imprenditore che gestisca l'azienda debba necessariamente anche essere titolare della stessa (potendosi configurare un trasferimento temporaneo della gestione aziendale, ad es. a titolo di usufrutto o di affitto), né tantomeno che debba essere il proprietario dei beni che la compongono (l'imprenditore, in quanto organizzatore ed utilizzatore a proprio rischio degli strumenti della produzione, sempre più si allontana dalla figura del 'capitalista', che nel linguaggio economico indica il proprietario degli stessi). Occorre cioè distinguere tra azienda e suo esercizio; è il secondo, e non la titolarità della prima, che può importare la qualifica di imprenditore, potendo, come abbiamo visto, il titolare e l'esercente dell'azienda essere soggetti diversi. Questa particolare unitarietà funzionale all'esercizio dell'attività economica, impressa ai beni dall'imprenditore mediante un'attività di coordinamento, è ciò che attribuisce all'azienda un'autonoma rilevanza giuridica, rendendola meritevole, come individualità oggettiva, di una tutela espressa da parte del legislatore¹².

1.2 La natura giuridica dell'azienda: una introduzione alla classificazione.

È arduo in questa sede ripercorrere l'evoluzione che si è avuta in ambito dottrinale sul tema della natura giuridica dell'azienda, seppur con una solamente vaga pretesa di completezza. La quantità e la qualità dei contributi apportati in materia, l'autorevolezza della dottrina che se ne è occupata, sono tali da richiedere un approfondimento dedicato e specifico, che va in definitiva anche oltre agli obiettivi e alle finalità di questo studio, incentrato su alcuni aspetti della disciplina tributaria. Questi sono infatti il vero oggetto della nostra analisi; tenere a mente ciò ci aiuterà a selezionare le riflessioni di maggior rilevanza.

¹¹ F. GALGANO, *L'impresa*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pub. dell'economia*, diretto da F. Galgano, II, Padova, 1978, 47 ss.

¹² F. FIMMANÒ, *La morfologia della res azienda*, nota a Cass., sez. V, 11 giugno 2007 n. 13580, in *Notariato*, 2008, 16 ss.

In rispetto a questa premessa, non indugeremo nel ripercorrere il complesso dibattito che ha visto i fautori della tesi c.d. 'atomistica' scontrarsi con i difensori di quella 'universalistica', ma comunque ci sembra opportuno riportare alcune considerazioni, che attengono alla utilità stessa delle diverse ricostruzioni dogmatiche.

A riguardo infatti giova inizialmente ricordare le considerazioni di Salvatore Pugliatti, uno studioso che, partendo dalle fonti romane, ricostruisce la nascita e l'evoluzione del concetto di *universitas*. Egli descrive quest'ultimo, come il risultato di un processo di unificazione concettuale e terminologica di discipline attinenti a fattispecie distinte¹³. Queste erano rispettivamente considerate come un unico soggetto di diritto, a partire dal gregge, organismo «*naturale, economico e sociale*» alla disciplina del quale è da ricondursi il germe delle evoluzioni successive: fu solo in epoche successive infatti, che le analogie in esse presenti spinsero le scuole d'Oriente prima, i giuristi Giustinianeî dopo, ad individuare il concetto di *universitas*, sviluppato e corredato dai commentatori e glossatori medievali con ulteriori specificazioni.

È l'astrazione e la concettualizzazione delle discipline di diverse fattispecie che ha generato una categoria. Appare pertanto metodologicamente scorretto far discendere la soluzione di taluni problemi pratici relativi al 'complesso azienda', dalla previa adesione a questa o quella ricostruzione della sua natura giuridica¹⁴: questo modo di agire implica una evidente inversione del procedimento logico (non di rado riscontrabile in diversi campi del sapere giuridico), che è spesso motivo di forzature e generalizzazioni, di sussunzioni forzate degli istituti in categorie astratte. All'origine di ciò, sembrano esserci solo finalità ordinatorie, che cedono alla forza attrattiva esercitata da tutte le simmetrie formali, che nulla aggiungono

¹³ S. PUGLIATTI, *Riflessioni in tema di universitas*, in *Congresso giuridico nazionale in memoria di Carlo Fadda*, Milano, 1968, p. 85 e ss. L'autore muove dalle fattispecie antiche del *grex* (il gregge), della *taberna* (prodromo dell'azienda attuale), della *dos* e dell'*hereditas* (la dote e l'asse ereditario), e dalla necessità, propria dell'esperienza giuridica romana, di conferire loro una specifica disciplina giuridica.

¹⁴ G.E. COLOMBO, *L'azienda*, in *L'azienda e il mercato*, Padova, 1979, p. 2.

e nessuna utilità infine apportano alla conoscenza della materia stessa¹⁵. Quando si tengano presenti queste considerazioni, e si stia in guardia dai descritti pericoli, l'opzione per l'una o l'altra ricostruzione diviene praticamente ininfluyente.

A voler riconoscere una valenza alla contrapposizione dottrinale tra atomisti ed universalisti, si può far riferimento al periodo precedente alla codificazione del 1942: un simile approccio, poteva infatti giustificarsi come conseguenza della mancanza di una disciplina in materia, situazione che ormai non è più, data l'esplicita regolamentazione sancita dagli artt. 2555-2562 e 2112 dell'attuale codice civile.

La disciplina in parola, attinente specificamente al momento circolatorio, non sembra però aver risolto ogni problema; si tratta quindi di stabilire se, per i profili non considerati¹⁶, la disciplina debba essere quella di un bene unitario o quella di una pluralità di beni singoli. Le difficoltà sono acuite dal fatto che, anche per gli aspetti esplicitamente regolamentati, alcuni sembrano ispirati ad una considerazione dell'azienda come un '*quid* unitario', altri invece alla considerazione della stessa come una pluralità di beni.

Le lacune del sistema andranno quindi colmate con l'interpretazione delle norme, considerate sia singolarmente, sia tra loro collegate; bisognerà inoltre verificare caso per caso, se gli interessi coinvolti siano meglio tutelati nell'applicazione della disciplina dei singoli beni (in considerazione della loro natura o del titolo giuridico in base al quale l'imprenditore ne dispone) o di quella prevista dall'art. 816 c.c. per le universalità di beni mobili¹⁷.

Si è discusso a lungo anche sulla possibile qualificazione dell'azienda come un *quid novi* giuridico, consistente in un bene nuovo ed a sé stante, separato e distinto rispetto ai beni che lo compongono, ed oggetto di un diritto diverso rispetto ai diritti sui singoli elementi. Si è cioè discusso sulla

¹⁵ Queste riflessioni ci torneranno utili nella seconda parte del presente lavoro, allorché dovremo analizzare la valenza della ricostruzione civilistica con riferimento alla normativa tributaria, e delle eventuali (e presumibili) divergenze ivi riscontrabili.

¹⁶ Ad esempio la possibilità di una tutela possessoria o petitoria del 'complesso azienda' distinta da quella dei singoli beni, la configurabilità di un suo usufrutto o pegno e, in materia di modi di acquisto, l'ammissibilità dell'usucapione d'azienda indipendentemente dalla usucapione dei singoli elementi di essa.

¹⁷ F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2011, p. 111

cosiddetta 'proprietà del complesso', distinta da quella dei singoli beni. Anche questa tesi, come quelle relative alla natura giuridica dell'azienda, si è sviluppata principalmente sotto il vigore della codificazione precedente che difettava di una disciplina esplicita e, come quelle, vede attualmente la sua rilevanza ridotta di molto. È per questo motivo, comunque, che si preferisce parlare di 'titolarità' e non di 'proprietà' dell'azienda¹⁸. Si tende cioè, a riconoscere una rilevanza giuridica all'unità aziendale unicamente in ordine a settori limitati dell'ordinamento giuridico: l'azienda potrà ad esempio costituire oggetto di un negozio unico, che considera unitariamente i vari suoi beni (è questo il caso del trasferimento dell'azienda o del suo godimento), ma non potrà costituire di per sé oggetto di diritti reali distinti dai diritti reali sulle cose che la compongono, idea confermata dal fatto che queste ultime possono a loro volta essere oggetto di proprietà di persone diverse¹⁹. L'alienazione dell'azienda è, infatti, una «operazione negoziale unica volta ad attribuire al cessionario il complesso funzionalmente organizzato dei beni aziendali»²⁰. Un ulteriore e decisivo argomento a sfavore dell'esistenza di un 'nuovo bene azienda' emerge dal primo comma dell'art. 2556 c.c., il quale, regolando il relativo contratto di cessione, non ne prevede una legge unitaria di circolazione e, facendo «salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono

¹⁸ Tale preferenza è accordata anche in relazione all'eventualità, precedentemente descritta, che il titolare non sia il proprietario dei singoli beni aziendali; risolvendosi così la 'titolarità dell'azienda' nella 'titolarità dei diritti' (che non sempre sono di proprietà).

¹⁹ G. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Varese, 1959, p. 692; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 321. In particolare, quest'ultimo esclude che si possa parlare generalmente di tutela possessoria o petitoria del 'bene azienda'; *contra* M. CASANOVA, voce *Azienda*, in *Nss. dig. it.*, a cura di A. Azara - E. Eula, Torino, 1957, p. 4/5 e 9, che, una volta introdotto e precisato il concetto di 'proprietà dell'azienda', ne deduce logicamente la nozione di possesso e rivendicazione della stessa, quest'ultima quale 'azione diretta a stabilire uno stato di fatto corrispondente alla titolarità giuridica dell'azienda, concepita come proprietà globale su di essa'.

²⁰ C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, vol. VII, tomo 1, 1972, p. 192, secondo cui la ricostruzione della vendita di azienda come operazione negoziale unica, «non implica che l'azienda sia oggetto unico di diritto: ma semplicemente che l'insieme dei beni organizzati che vi ineriscono in funzione dell'esercizio dell'impresa, sono accomunati economicamente e normativamente in un profilo unitario che rileva, tra l'altro, in tema di alienazione»

l'azienda» ne preclude di fatto secondo alcuni²¹ una identificazione unitaria e sovraordinata rispetto ai beni singoli.

Una delle ricostruzioni più risalenti è quella dell'azienda come *universitas rerum*, da ricondursi nella nozione dell'art. 816 c.c. sulle universalità di beni mobili. Questa ricostruzione è stata fondata sulla svalutazione dei due ostacoli testuali riportati da tale norma: basta difatti leggere il primo comma dell'art. 816, per notare come l'azienda non risponde a tutti i requisiti ivi richiesti: sebbene abbia in comune con le universalità ivi descritte, il fatto di essere costituita da una pluralità di cose caratterizzate da destinazione unitaria²², essa difetta dell'appartenenza delle medesime ad una stessa persona, nonché dell'esclusiva composizione in beni mobili.

Un'altra ricostruzione della *universitas* le attribuisce un significato generico e atecnico, individuandone l'origine nella mera destinazione unitaria dei beni²³.

Più calzante sarebbe da ritenere il riferimento al primo comma dell'art. 670 c.p.c. in materia di sequestro giudiziario, ove si prevede che il giudice possa autorizzare il sequestro «...*di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità i beni...*», attraverso il quale si potrebbe sostenere la riconduzione dell'azienda nel novero delle 'universalità' più genericamente intese²⁴, rimuovendo il riferimento a quelle 'di beni mobili' di cui all'art. 816 c.c., ed individuando di fatto una 'speciale universalità di beni', *species* del *genus* universalità, dai requisiti e caratteristiche deducibili dagli artt. 2555 e ss. del codice civile.

Nonostante questa sia la tesi pressoché costante della Cassazione²⁵, non bastassero le critiche sulla formalità e fragilità di questa diversa

²¹ Cfr. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 5^a ed., vol. I, Milano, 2006, p. 144.

²² M. CASANOVA, voce *Azienda*, cit., p.6. specifica che, anziché di 'unitarietà di destinazione' sarebbe meglio parlare di 'coordinazione', dato che ciascun elemento ha una destinazione diversa, propria della sua funzione particolare, sebbene teleologicamente convergente con le destinazioni degli altri beni.

²³ M. CASANOVA, *Impresa e Azienda (Le imprese commerciali)*, in Tratt. dir. civ. it., vol. X, Torino, 1974, p. 349.

²⁴ M. CASANOVA, *Impresa e Azienda*, cit., ibidem.

²⁵ Cfr. Cass. 16 giugno 1967, n. 1416 in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, p. 425; Cass. 10 marzo 1980, n. 1584, in *Foro it. Rep.*, 1980, c. 241, n. 16; Cass. 27 marzo 1996, n. 2714, in *Foro it. Rep.*, 1996, c. 568, n. 7 e Cass. 13 giugno 2006, n. 13676, in *Foro it. Rep.*, 2006, c. 728, n. 12, con la generica formula di *universitas rerum*.

ricostruzione (e le altre mosse in tema di beni aziendali), sarebbe comunque da sottolineare la sua sostanziale improduttività di effetti, posto che non esiste alcuna norma (a parte il citato art. 670 c.p.c.) che disciplini una *universitas* diversa da quella mobiliare *ex art. 816*: da ciò deriva l'inutilità di una tale qualificazione, che rimane di natura meramente linguistico-formale²⁶.

In questa sede preme ribadire quanto detto in precedenza, e cioè la scarsa valenza pratica delle diverse ricostruzioni, a prescindere dalla solidità delle argomentazioni a loro supporto (e a maggior ragione per quanto riguarda quella adottata dalla giurisprudenza, più diffusa nonché più criticata).

Alcuni affermano che sia comunque possibile estendere, in via analogica o parziale, ai beni del complesso aziendale alcune delle norme dettate con riferimento anche alle universalità di beni: ad esempio la non sottoposizione alla regola del 'possesso di buona fede vale titolo' dei beni mobili aziendali di proprietà dell'imprenditore *ex art. 1156*, il termine ventennale di acquisizione per usucapione dei beni aziendali *ex art. 1160* in luogo di quello decennale previsto per i beni mobili, l'esperibilità dell'azione di manutenzione *ex art. 1170* per la tutela del possesso dei beni aziendali *ex art. 1170*²⁷. Senonché a questi fini non è a mio avviso necessaria una riconduzione dell'azienda nella categoria 'universalità'; basterà verificare a sussistenza di una identità di *ratio* nell'applicazione delle norme suddette. La disciplina sostanziale da applicare ai casi concreti sarà dunque quella strettamente derivata dall'interpretazione delle norme positive e dall'analisi attenta degli interessi da esse di volta in volta tutelati²⁸.

1.3 I beni aziendali.

Abbiamo visto come l'azienda sia costituita essenzialmente da un complesso di beni eterogenei, unificati da quell'elemento teleologico definito

²⁶ G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 8.; nello stesso senso, vedi G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 145.

²⁷ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 146.

²⁸ G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 3.

‘funzionalità’²⁹, ossia la capacità di servire l’azienda, frutto a sua volta del coordinamento e dell’organizzazione impressi dall’imprenditore³⁰. Con specifico riferimento ai beni, questo vincolo funzionale assume una duplice valenza: anzitutto rende indifferente la loro eterogeneità, sia sotto il profilo della diversa natura e consistenza (i beni potranno essere mobili ed immobili, materiali ed immateriali), sia sotto il profilo del diverso titolo giuridico in base al quale il titolare ha il diritto di utilizzarli (diritto reale o rapporto obbligatorio)³¹. In secondo luogo, un dato meno evidente ma altrettanto importante è la caratteristica propria del suddetto vincolo di attribuire al complesso dei beni un ‘connotato qualitativo costante’, tale da rendere irrilevante il cambiamento dell’entità degli elementi che concorrono a formarlo. Viene così recepito quel dato fattuale ed incontrovertibile, connaturato alla vita stessa di una azienda, che è l’iter di avvicendamento dei beni che la compongono: ad es. quello relativo ai macchinari produttivi sostituiti per obsolescenza o quello, più rapido, della rotazione dei beni nel magazzino³².

Dato forse scontato ma ineliminabile riguardante il ‘contenuto’ dell’azienda, è che essa non sussiste in assenza di beni; ciò implica intuitivamente, che colui il quale disponga solo della propria attività sia privo azienda, la quale non può di conseguenza aversi per il lavoratore autonomo; è inoltre escluso che i ‘beni’ componenti l’azienda possano ridursi al solo denaro, poiché nei confronti di questo manca la possibilità di una sua oggettiva qualificazione in funzione di un fine.

È necessario a questo punto addentrarci nella più puntuale analisi dei beni costituenti l’aggregato aziendale: la problematica della loro identificazione è da sempre strettamente connessa all’analisi della natura

²⁹ A. AULETTA, *Dell’azienda*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja–Branca, Bologna, 1961.

³⁰ G. MINERVINI, *L’azienda*, in *L’imprenditore*, Napoli, 1959, p. 122.

³¹ P. SPADA in *Lezione sull’azienda*, in *L’impresa*, a cura di B. Libonati e P. Ferro Luzzi, Milano, 1985, alle pp. 45 e ss. parla di ‘situazione possessoria specifica’ per sottolineare l’irrilevanza del titolo di appartenenza dei singoli beni e, per converso, l’importanza della componente organizzativa; M. CASANOVA, alla voce *Azienda*, cit., p. 8, pone alla base della nozione di titolarità d’azienda, un vasto e duttile concetto di *appartenenza*, il quale, anche in ambito giuridico, non significa invero soltanto appartenenza in proprietà. «*Un bene -sostiene Casanova- appartiene simultaneamente a titoli diversi a tutti i soggetti che hanno, sopra di esso o rispetto ad esso, un diritto*».

³² F. MARTORANO, *L’azienda*, in *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 110.

giuridica dell'azienda. Le due tematiche sono caratterizzate anche da una simile intensità di divergenze dottrinali, che nel caso specifico hanno origine nell'art. 2555 c.c.. Nonostante l'apparente semplicità della sua formulazione, quest'ultimo ha difatti ingenerato controversie proprio in riferimento alla locuzione 'complesso dei beni organizzati', con specifico riguardo alla portata normativa e al contenuto da attribuire alla categoria dei beni.

Come è stato ben evidenziato³³, la questione centrale su cui la dottrina è apparsa divisa si incentra nella ricostruzione delle intenzioni del legislatore: nel definire l'azienda, secondo i fautori della tesi omnicomprensiva questi ne avrebbe recepito il concetto economico-sociale, tale da ricomprendere anche contratti, crediti, e servizi (e secondo alcuni anche i debiti), cioè i rapporti disciplinati dagli artt. 2558, 2559, 2560 e dall'art. 2112 del c.c.; sul fronte opposto sono collocati coloro che ritengono che la lettera dell'art. 2555 non consenta di avallare una interpretazione estensiva del termine 'beni', al quale pertanto dovrebbe essere data un'accezione più ristretta, in modo tale racchiudervi esclusivamente le «*cose che possono formare oggetto di diritti*» secondo la definizione datane dall'art. 810 c.c.. Corollario di questa seconda posizione è che i menzionati rapporti giuridici, dalla dottrina variamente denominati come 'patrimonio aziendale' o 'complesso aziendale pertinenziale', non facciano parte dell'azienda intesa in senso giuridico, bensì soltanto in senso economico, e che esse quindi si trasferiscano solo per effetto del trasferimento di questa (cd. tesi 'dualistica'). Anche nella manualistica di rilievo³⁴, si riporta l'estraneità degli apporti collaborativi (i 'servizi') rispetto al concetto di bene di cui al codice civile. Quest'ultimo si riferisce infatti ad entità concettualmente distinguibili dalla persona umana e passibili di appropriazione da parte di altri soggetti; altresì è escluso che dell'azienda facciano parte i rapporti patrimoniali inerenti l'esercizio dell'impresa (crediti, debiti, contratti), giustificandosi l'attenzione del legislatore verso di essi con la funzione strumentale che tali rapporti hanno rispetto alla successione nell'impresa, cui l'acquisto dell'azienda è (o dovrebbe essere) finalizzato, sebbene siano entità giuridicamente ben distinte dal complesso di beni *ex art. 2555 c.c.*

³³ G. AULETTA, voce *Azienda*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, 1988, p. 4 e 5.

³⁴ Cfr. V. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, 10^a ed., Torino, 2011, p. 112.

Ulteriore posizione proposta ³⁵ è quella che suggerisce un temperamento tra le due tesi appena citate, negando che tra esse sussista un vicendevole contrasto, giacché risponderebbero rispettivamente a due esigenze distinte: l'individuazione del contenuto possibile o normale dell'azienda (la prima teoria) e la determinazione del contenuto necessario e sufficiente affinché un insieme di beni possa qualificarsi azienda, al fine poi di applicarvi la relativa disciplina di trasferimento specialmente nei suoi connotati inderogabili (la seconda teoria).

È interessante a mio avviso, ripercorrere l'iter argomentativo con cui certa dottrina³⁶ giustifica l'esclusione dei rapporti giuridici esaminati dal concetto di bene aziendale: a questo scopo infatti, la tematica viene scissa nei due momenti distinti, il primo riguarda la ricostruzione della disciplina del 'bene giuridico' a livello di ordinamento generale, al fine di verificare l'eventuale inclusione in essa dei contratti, dei crediti e dei debiti; in un secondo momento invece, si procede con l'accertamento che la legge, in materia di azienda, non si discosti da codesto significato generale.

La prima questione viene affrontata con la constatazione che l'art. 810 c.c., norma base dell'individuazione del 'bene giuridico', attua una netta distinzione tra beni e diritti, affermando asciuttamente che «*sono beni le cose che possono essere oggetto di diritti*». Questa tesi è rafforzata, secondo la dottrina citata, dall'art. 813 c.c., che estende la disciplina di circolazione dei beni mobili ed immobili ai diritti che li hanno ad oggetto, ribadendo così implicitamente la loro distinzione³⁷. Se fosse vero il contrario -si sostiene- e cioè se i diritti sui beni fossero (a loro volta) beni, l'art. 813 sarebbe inutile.

Per quanto attiene al secondo problema, la soluzione riportata³⁸ deriva dalla semplice osservazione che per quanto nell'ordinamento esistano singole ipotesi nelle quali l'espressione 'bene' assume un significato più

³⁵ G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., *ibidem*.

³⁶ Prendiamo come riferimento le considerazioni svolte da G.E. COLOMBO, in *L'azienda*, cit., p. 20, riprese dallo stesso autore in *La cessione d'azienda*, in *Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa - Atti*, Comitato regionale notarile lombardo, Milano, 1994.

³⁷ Dal medesimo articolo perviene a conclusioni diametralmente opposte G. MINERVINI, *L'azienda*, cit. p. 124 e ss., nel senso di definire il 'bene' come utilità, come interesse tutelato dal diritto, destinatario sia «*di diritti assoluti che di diritti relativi (di credito in senso ampio)* ». I servizi pertanto sarebbero «*utilità che formano oggetto di diritti relativi (di credito)*».

³⁸ G.E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 22.

ampio della definizione legale di cui all'art. 810 c.c.³⁹, ciò non permette all'interprete di operare similmente in ambito aziendale, poiché in quei casi lo scostamento dalla nozione generale è giustificato da esigenze proprie di quei limitati settori, non estendibili ad altri ambiti, specialmente nel caso in cui non si riscontrino indizi normativi che lo permettano.

Tutto questo non ha impedito ad altra parte della dottrina, né alla prevalente giurisprudenza, di affermare che dell'azienda fanno parte anche i rapporti giuridici; e ciò è avvenuto sia prescindendo dalle considerazioni appena ricordate sulla natura del bene giuridico, sia argomentando a partire dalla considerazione unitaria delle norme di cui agli artt. 2555, 2558 (successione nei contratti), 2559 e 2560 c.c. (crediti e debiti relativi all'azienda ceduta), dai quali si desumerebbe la 'normale consequenzialità' del trasferimento dei rapporti giuridici aziendali rispetto alla cessione del complesso dei beni. Da ciò si fa discendere il fatto che i rapporti citati siano riconducibili agli elementi costitutivi dell'azienda.

Questa conclusione è stata a sua volta oggetto di critica, poiché è stato osservato che difetta una effettiva e necessaria consequenzialità tra i due trasferimenti, essendo il primo trapasso, relativo ai rapporti giuridici, un effetto solamente 'naturale' del secondo, relativo ai beni: volendo infatti prescindere da quanto prima accennato sul contenuto da dare alla categoria 'beni', si potrebbe ammettere che questa ricomprenda anche i 'rapporti', e che quindi abbia un significato più ampio di quello generalmente inteso, solo se dalla lettera degli articoli 2558, 2559 e 2560 c.c. si potesse evincere il fatto che i rapporti contrattuali e l'azienda subiscano necessariamente la medesima sorte in fase di cessione, così da doverne desumere la coesistenzialità dei primi alla seconda. Senonché è ben chiara dal testo normativo -come vedremo meglio nei prossimi paragrafi- la permanenza della fattispecie di trasferimento d'azienda anche quando venga escluso il trasferimento dei rapporti giuridici, dei quali non potrà quindi essere dedotta una qualificazione di 'costitutività imprescindibile' al fine dell'individuazione di un'azienda come tale⁴⁰.

³⁹ Ad es. l'art. 2740 c.c., dove i 'beni presenti e futuri' indicano sicuramente la globalità del patrimonio, ma anche gli artt. 588 e 674 c.c., in materia di disposizioni testamentarie.

⁴⁰ Su tutte, Cass. 15 febbraio 1979 n. 1001; v. nota 44.

Pertanto, conseguenza logica e naturale di tale ragionamento è l'ammissibilità di una esclusione dal trasferimento d'azienda di tutti i rapporti giuridici ad essa inerenti, senza che per questo l'atto di trasferimento venga meno; atto che invece sarebbe semplicemente privo di senso se l'esclusione totale riguardasse i 'beni' nell'accezione prima considerata, giacché minerebbe la causa sostanziale dell'atto.

Discorso correlato ma distinto è quello che inerisce l'attributo di essenzialità, proprio, secondo la maggior parte della dottrina, di quei determinati beni la presenza dei quali è indispensabile al fine di identificare in un atto la fattispecie di 'trasferimento d'azienda'. Quando questo si verifica, la finalità primaria del legislatore è quella della tutela del coordinamento e dell'efficiente organizzazione del complesso dei beni, l'effettiva esistenza del quale, implica che alcuni tra beni in esso contenuti debbano essere considerati come essenziali e indefettibili, anche se, come precedentemente detto, tra di essi non figurerebbero i rapporti giuridici.

Ulteriore caratteristica di questi beni è che una eventuale nullità del loro trasferimento determina la nullità dell'intero negozio traslativo. Alla stessa conclusione si giunge nel caso si verifichi la loro evizione, nel caso sia denunciata la presenza di vizi o la mancanza di qualità essenziali. Ugualmente carente di sostrato normativo è il rapporto che intercorre tra la circolazione dell'azienda e le licenze amministrative, che in molti casi condizionano la regolarità dell'esercizio. Sembra pertanto comunque da ammettersi la validità della vendita di azienda, quale che sia la sorte della licenza⁴¹, dato anche il fatto che l'intestazione della stessa non costituisce elemento decisivo per conferire la qualifica di esercente l'impresa⁴².

C'è chi⁴³, partendo da queste considerazioni, ha però mosso una critica alla tesi che esclude i rapporti giuridici dalla categoria dei beni, intesi quindi 'in senso stretto': viene osservato infatti che *«spesso il passaggio di rapporti contrattuali inerenti all'azienda condiziona il suo trasferimento, e non può quindi considerarsi meramente consequenziale»*; si adducono come esempi il

⁴¹ T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 347.

⁴² Cass. 25 ottobre 1955, n. 3477, *Giust. civile*, 1956, I, p. 435.

⁴³ G. C. M. RIVOLTA, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 43. In senso analogo F. GUERRERA, *I trasferimenti d'azienda*, Milano, 2000, p.28.

«passaggio del rapporto locatizio immobiliare nel trasferimento di aziende alberghiere» e il «passaggio delle licenze nel trasferimento di aziende per lo sfruttamento di brevetti».

A queste critiche viene risposto che gli esempi riportati hanno comunque ad oggetto 'beni aziendali' e non puri rapporti giuridici, e che di conseguenza l'obiezione sollevata non risulta avere una forte pregnanza. Le fattispecie oggetto degli esempi riportati infatti, sono facilmente riconducibili nei 'beni organizzati per l'esercizio dell'impresa' di cui all'art. 2555 c.c., il quale si riferisce, come più volte illustrato, non solo ai beni di proprietà dell'imprenditore ma anche a quelli a lui collegati da diritti di godimento: ben ricompresi saranno quindi gli immobili goduti in forza di un rapporto di locazione nonché i brevetti utilizzati tramite licenze. 'Trasferire' beni aziendali, secondo pacifica opinione, significa trasferire i beni nella situazione giuridica in cui si trovano presso l'alienante, che sia proprietà, usufrutto o diritto personale di godimento.

Ciò per alcuni⁴⁴ darebbe conferma implicita del fatto che solo i beni possono costituire elementi essenziali dell'azienda, la quale non sarebbe insieme di beni e rapporti, ma solo di beni.

Sembrerebbe a questo punto esserci una prevalenza di una tra le tesi ricostruttive della qualificazione dei beni aziendali. Ma il dibattito dottrinale è serrato, ed anche questa conclusione non è rimasta esente da critiche ed osservazioni, alcune delle quali aventi rilevanza sostanziale: il primo contributo in tal senso viene dall'aggiunta agli esempi del Rivolta (v. nota 36), di uno ulteriore, e cioè del caso dell'impresa 'di servizi' in cui il fattore lavoro, e cioè la prosecuzione dei rapporti di collaborazione con dipendenti ed ausiliari particolarmente qualificati rivesta portata preminente rispetto ai beni in senso stretto, in questo caso agevolmente surrogabili perché non essenziali⁴⁵. Questo esempio non sembra essere risolvibile con l'*escamotage* utilizzato in precedenza: si giungerebbe difatti alla logica conclusione di poter escludere l'esistenza di un'azienda ogni qual volta essa non constasse, oltre che di servizi, anche di 'cose', cioè di 'beni' secondo l'interpretazione

⁴⁴ In particolare G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 26.

⁴⁵ M. S. SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 692 e ss.

ristretta mostrata in precedenza. Ciò solleva perplessità, e ripropone la domanda: cosa è definibile 'azienda'?

Un colpo ancor più decisivo viene da dottrina particolarmente attenta alle questioni aziendali: «*Non bisogna confondere le cose e le opere, che solo possono costituire elementi dell'azienda, con il tipo di rapporto giuridico in forza del quale il titolare dell'azienda se ne assicura la disponibilità e quindi può organizzarle nell'azienda (su questo diverso piano, mentre delle cose si può disporre in forza di diritti reali, diritti di credito, o rapporti a prestazioni corrispettive, delle opere si può disporre solo mediante rapporti del secondo e terzo tipo)*»⁴⁶.

L'autore prosegue efficacemente: «*Ogni equivoco si evita indicando gli elementi dell'azienda direttamente in quelle entità che servono all'esercizio dell'impresa e non indirettamente attraverso quei rapporti e diritti, per mezzo dei quali ne viene assicurata la disponibilità*».

Secondo Auletta non sussiste, ai nostri fini, la differenza tra beni e rapporti, potendo essa ridursi alla semplice diversità delle modalità attraverso le quali l'imprenditore se ne assicura la disponibilità.

Questa lettura sostanzialmente dissolve la necessità di una analisi qualitativa degli elementi costituenti la categoria dei beni dell'aggregato aziendale, eliminando di fatto la necessità di dirimere la questione della loro riconducibilità o meno alla nozione di cui all'art. 810 c.c. Quest'ultimo ben potrebbe essere definito un falso problema, in quanto il legislatore -come meglio vedremo in seguito- prende in considerazione l'azienda ed i suoi elementi costituiti solamente in funzione di aspetti specifici, esplicitamente disciplinati, come il momento traslativo oggetto della nostra analisi. Sterile sarebbe, come precedentemente visto in riferimento alla natura giuridica dell'azienda, ricercare secondo un percorso logico-giuridico la discendenza dei 'beni aziendali' dalla nozione generale di 'bene giuridico'; ciò anche in virtù del fatto che il legislatore, in quanto entità astratta e personificazione di soggetti appartenenti a tempi, culture ed interessi diversi, è privo di quell'unità di intenti e di *rationes* che giustificerebbero la ricerca di un

⁴⁶ G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., *ibidem*.

disegno coerente tra vari rami dell'ordinamento, finanche tra gli articoli dello stesso codice civile.

Tornando al nostro ridotto campo d'osservazione, Auletta così continua nella critica alla nozione di azienda 'in senso stretto': *«Se azienda è il complesso funzionale all'esercizio dell'impresa, ciò implica che non sia possibile stabilire a priori e con riferimento ad ogni azienda quali elementi siano necessari alla funzionalità e quali sopprimibili. È vero che dagli artt. 2558 e 2559 c.c. può desumersi che nel trasferimento di azienda è possibile escludere servizi e beni in godimento [...] conservando l'azienda (e quindi la funzionalità); ma le norme vanno riferite ad una eventualità, e non ad una costanza di esclusione, dovendo poi giudicarsi, in base agli elementi esclusi, della permanenza dell'azienda nonostante l'esclusione. Né la situazione è diversa per i beni aziendali oggetto di diritti reali».*

Un primo approdo sembra essere pertanto il fatto che non esistano beni aventi una funzione costante nell'azienda⁴⁷, i quali aprioristicamente possano qualificarsi sempre e comunque come essenziali. Beni – nell'accezione allargata – che siano insostituibili in un'azienda possono avere funzione accessoria in un'altra; beni in proprietà possono essere sopprimibili e beni in godimento possono invece non esserlo.

In definitiva, saranno da considerare 'essenziali' al fine dell'individuazione concreta dell'azienda tutti quei beni o servizi difficilmente sostituibili, comunque fondamentali per il mantenimento dell'identità del progetto imprenditoriale; rilevante sarà il giudizio fondato sulla funzione svolta da ogni elemento, non quello sul rapporto giuridico che lo ha ad oggetto.

1.3.1 La questione dell'avviamento.

⁴⁷ Conclusione cui era già arrivata la giurisprudenza: cfr. Cass. 15 febbraio 1979 n. 1001, ove si afferma: «Se, in linea di principio, la cessione dell'azienda importa la cessione dei debiti e dei crediti ad essa inerenti, dagli artt. 2559 e 2560 c.c. si desume che è consentito ai contraenti di pattuire che le passività ed i crediti dell'azienda siano esclusi dalla cessione, senza peraltro che ciò determini un'alterazione concettuale e giuridica della nozione di azienda».

Prima di passare all'analisi della disciplina prevista per il trasferimento, per ragioni di completezza è necessario accennare all'avviamento, elemento aziendale fin qui non ancora preso in considerazione. Similmente a quanto precedentemente considerato per altri istituti, anche dell'avviamento non sarà necessario ai nostri fini analizzare l'intera eredità ricostruttiva lasciataci dalla dottrina: sarà sufficiente infatti tenere a mente alcune considerazioni fondamentali.

Il complesso dei beni dell'azienda, essendo destinato ad attività di produzione e scambio, è caratterizzato per l'appunto dall'avviamento, qualità priva di carattere naturalistico che attiene all'utilità economica dell'azienda, essendo un riflesso della visione funzionale e teleologica dei beni del complesso aziendale. L'avviamento di una azienda costituisce cioè l'attitudine della stessa a produrre utili, ed in quanto tale non è considerata una qualità essenziale, essendo innegabilmente 'aziende' anche quelle che producono perdite; nel caso invece di azienda in attivo, sarà espressione della capacità effettiva a produrre utili, e sarà quantificabile nel maggior valore dell'azienda rispetto alla somma dei valori di mercato dei singoli beni separatamente considerati⁴⁸. L'avviamento misura la capacità prospettica di reddito dell'azienda ed è pari alla «capitalizzazione in valore attuale dei redditi futuri sperati»⁴⁹.

L'avviamento «costituisce un elemento non essenziale, ma che quando esiste non può avere una vita autonoma o separata dall'azienda»⁵⁰ e non può di conseguenza essere oggetto di autonoma circolazione, sebbene abbia una valutazione economica che si manifesta generalmente a fini contabili e nel momento del trasferimento.

L'avviamento quindi non è altro che un risultato di fatto, che può discendere dalle cause più svariate: buon coordinamento dei beni, dei

⁴⁸ L'avviamento è stato definito in giurisprudenza come «una qualità dell'azienda» (Cass. 4 dicembre 1963, n. 3080) che consiste nella «sua attitudine a produrre profitti» (Cass. 17 settembre 1963, n. 2356) e che «consente ad un complesso aziendale di conseguire risultati economici diversi (ed in ipotesi, maggiori) di quelli raggiungibili attraverso l'utilizzazione isolata dei singoli elementi che lo compongono» (Cass. 2 agosto 1995, n.8470). In tema, vedi anche Cass. 17 ottobre 1969, n. 3404 in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 220; Cass. 11 gennaio 1974, n. 91, in *Rep. Foro it.*, 1974, n. 14; Cass. 25 giugno 1981 n. 4142.

⁴⁹ Cass. 21 aprile 1964, n. 951.

⁵⁰ Cass. 21 luglio 1967, n. 1889.

fornitori e dei collaboratori, conoscenza del marchio presso il pubblico, buona collocazione nel segmento di mercato o nel tessuto del territorio, capillarità nella diffusione dei prodotti, spiccate qualità personali del titolare, *et cetera*. È ovvio che alcune di queste cause possono derivare dalla qualità di specifici beni del complesso aziendale, come altre da caratteristiche soggettive ed altre ancora da situazioni di fatto; ecco perché si parla di fattori oggettivi e soggettivi dell'avviamento⁵¹.

Per quanto riguarda la relativa tutela, essa non è direttamente sancita dall'ordinamento, ma viene ricollegata direttamente alla tutela dei singoli fattori da cui l'avviamento deriva.

Alcuni fattori dell'avviamento sono suscettibili di trasferimento (generalmente quelli oggettivi), altri invece non lo sono (come le doti personali del precedente titolare), potendo però essere prevista una specifica tutela, c.d. *obligatio non faciendi*, per impedire che il cedente possa esercitare una concorrenza pregiudizievole nei confronti dell'acquirente (ai sensi dell'art. 2557 c.c., che verrà analizzato nei prossimi paragrafi).

In questa sede ci preme sottolineare l'impossibilità di parlare di un 'titolare dell'avviamento': vi è difatti soltanto un soggetto, il titolare dell'azienda, che gestisce i relativi beni che la compongono, godendo così dell'avviamento che ne scaturisce, e che da essi non è scindibile, ma semmai solo astrattamente frazionabile, proprio in relazione ai distinti singoli fattori che lo generano. Riteniamo per questi motivi che sia superfluo argomentare ulteriormente circa l'infondatezza della tesi che fa dell'avviamento un bene: si tralascia infatti la differenza tra cose e loro utilità, lasciandosi fuorviare dal fatto che questa abbia un proprio autonomo valore economico.

Similmente si può dire della clientela, che in passato è stata inserita nel novero dei beni aziendali o addirittura identificata con l'avviamento stesso: l'abitudine del flusso dei fruitori dei beni e dei servizi prodotti dall'impresa, pur avendo un valore spesso molto rilevante, non costituisce invero un oggetto di diritto autonomamente trasferibile, ma bensì una situazione di fatto, frutto a sua volta dei fattori dell'avviamento; essa diviene in ultima analisi compartecipe, non espressione unica della creazione di quel

⁵¹ T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 339 e ss.

maggior valore che l'azienda può vantare in sede di quantificazione del prezzo di trasferimento. Inoltre, coloro i quali fanno della clientela un bene immateriale, dimenticano che se essa costituisse oggetto di un diritto assoluto, sarebbe altresì tutelabile nei confronti di qualsiasi atto di concorrenza, generando effetti paradossali quali ingiuste tutele di profitto e nascita di posizioni monopolistiche.

2 La disciplina di circolazione.

Come abbiamo precedentemente anticipato, la disciplina codicistica che verte sull'azienda ha ad oggetto essenzialmente il momento della sua circolazione, ed in particolare la fattispecie del trasferimento *inter vivos* della titolarità⁵² dei beni aziendali. Ovviamente il trasferimento dell'azienda può avvenire anche *mortis causa*⁵³, salvi specifici adattamenti alla disciplina.

La cosiddetta 'circolazione' include varie tipologie contrattuali, come vendita, conferimento, permuta, donazione *et cetera*, ciascuna riferibile sia ad un'azienda che ad un suo ramo. Queste sono riconducibili in sostanza alla categorie del trasferimento della proprietà (cessione) o del godimento (affitto), ed ognuna è caratterizzata dalla propria disciplina, che si va ad aggiungere alle norme che il codice detta agli artt. 2556 e ss. con esclusivo riferimento ai quei trasferimenti aventi ad oggetto un complesso aziendale. È proprio a questi fini che, ricordiamolo, l'azienda assume una tipica connotazione dovuta alla tutela degli specifici interessi in gioco: il regime normativo richiamato mira difatti a favorire la conservazione dell'unità economica e del valore di avviamento quale risultato del trasferimento dell'azienda, eliminando o attenuando alcune delle regole che presidono ai rapporti di scambio contenute nel libro IV del codice civile. È necessario ricordare, infine, che non sempre il termine azienda viene legislativamente utilizzato nel significato fissato dall'art. 2555: anche nella stessa disciplina codicistica inerente al trasferimento dell'azienda, ad esempio, è stata

⁵² Secondo il significato poc'anzi illustrato, ricomprendente cioè la varietà di posizioni che il titolare può avere rispetto ai vari beni aziendali.

⁵³ Ne è conferma l'art. 2565 u.c. che, in materia di uso di ditta derivata, parla di "*successione nell'azienda per causa di morte*", da cui si evince che l'azienda può essere oggetto sia di chiamata all'eredità che di legato.

recentemente introdotta (con la modifica dell'art. 2112 apportata dal d.lgs. 18/2001) una più specifica ed ampia nozione di azienda con riferimento alla disciplina dei contratti di lavoro.

Perciò anche in questo caso vale sottolineare che le definizioni legislative della realtà hanno carattere relativo e non assoluto, in quanto funzionali alla soluzione di determinati e concreti problemi⁵⁴.

2.1 *Forma e pubblicità dell'atto.*

Come abbiamo già illustrato, quando i beni costituenti l'aggregato aziendale sono oggetto di un negozio giuridico che si riferisca all'azienda nel suo complesso, vengono considerati unitariamente, al fine di salvaguardare il loro coordinamento funzionale. Gli stessi però, ai sensi dell'art. 2556 c.c. rimangono ciascuno assoggettato alla relativa disciplina di circolazione: il primo comma del medesimo articolo infatti recita: *«Per le imprese soggette a registrazione i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono essere provati per iscritto, salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto»*.

Le forme richieste per la validità del trasferimento d'azienda sono quindi quelle proprie, secondo i principi generali, di ciascun bene componente il complesso aziendale: di conseguenza, nel caso tra di essi ci fosse un immobile, il trasferimento dell'azienda, del suo usufrutto o il suo affitto ultra-novennale richiederà, a pena di nullità, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata, ai sensi dell'art. 1350 numeri 1, 2 e 8. Per i beni mobili invece non si porrà alcun problema di forma; per l'opponibilità ai terzi continuerà ad applicarsi la regola ordinaria della prevalenza del possessore di buona fede.

È utile ricordare che la mancanza di una legge unitaria di circolazione del bene azienda è uno degli argomenti principali adottati da quella dottrina che confuta la tesi individuante nell'azienda un bene a sé stante, unitario e superiore rispetto ai singoli beni che lo compongono.

⁵⁴ Cfr. P. SPADA in *Lezione sull'azienda*, cit., p. 55.

Forme particolari sono altresì richieste in virtù della natura del contratto: in caso di donazione d'azienda ad esempio, dovrà essere stipulato un atto pubblico ai sensi dell'art. 782 c.c., e cioè con la presenza di testimoni e con la previsione dell'elenco dettagliato dei beni aziendali e del loro valore; nel diverso caso di conferimento d'azienda in società di capitali invece, sarà sempre dovuto l'utilizzo della stipulazione per atto pubblico, con la relativa perizia di stima di cui agli artt. 2343 e 2465 del c.c..

Fatte salve queste necessità, la forma scritta è dunque richiesta solo per la prova del contratto e non per la sua validità, e comunque limitatamente alle imprese soggette a registrazione ai sensi dell'art. 2195 c.c. con esclusione cioè delle imprese agricole o accessorie, delle piccole imprese e degli enti pubblici.

La mancata osservanza del requisito della forma scritta non influisce pertanto sul contenuto sostanziale dell'atto, di per sé valido ed efficace tra le parti, ma soltanto sulla possibilità di ricorrere in sede giudiziale alla prova testimoniale ed alle presunzioni semplici, ai sensi dell'art. 2725 c.c.. Nei casi di cessione d'azienda soltanto parziale, dovuta all'esclusione dal trasferimento di alcuni elementi attivi e passivi, il rispetto della forma scritta risponde inoltre all'esigenza pratica di specificare con esattezza i beni ed i valori che siano esclusi od inclusi.

Sempre con riguardo alle imprese soggette a registrazione, è da ricordare il requisito ulteriore della pubblicità dell'atto: il secondo comma dell'art. 2556, stabilisce che i relativi contratti sono soggetti ad iscrizione nel registro delle imprese competente. Con la legge 310/1993 (c.d. legge Mancino) sono state apportate delle modifiche a questo comma, che ora prescrive la necessaria redazione dell'atto di trasferimento nella forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, a depositare per l'iscrizione presso il Registro delle imprese (istituito con il D.P.R. n. 581/1995) nel termine di 30 giorni a cura non più delle parti ma del notaio rogante o autenticante. La *ratio* di tale intervento è da ricercare nella necessità di assicurare maggior trasparenza a tutto il settore, contrastando nel contempo il riciclaggio di denaro di provenienza illecita che può nascondersi dietro tali operazioni. Questa finalità di ordine pubblico spiega anche perché, forzando la lettera della norma, parte della dottrina tende a riconoscere l'obbligo di

registrazione anche quando alienante ed acquirente siano imprenditori tenuti soltanto all'iscrizione nelle sezioni speciali del registro delle imprese (piccoli imprenditori, imprenditori agricoli individuali e società semplici)⁵⁵.

All'iscrizione nel registro delle imprese è da attribuire una efficacia di tipo dichiarativo, che determina cioè la 'conoscenza legale' del fatto e con questa l'opponibilità a terzi del trasferimento iscritto, senza possibilità di prova contraria. Lo scopo è quello di risolvere, attraverso il meccanismo delle presunzioni legali di cui all'art. 2193 c.c., gli eventuali conflitti che potrebbero sorgere tra i terzi e l'imprenditore in relazione agli atti compiuti nell'esercizio dell'impresa⁵⁶. A questo riguardo, è stato precisato che tale effetto dichiarativo si verifica solo con riferimento a quei beni privi di una propria legge di circolazione: il primo comma dell'art. 2556 infatti richiama le 'forme stabilite per il trasferimento dei singoli beni', e quindi la trascrizione (per gli immobili, mobili registrati e i brevetti) e la consegna (per i beni mobili), escludendo così che l'iscrizione imposta dal secondo comma possa svolgere una funzione di generale legge di circolazione dei beni aziendali. L'opponibilità a terzi sarà pertanto un effetto da limitarsi a quei beni privi di propria legge di circolazione (nella specie, per le universalità di mobili)⁵⁷. Altra dottrina propone invece che 'l'opponibilità' prodotta dall'iscrizione nel registro delle imprese sia un'opponibilità diversa –e minore- di quella derivante dall'iscrizione nei registri immobiliari, non rilevante quindi al fine di attribuire ad un acquirente la prevalenza sull'altro⁵⁸.

Riassumendo, atto pubblico e scrittura privata autenticata devono intendersi quali forme necessarie per la pubblicità dell'atto di trasferimento, non necessari al fine della validità ed efficacia dell'atto tra le parti, che si verificherà nel momento in cui siano rispettate le sole prescrizioni del primo comma, sufficienti ai fini dell'effetto traslativo.

⁵⁵ G. A. RESCIO, La pubblicità della cessione di azienda: modalità di attuazione ed effetti, in Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa - Atti, Comitato regionale notarile lombardo, Milano, 1994, p. 141-143.

⁵⁶ A norma del quale l'atto iscritto è opponibile ai terzi senza possibilità di eccezioni (presunzione *iuris et de iure*); l'atto non iscritto non può essere opposto ai terzi a meno che si provi che ne abbiano avuto conoscenza (presunzione *iuris tantum*).

⁵⁷ G. E. COLOMBO, *La cessione d'azienda*, cit., p. 37-38.

⁵⁸ G. A. RESCIO, La pubblicità della cessione di azienda: modalità di attuazione ed effetti, cit., p. 146.

2.2 Il divieto di concorrenza.

Tra gli effetti che il trasferimento, o la concessione in godimento dell'azienda, produce in capo ai contraenti, vi è quello del divieto di concorrenza: l'art. 2557 c.c., codificando una clausola radicata nella prassi commerciale, stabilisce che l'alienante l'azienda debba astenersi per un periodo di cinque anni «*dall'iniziare una nuova impresa che per l'oggetto, l'ubicazione, o altre circostanze sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta*». La ragione del divieto è abbastanza evidente, e s'individua nell'esigenza di consentire all'acquirente il godimento dell'avviamento, specialmente di quello soggettivo, per il quale solitamente è stato sostenuto un costo, facente parte del prezzo di vendita. Particolarmente insidiosa risulta infatti la concorrenza svolta dall'imprenditore alienante, che quella clientela ha contribuito a creare: conoscendone le tendenze, questi è infatti facilmente in grado di attirarla a sé (c.d. 'concorrenza differenziale', subendo però al contempo, in virtù di questo divieto, una limitazione alla propria libertà di iniziativa economica. Per questo la durata del divieto è limitata a cinque anni dal trasferimento o, nel caso di usufrutto o affitto dell'azienda, alla durata di questi.

Il divieto è un effetto solo 'naturale' del trasferimento, e come tale attenuabile o aggravabile in via convenzionale dalle parti, che possono incidere sull'oggetto o sull'ubicazione della eventuale nuova impresa dell'alienante, purché il patto non impedisca ogni attività professionale dello stesso. La durata del divieto non può in nessun caso eccedere i cinque anni.

A completamento del suo contenuto, le parti possono prevedere anche l'inserimento di obblighi di fare, come ad es. la comunicazione degli indirizzi dei clienti.

Il divieto di concorrenza, dettato per il trasferimento di aziende commerciali, si applica anche al trasferimento di aziende agricole limitatamente alle attività connesse, e sempreché sia ravvisabile un pericolo di sviamento della clientela. Sulla estendibilità dell'applicazione dell'art. 2557 ad ipotesi non espressamente regolate non vi è unanimità di vedute; si allude

alla vendita coattiva dell'azienda eseguita nell'ambito di procedure fallimentari, all'assegnazione della stessa in sede di scioglimento di comunione o di società. Per identità di *ratio*, la dottrina ritiene generalmente applicabile il divieto a tutte queste ipotesi, ferma restando la necessità di verificare la concreta potenzialità dell'alienante di danneggiare l'acquirente⁵⁹.

2.3 La successione nei contratti.

Al fine del mantenimento della unità economica e funzionale dell'azienda, l'ordinamento agevola il subingresso dell'acquirente nella trama dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione (che prevedano cioè obbligazioni reciproche di entrambe le parti) che il cedente abbia precedentemente stipulato con fornitori, finanziatori, lavoratori e clienti. In tale modo si attua il trasferimento dell'attitudine produttiva e dell'avviamento aziendale, giacché spesso, proprio in questi contratti l'azienda trova uno strumento necessario per il suo ordinato e favorevole sviluppo economico⁶⁰.

L'art. 2558 prevede che tale subentro sia un effetto naturale della cessione d'azienda, che quindi si verifichi in via automatica salva diversa disposizione delle parti, e sempreché non si tratti di contratti a carattere personale.

Dal punto di vista generale, la formula usata dall'art. 2558 «*contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda*» [*rectius*: dell'impresa], è più ampia di quella di cui all'art. 2555, che si riferisce ai «*beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*». La successione nei contratti è fenomeno più ampio del trasferimento d'azienda, giacché non riguarda solo i contratti che hanno ad oggetto il godimento di beni aziendali, e non ha perciò solamente la funzione di attuare il trasferimento d'azienda: la successione *ex art. 2558* opera anche per ogni altro contratto stipulato dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, attuando così una più generale sostituzione

⁵⁹ G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 191 e ss.

⁶⁰ G. FERRARI, voce *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, cit., p. 717.

dell'avente causa (acquirente, usufruttuario o affittuario che sia) nelle posizioni contrattuali dell'alienante o concedente l'usufrutto o l'affitto⁶¹.

Da un punto di vista strettamente privatistico, il fulcro di questa norma è l'introduzione di una deroga alla disciplina civilistica generale dettata in materia di cessione del contratto dall'art. 1406 e ss. del c.c.. Quest'ultimo permette infatti la sostituzione nel rapporto contrattuale, ma purché vi sia il consenso del contraente ceduto; tale consenso appare espressione del più generale principio della protezione dell'autonomia individuale, che osta al fatto che alcuno possa subire una modificazione nella propria sfera giuridica contro o indipendentemente dalla propria volontà⁶². Al contrario, nella cessione d'azienda, la successione dell'acquirente avviene di diritto, sebbene, come recita il secondo comma dell'art. 2558, il terzo contraente possa «*tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento*», anche se limitatamente al caso in cui sussista «*una giusta causa*» e salva, in questo caso, la responsabilità dell'alienante.

Un altro profilo di eccezionalità rispetto alla disciplina generale è la liberazione dell'alienante dalle obbligazioni assunte, normalmente esclusa in caso di successione nel debito, come confermato dal successivo art. 2560 per la successione nei debiti aziendali. La spiegazione va ricercata nel fatto che l'interesse del terzo alla puntuale esecuzione di un contratto stipulato per l'esercizio d'impresa, è garantito proprio dalla titolarità del complesso aziendale, nonché da un ulteriore strumento approntato dall'ordinamento: nel caso in cui la sostituzione controparte contrattuale, non sia indifferente per il terzo contraente, comportando cioè un obiettivo sacrificio del proprio interesse (la c.d. giusta causa), si consente al terzo di recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento. I motivi di recesso possono inerire alle qualità personali del nuovo titolare, o alla sua minore consistenza patrimoniale extra-aziendale. L'effetto del recesso è quello di impedire la continuazione del contratto in capo all'alienante, sancendo la risoluzione del contratto stesso, ferma la possibilità in capo al terzo contraente di chiedere il risarcimento del danno all'alienante, provando (con le difficoltà del caso) che

⁶¹ F. GALGANO, *Diritto Commerciale - L'imprenditore - Le società*, Bologna, 2003, p. 46.

⁶² F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, vol. III, Padova, 2009, p. 86.

questi non ha osservato la dovuta diligenza nella scelta dell'acquirente dell'azienda.

Questo effetto, può essere anche esplicitamente provocato dalla libera volontà delle parti, che può escludere che la sostituzione del contraente avvenga con riferimento ad un determinato contratto, il cui regolamento negoziale però, in questo caso, continuerà a vincolare le parti originarie.

La disciplina illustrata è possibile solo con riferimento a contratti che non risultino essenziali, cioè che non siano indispensabili per l'organizzazione aziendale, contratti la cui esclusione snaturerebbe la stessa qualificazione dell'atto di trasferimento d'azienda, connotandolo all'opposto come cessione di singoli beni aziendali.

È peraltro esclusa, come accennato in precedenza, anche la successione automatica nei contratti qualificabili come 'personali'⁶³, ossia contratti infungibili dove l'identità e le qualità personali delle parti sono state determinanti per il consenso alla stipula. Questi, per quanto infrequenti in una attività economica aziendale, al fine della loro inclusione nel trasferimento del complesso aziendale dovranno essere espressamente menzionati nell'atto di trasferimento. La norma, secondo l'opinione di molti, è protettiva dell'interesse del terzo ceduto, a cui si richiede infatti, secondo la disciplina di diritto comune, di prestare il consenso alla sostituzione dell'altro contraente⁶⁴.

Merita di essere ricordata anche la cessione di una specifica figura contrattuale, per la quale, al pari di altre, l'ordinamento appresta regole derogatorie anche della disciplina di cui all'art. 2558 appena esaminata: è il

⁶³ Si ritiene che siano categoria più ristretta e non riconducibile ai contratti *intuitus personae*. Cfr. F. GALGANO, in *Tratt. dir. civ.*, vol. III, cit., p. 88, per il quale l'identità e le qualità personali sono quelle del terzo contraente, determinanti del consenso dell'imprenditore, non anche quelle dell'imprenditore ai fini del consenso del terzo. Lo stesso autore riconduce alla categoria dei 'contratti personali' gli esempi della consulenza stabile che l'imprenditore si era assicurato con un esperto tributario o l'assistenza di uno psicologo di fabbrica, poiché contratti che poggiano sulla fiducia riposta in un determinato professionista.

⁶⁴In questo senso: F. MARTORANO, in *L'azienda*, in *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 118; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 154; G. E. COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 82 ss.; A. AULETTA, *Dell'azienda*, in *Comm. cod. civ.*, cit., p. 56. *Contra* F. GALGANO, in *Diritto commerciale*, cit., p. 50, per il quale, come già accennato, l'identità e le qualità personali rilevanti sono quelle del terzo contraente ai fini del consenso dell'imprenditore alienante. La norma quindi tutelerebbe solo l'interesse dell'acquirente a non essere vincolato a contratti che rivestivano, per l'alienante, carattere a lui personale.

caso della cessione dei rapporti di lavoro subordinato stipulati per l'esercizio dell'impresa. L'art. 2112 (modificato dal d.lgs. 18/2001) prevede che «*in caso di trasferimento dell'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario, ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*». Si tratta di una successione *ex lege* a titolo particolare nel rapporto contrattuale, per il quale risulta irrilevante il consenso del lavoratore trasferito, salva la sua facoltà di recedere *ex art. 2558* in caso sussista giusta causa. Siamo quindi di fronte ad un effetto necessario, non semplicemente naturale del trasferimento d'azienda⁶⁵. Il comma quinto dello stesso articolo prevede l'applicazione di tale disciplina ad altre ipotesi, come la cessione di un ramo d'azienda o tutti gli altri casi (ad es. fusione) che producono il mutamento, anche parziale, nella titolarità di un'attività economica organizzata.

Per quanto riguarda il trasferimento di licenze ed autorizzazioni amministrative, esse sono generalmente considerate insuscettibili autonoma cessione. Mentre in passato, in regime di personalità delle licenze, la cessione della titolarità di un esercizio commerciale, comportava spesso l'assunzione, da parte del cedente, di fare quanto in suo potere per il rilascio di una nuova licenza a favore del cessionario, oggi, dopo la l. 426/1971, tale obbligazione *ad faciendum* non rappresenta più alcuna utilità per l'acquirente, poiché il suo subentro nell'autorizzazione consegue automaticamente all'atto di successione, per atto tra vivi o *mortis causa*, nella gestione o nella titolarità di un esercizio di vendita (c.d. volturazione della licenza).

2.4 La disciplina dei crediti e la responsabilità dei debiti.

Le norme contenute nell'art. 2558 c.c. si applicano ai contratti a prestazioni corrispettive non ancora integralmente eseguiti da entrambe le

⁶⁵ L'insopprimibilità di questo elemento ai fini del trapasso dell'azienda ha portato certa dottrina a riconoscergli una rilevanza particolare ai fini dell'organizzazione aziendale, giungendo peraltro a inferire da essa il fatto che la natura dell'azienda debba essere quella di un 'insieme di beni e rapporti': cfr. M. S. SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda*, cit., p. 806 e ss. (v. sul tema le considerazioni di G. Auletta riportate nel paragrafo 1.3 dedicato ai beni aziendali). Di diversa opinione è invece G. E. COLOMBO, *La cessione d'azienda*, cit., p. 19, secondo cui «*la ragione per cui l'art 2112 impedisce di escludere i rapporti di lavoro dalla successione con l'azienda è l'esigenza di tutela dei lavoratori, non l'essenzialità dei rapporti di lavoro alla fattispecie 'azienda'*».

parti nel momento del trasferimento dell'azienda; qualora invece, in quello stesso momento, il contratto sia stato interamente eseguito dall'imprenditore alienante o, in alternativa, dal terzo contraente, si verificherà rispettivamente la cessione di crediti aziendali, disciplinata dall'art. 2559 c.c., o l'accollo da parte dell'acquirente dei debiti dell'azienda, così come previsto e regolato dall'art. 2560 c.c.

Per quanto riguarda i crediti, la relativa cessione è opponibile nei confronti dei terzi senza che siano necessarie la notifica al debitore ceduto od una accettazione di questi (richieste dalla disciplina di diritto comune, artt. 1265 c.c. e 2914 c.c. n.2), sostituite di fatto da una sorta di 'notifica collettiva'⁶⁶, una 'pubblicità legale globale' costituita dall'iscrizione del trasferimento dell'azienda nel Registro delle Imprese⁶⁷. Particolarità della disciplina è di liberare comunque il debitore nel caso in cui egli paghi in buona fede al venditore dell'azienda, pur dopo l'avvenuta iscrizione della cessione nel Registro delle Imprese.

In seguito all'accoglimento da parte della giurisprudenza della tesi dell'*universitas*, la cessione dei crediti all'acquirente l'azienda è considerato un effetto naturale del trasferimento della stessa, anche se una espressa pattuizione è richiesta dall'art. 2559 secondo comma nel caso di usufrutto d'azienda, quando questo non si estenda ai crediti aziendali. Per quanto concerne i crediti tributari, l'automaticità del trasferimento dei crediti ha trovato consensi in giurisprudenza, anche se si reputa che l'effettività del trasferimento sia assoggettata all'espletamento di alcune formalità: nel caso di crediti per imposte dirette, l'art. 43 *bis* del DPR 602/73 e il DM 394/97 prevedono che il credito risulti dalla dichiarazione dei redditi, che sia stato chiesto 'a rimborso', che l'atto di cessione sia notificato all'Agenzia delle Entrate ed al concessionario per la riscossione. Per il credito IVA invece, non è richiesta alcuna procedura particolare, ma è opportuno che risulti esplicitamente nell'atto di cessione tra i crediti trasferiti; altresì automatico è il trasferimento del credito IVA nell'ipotesi di conferimento di un'azienda

⁶⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 156.

⁶⁷ Disposizione questa, rimasta a lungo disapplicata per espressa previsione dell'art. 100 quarto comma disp. att., che ne subordinava la validità all'attuazione del Registro delle imprese. Nelle more, il trasferimento dei crediti avveniva secondo la disciplina comune, cioè con la notifica al debitore ceduto.

individuale in società, con conseguente perdita di legittimazione del conferente a pretenderne il rimborso⁶⁸.

Similmente a quanto detto sui crediti, anche per quanto riguarda la disciplina dei debiti aziendali si fa riferimento a situazioni 'in sé solo considerate', non cioè ricollegabili a posizioni contrattuali 'in corso', per le quali opererà la disciplina precedentemente analizzata dettata dall'art. 2558 c.c.⁶⁹.

Le norme che si riferiscono ai rapporti con i creditori dell'azienda ceduta sono dettate dall'art. 2560, il quale, richiamando la disciplina generale prevista dall'art. 1273 in materia di accollo dei debiti, prevede che il debitore non sia liberato dai debiti aziendali anteriori al trasferimento se non vi sia il previo consenso dei creditori⁷⁰. La norma è chiaramente caratterizzata da un profilo di inderogabilità, con nullità di un eventuale patto contrario indirizzato a esonerare da responsabilità l'alienante l'azienda. La *ratio* va ravvisata ovviamente nella tutela della posizione dei creditori, avendo questi interesse a non vedersi attribuire un nuovo debitore che possa offrire garanzie patrimoniali inferiori rispetto a quelle prestate dal contraente originario. Si configura pertanto una responsabilità solidale tra acquirente e alienante, *ex lege* prevista con limitato rilievo ai debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, e cioè con riferimento alle sole società tenute a redigerle (imprese commerciali)⁷¹. Questo 'accollo cumulativo forzato' di debiti altrui, va a conferire però alla norma un attributo di eccezionalità, che la rende di fatto insuscettibile di applicazione analogica ad altre fattispecie, come il trasferimento dell'azienda relativa ad imprese che non siano soggette alla tenuta di libri contabili (piccole imprese, imprese agricole), fatta salva però la possibilità

⁶⁸ Cass. 12 marzo 2008, n. 6578, in *Corr. trib.*, 2008, 28, p. 2284.

⁶⁹ Cass. 16 giugno 2004, n. 11318, in *Foro it. Rep.* 2004, p. 705, n.14.

⁷⁰ Il consenso è generalmente inteso non come semplice consenso al trasferimento, ma come consenso esplicito alla liberazione del debitore originario.

⁷¹ Anticipando riflessioni proprie di capitoli successivi, possiamo qui evidenziare come notevolissime saranno pertanto le conseguenze civilistiche (oltreché tributarie, come da analisi che seguirà) in capo all'acquirente dei singoli beni che si vedesse conferita l'attribuzione di cessionario, mediante una riqualficazione dell'originario contratto di cessione da parte dell'amministrazione finanziaria, ove venisse questa giudizialmente confermata: ex art. 2560 egli assumerà la responsabilità solidale con il cedente per tutti i debiti relativi all'azienda ceduta.

dell'autonomia privata di estendere illimitatamente il subentro nei debiti. In mancanza di questo patto ulteriore, l'acquirente sarà solidale solo verso i debiti risultanti da libri contabili obbligatori. La giurisprudenza è costante nel precludere la possibilità di dimostrare che l'acquirente avesse conoscenza dell'esistenza dei debiti attraverso fonti diverse dai libri contabili⁷²; la stessa giurisprudenza attribuisce natura costitutiva della responsabilità all'iscrizione dei debiti nei libri contabili obbligatori, il che implica l'assenza di responsabilità dell'acquirente ove si riscontri, per una qualsiasi ragione, l'inesistenza dei libri contabili medesimi⁷³.

Può aggiungersi che la riscontrata scarsa efficienza di questa disciplina è probabilmente dovuta al fatto che essa pretende di risolvere un problema che attiene alla tutela dei terzi con una normativa che, in definitiva, si fonda sul comportamento tenuto dalla parte, e cioè dalla corretta tenuta delle scritture contabili.

Quando invece i debiti hanno origine da contratti di lavoro subordinato, in conformità all'art. 2112 c.c. e a quanto detto in tema di cessione dei contratti, l'acquirente dell'azienda risponde in solido con l'alienante, anche se nulla risulta dalle scritture contabili, e quindi anche a prescindere dalla conoscenza dell'acquirente stesso⁷⁴.

Con riferimento alle fattispecie tributarie, la recente giurisprudenza di Cassazione ha proposto alcune novità di rilievo: la normativa di cui all'art. 2560 secondo comma, non troverebbe applicazione per i debiti tributari (in particolare in tema di IVA), in quanto questi non sarebbero equiparabili a quelli di diritto comune⁷⁵. Tale orientamento desta notevoli perplessità, soprattutto con riferimento alla mancanza di una delimitazione temporale, al

⁷² Cass. 20 febbraio 1999, n. 1429, in *Foro it. Rep.*, 1999, p. 647, n. 12; Cass. 20 giugno 2000, n. 8363; Cass. 3 aprile 2002, n. 4726, in *Foro it. Rep.*, 2002, p. 621, n. 14. In dottrina, *contra*, G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, cit., p. 56, per il quale sussisterebbe responsabilità dell'acquirente dell'azienda anche nell'ipotesi in cui si provi che lo stesso fosse comunque a conoscenza dei debiti, e ciò al fine di evitare patti fraudolenti tra cedente e cessionario a danno dei creditori.

⁷³ Cass. 9 marzo 2006, n. 5123, in *Foro it. Rep.*, 2006, 279, n. 15; non è invece necessario che i libri contabili siano stati regolarmente tenuti dall'alienante, potendo comunque in questo caso fare prova contro di egli.

⁷⁴ Cfr. art. 2112 c.c. secondo comma; inoltre la responsabilità grava anche sull'acquirente di un ramo d'azienda o di un'azienda non commerciale.

⁷⁵ Cass. 18 giugno 2008, n. 16473, in *Giur. it. Mass.*, 2008.

contrario di quanto prescritto dall'art. 14 l. 472/1997, ai sensi del quale il cessionario è responsabile in solido per i debiti tributari solo con riferimento alle violazioni commesse nell'anno in cui è avvenuta la cessione e nei due precedenti⁷⁶.

La disciplina dell'art. 2560, così come quella dell'articolo precedente dedicato ai crediti, ha ad oggetto esclusivamente i rapporti esterni con i terzi, mentre nulla dice per quanto concerne l'assetto dei rapporti interni tra alienante ed acquirente in tema di trasferimento automatico dei crediti e dei debiti in capo all'acquirente. È tuttora controverso infatti, soprattutto con riferimento ai debiti, se sia o meno necessaria una espressa pattuizione circa l'accollo dell'onere economico dell'adempimento. Diversamente, cioè nel caso di subentro automatico, l'acquirente che fosse chiamato a pagare i debiti contratti dal suo predecessore non potrebbe esercitare verso di questi il diritto di rivalsa⁷⁷. Nel nostro ordinamento però, giacché il trasferimento automatico è un'ipotesi eccezionale, si tende a preferire soluzioni in linea con i principi generali, i quali prevedono che, in mancanza di patto contrario, l'acquirente riceverà il pagamento dei crediti anteriori come semplice legittimato a riscuotere per conto dell'alienante, cui riverserà quanto riscosso, e pagherà i debiti pregressi quale garante *ex lege* dell'alienante stesso, avendo quindi diritto di rivalsa per l'intero nei confronti di questi. In sostanza, la norma non reputa essenziale che l'acquirente diventi debitore tramite subentro nel debito, ma in questo caso è stabilita *ex lege* una responsabilità dell'acquirente, fatta salva quella dell'alienante nel caso in cui il primo si sostituisca a lui nella posizione debitoria.

2.5 *Usufrutto ed affitto dell'azienda.*

L'azienda, al pari dei singoli beni che la compongono, può essere oggetto di diritti personali di godimento, come l'usufrutto o l'affitto. Le caratteristiche tipiche di questi diritti vengono parzialmente modificate

⁷⁶ Più esattamente, il cessionario che abbia fatto richiesta all'Amministrazione Finanziaria di un certificato di esistenza di contestazioni in corso risulta liberato da ogni responsabilità se entro 40 gg il suddetto certificato non venga rilasciato o se lo stesso non riporti contestazioni.

⁷⁷ Tesi generalmente fatta propria da chi considera l'azienda come una universalità di diritti.

dall'art. 2561, in funzione delle specificità possedute dall'azienda, come ad esempio l'intrinseca mobilità dei componenti dell'azienda. In particolare risulta modificato il dovere di conservare e restituire il bene oggetto di usufrutto nella sua identità fisica, in favore di quello di conservazione della funzionalità e dell'organizzazione del complesso, e quindi del potenziale di avviamento. Questa serie di obblighi e di poteri contrastano a volte con le regole di diritto comune. *In primis* l'obbligo di 'gestire' l'azienda, si differenzia dalla semplice conservazione del bene prevista dagli artt. 978 e ss. sull'usufrutto in generale, poiché dell'oggetto azienda è doveroso il godimento c.d. dinamico, cioè la continuazione dell'esercizio dell'impresa, finalizzata al mantenimento della posizione di mercato detenuta all'inizio dell'usufrutto stesso. In secondo luogo è necessario precisare che questo dovere è vincolato al rispetto di determinati criteri, indotti dalla limitazione temporale del diritto stesso: l'usufruttuario infatti, è costretto ad esercitare l'azienda sotto la ditta che la contraddistingueva presso il titolare originario, a differenza di quanto prescritto dall'art. 2563, il quale consente all'imprenditore libertà di scelta in merito; inoltre l'usufruttuario deve gestire l'azienda mantenendone la destinazione economica originaria, e questo in deroga alla libertà, costituzionalmente garantita, di imprimere all'attività imprenditoriale il proprio indirizzo gestorio.

L'usufruttuario potrà disporre sia dei beni del capitale circolante che di quello fisso, dovendo però, al momento della restituzione dell'azienda, garantire la medesima consistenza d'inventario presente al momento in cui gli era stata affidata. Eventuali discrepanze saranno regolate in denaro.

Una gestione che conservi la 'efficienza dell'organizzazione e degli impianti' è un obiettivo minimo, la cui fissazione si è resa necessaria in seguito all'estrema difficoltà riscontratasi nel tracciare, a priori, i contorni di uno standard di diligenza atto a garantire la conservazione dell'avviamento⁷⁸. All'interno di questi limiti comunque, potrebbe rendersi necessario il compimento di alcuni atti rilevanti, come il mutamento dell'organizzazione aziendale, dei segni distintivi diversi dalla ditta o la sostituzione degli impianti divenuti obsoleti; questi atti saranno possibili nella misura in cui

⁷⁸ F. MARTORANO, L'azienda, in Manuale di diritto commerciale, cit., p. 121.

incontreranno il benessere del nudo proprietario (titolare originario concedente l'usufrutto), cui è subordinata la loro validità.

La violazione dei suddetti obblighi, o la cessazione arbitraria dalla gestione aziendale, determineranno l'estinzione dell'usufrutto per abuso dell'usufruttuario, secondo quanto stabilito dall'art. 1015 c.c.

In quanto compatibile, si applica all'usufrutto la disciplina prevista sulla vendita del complesso aziendale, comprese le disposizioni di cui agli artt. 2557, sul divieto di concorrenza, e 2558, sulla successione nei contratti aziendali. Quest'ultima comporta che l'usufruttuario subentri automaticamente nei contratti aziendali, i quali graveranno su di esso, seppur limitatamente alla durata dell'usufrutto. A tal riguardo è utile sottolineare che la tutela dell'affidamento del terzo, il quale avesse contrattato con l'usufruttuario credendolo semplice gestore in nome e per conto del titolare, è svolta attraverso la pubblicità legale ora prevista dall'art 2556 co. II, attuato in seguito alla modifica apportata dalla l. 310/1993.

La disciplina appena illustrata si applica anche all'affitto di azienda⁷⁹, grazie all'espresso rinvio ad essa operato dall'art. 2562. Il suddetto rinvio non opera invece con riferimento alla disciplina dei crediti aziendali di cui all'art. 2559, la quale si applica solo all'usufrutto.

In assenza di un espresso richiamo, non si applica a nessuna delle due fattispecie l'art. 2560 sui debiti aziendali contabilizzati, i quali graveranno, salvo diversa pattuizione, solo sul nudo proprietario.

2.6 Cenni sul trasferimento dei segni distintivi.

Tra gli elementi dell'azienda rientrano i cosiddetti segni distintivi, aventi la funzione di contraddistinguere e differenziare l'attività dell'imprenditore da quella della concorrenza, al fine ultimo di impedire che alcuno risulti indebitamente avvantaggiato dalla posizione di mercato altrui, mediante eventuali confusioni tra beni e servizi prodotti da imprese diverse. Si vuole quindi garantire la formazione di un legame ideale e diretto tra

⁷⁹ Fattispecie che va tenuta distinta dalla locazione di immobile adibito ad uso industriale e commerciale, la quale si distingue dall'affitto per non accompagnarsi al trasferimento di un complesso organizzato di beni ai sensi dell'art. 2555 c.c.

l'imprenditore e il prodotto della sua attività economica, allo scopo di attribuire allo stesso meriti e demeriti del proprio operato aziendale. I segni distintivi sono quindi il principale mezzo con cui l'imprenditore è conosciuto sul mercato, è distinguibile da altri ed è responsabile del proprio comportamento. L'ordinamento, vista questa loro importanza, ne fa oggetto di diritti soggettivi assoluti e, pur ritenendoli accessori rispetto ai beni che contraddistinguono, riconosce loro una certa autonomia giuridica, che permette in certi casi la separazione dall'oggetto medesimo. In base alla natura di quest'ultimo, l'ordinamento disciplina tre categorie di segni distintivi: ditta, insegna e marchio⁸⁰, caratterizzati da discipline separate ma anche da principi comuni. La rilevanza ai nostri fini è data dal fatto che generalmente questi beni immateriali non possono circolare senza l'azienda (o un suo ramo) cui appartiene il bene al quale essi si riferiscono, e cioè in assenza di altri beni coordinati in un complesso aziendale.

La ditta, in particolare, è segno distintivo 'necessario', definito dal codice civile come il nome usato dall'imprenditore nell'esercizio dell'impresa, contenente obbligatoriamente il cognome o la sigla dell'imprenditore stesso, la ragione o denominazione sociale se si tratta di impresa collettiva. Questo è il 'principio di veridicità' della ditta, il quale subisce una vistosa deroga proprio nel caso del suo trasferimento: nel momento in cui il nuovo acquirente si trova a far uso di una ditta che non è uguale a quella che corrisponde al suo nome o alla sua sigla, si perde il carattere originario della ditta, nonché il suo potere di identificazione soggettiva dell'imprenditore, a favore di una mera individuazione del complesso aziendale sotto un profilo oggettivo. La sua circolazione, sempre che possa attribuirvisi un valore, è dall'art. 2565 vincolata alla cessione dell'azienda, rendendosi comunque necessaria una espressa pattuizione contrattuale, essendo richiesto l'esplicito consenso dell'alienante; nel caso di trasferimento *mortis causa* invece, il terzo comma dello stesso articolo introduce un automatismo del passaggio, quando afferma che «*la ditta si trasmette al successore, salvo diversa disposizione testamentaria*».

⁸⁰ La tipicità delle figure citate non esclude però la configurabilità di altre forme di identificazione utilizzabili dall'imprenditore, alle quali si applicheranno le regole generali in tema di concorrenza sleale. Ad es. gli slogan pubblicitari o l'emblema.

Al problema del possibile inserimento della ditta anche in un atto di cessione di ramo d'azienda (ove per ramo d'azienda si consideri un'autonoma ed organica unità economica), la giurisprudenza ha dato risposta positiva⁸¹.

L'insegna contraddistingue il locale in cui viene esercitata l'attività commerciale, ma può identificare anche l'intero complesso aziendale; è il più antico segno distintivo, che di recente sta riacquistando rilevanza grazie a nuove forme di distribuzione⁸². La sua forma è libera, purché non contraria alla legge, al buon costume ed all'ordine pubblico. Anche per essa si pone il problema, nel silenzio della legge, di una sua circolazione separata dall'azienda: prevale nella dottrina più risalente un orientamento restrittivo, che tende ad applicare analogicamente l'art. 2565 e che quindi delinea una cessione possibile solo unitamente all'azienda. Non manca però chi afferma la libera cedibilità dell'insegna, estendendo ad essa la disciplina ora prevista⁸³ per il marchio, facendo perno sul fatto che, come quest'ultimo, l'insegna identifica elementi materiali e non la persona dell'imprenditore (sempre salvo il caso in cui l'insegna coincida di fatto con la ditta)⁸⁴.

A differenza della ditta, che contraddistingue l'imprenditore, o dell'insegna, che contraddistingue i locali dove si esercita l'attività, il marchio identifica il bene o il servizio prodotto, nonché il mezzo principale della sua introduzione nel mercato. La disciplina di cui all'art. 2573, prima della modifica introdotta con il d.lgs. 480/92, prevedeva la nullità del contratto di cessione del marchio senza il contestuale trasferimento dell'azienda. Attualmente invece, ne è possibile il libero trasferimento⁸⁵, sia temporaneo che a titolo definitivo, con l'unico limite di non ingenerare dubbi sull'uso del marchio stesso presso i consumatori con riferimento specifico alle

⁸¹ Cass. 22 marzo 1994, n. 2755, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 639.

⁸² La giurisprudenza ha recentemente sostenuto che il *domain name* sia qualificabile come 'l'insegna di un sito internet' destinato ad ospitare offerte di beni o servizi commerciali, in quanto il sito è il luogo, seppur virtuale, di incontro tra impresa e clienti; v. Trib. Milano 3 giugno 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c. 697.

⁸³ V. art. 2573 co. I, come modificato dall'art. 83, d.lgs. n.480/92, il cui testo previgente imponeva il trasferimento del marchio esclusivamente con l'azienda o un ramo di essa.

⁸⁴ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 190, soprattutto con riferimento alla possibilità di couso di una stessa insegna in casi di licenza non esclusiva, v. accordi di *franchising*.

⁸⁵ Che si presume, ai sensi del 2573 co. II, quando sia trasferita l'azienda.

caratteristiche dei prodotti. L'opponibilità ai terzi del trasferimento (ma non la sua validità), sarà da ricollegare all'avvenuta iscrizione dell'atto nell'apposito registro tenuto presso l'Ufficio brevetti.

2.7 Il trasferimento: contenuto minimo e rami d'azienda.

La domanda che infine ci dobbiamo porre è la seguente: come si individua il negozio traslativo, e quali sono i presupposti, da un punto di vista civilistico, per la qualificazione di un determinato contratto come 'cessione d'azienda'?

Abbiamo già visto non essere necessari a tali fini il trasferimento dei crediti, l'accollo dei debiti e la successione nei contratti in corso, essendo sufficiente la traslazione di un aggregato di beni organizzati funzionalmente per l'esercizio d'impresa. Come già accertato infatti, questi sono effetti naturali del trasferimento d'azienda, il cui inserimento nel regolamento contrattuale rimane affidato alla libera volontà delle parti, senza quindi che la loro eventuale esclusione vada a snaturare il contratto. Tutto ciò è vero, ovviamente, a patto che il contratto o il bene espunto dal trasferimento non risulti essenziale ai fini della idoneità all'esercizio dell'impresa: si pensi al contratto di locazione dell'immobile in cui l'impresa di ristorazione venga gestita, o al contratto di licenza d'uso di un brevetto per un'impresa incentrata sul suo sfruttamento. Verrebbe meno in questi casi la qualificazione del negozio come traslativo di azienda, a meno che non si possa comunque configurare l'idoneità dei beni rimanenti all'esercizio di un'impresa, seppur diversa da quella 'originale' del cedente. Infine, sembra superfluo ricordare che l'eventuale intrasferibilità di un bene in concreto essenziale per l'esistenza dell'azienda, renderebbe intrasferibile l'azienda stessa⁸⁶.

Altro punto da sottolineare è la superfluità sia del fatto che il complesso dei beni sia stato in passato già utilizzato per l'esercizio d'impresa, sia che l'acquisto sia a ciò finalizzato: nessun riferimento all'attualità dell'esercizio compare nel dettato normativo, senza contare che anche al solo

⁸⁶ *Contra* D. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1972, p.183, per il quale è escluso dal sistema positivo che un'azienda possa essere intrasferibile.

fine dell'organizzazione (prescindendo quindi dall'effettivo utilizzo) potrebbero essersi resi necessari la stipulazione di contratti, cui sarà applicato l'art. 2558, potranno essere stati assunti debiti, che sconteranno l'applicazione dell'art. 2560; addirittura secondo certa dottrina potrà trovare applicazione nel caso di alienazione di azienda non ancora operativa, il divieto di concorrenza *ex art. 2557*.

Circa la finalizzazione dell'acquisto all'esercizio effettivo, è chiaro che da essa non è possibile far dipendere l'applicazione di una disciplina dettata anche a tutela di terzi: non sarà possibile cioè, che la volontà delle parti, o addirittura il semplice intento soggettivo dell'acquirente, fungano da discriminine per la configurabilità o meno della responsabilità dell'acquirente stesso per i debiti risultanti dalle scritture contabili o per i debiti verso i lavoratori. Logicamente, un limite a tale vincolatività della normativa si avrà nel momento in cui si provveda di fatto alla disgregazione dell'organizzazione aziendale.

Ciò porta ad una conseguenza rilevante, ossia la infondatezza della tesi che individua nell'accertamento del contenuto della volontà delle parti, il criterio per discernere se si tratti di cessione d'azienda o alienazione di singoli beni non organizzati. Eccessivo rilievo è stato in passato attribuito alla rappresentazione soggettiva che le parti avevano dell'affare: è giusto e doveroso accertare le intenzioni delle parti, ma questa analisi va compiuta limitatamente in funzione dell'individuazione dei singoli beni oggetto di trasferimento, non potendo il semplice *nomen iuris* utilizzato o voluto dalle parti vincolare il giudice o l'ordinamento sulla qualificazione giuridica da attribuire al negozio⁸⁷. Un'azienda è tale per la sua intrinseca idoneità allo svolgimento di attività d'impresa, non potendo questa caratteristica essere inficiata da una rappresentazione soggettiva, positiva o negativa che sia. Si

⁸⁷ G. E. COLOMBO, *La cessione d'azienda*, cit., p. 19 e ss. *Contra*, l'autorevole seppur risalente opinione di T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, che a p. 336 e 337 afferma: «*Il problema della distinzione tra una vendita di una pluralità di beni e una vendita d'azienda è naturalmente di interpretazione della volontà*» ed ancora: «*È così in sostanza alla volontà delle parti che siamo ricondotti -né potrebbe essere diversamente- nell'identificare l'oggetto del negozio, vuoi in relazione alla differenza tra l'azienda e un aggregato di beni, vuoi in relazione alla determinazione della consistenza dell'azienda, nei negozi che abbiano ad oggetto la sua circolazione*». Nulla però l'illustre giurista dice circa la mancata applicazione della disciplina e sulla decurtazione delle garanzie in capo ai terzi creditori.

avrà trasferimento d'azienda difatti, anche se le parti non siano di questo realmente coscienti o volenti, potendo tutt'al più prescindere dall'applicazione di quella parte di disciplina dettata in via esclusiva nell'interesse delle parti medesime.

Tutto quanto detto finora vale anche nell'ipotesi in cui il trasferimento di un complesso aziendale organizzato venga dissimulato attraverso una serie di distinti atti negoziali, espediente generalmente finalizzato a celare l'unitarietà dell'operazione per sottrarsi così agli effetti che la legge ad essa ricollega.

Più complesso è definire quali siano i criteri che debbano essere utilizzati per ritenere una determinata quantità e varietà di beni, sufficiente ed idonea a configurare un'azienda: il notaio, soggetto incaricato dalla l. n. 310/93 di depositare il contratto traslativo presso il registro delle imprese, non potrà di certo svolgere indagini approfondite sulla natura e sulle qualità del complesso di beni, non possedendo le conoscenze specifiche in materia della loro utilizzabilità economico-impresoriale.

Centro indiscusso della valutazione rimane il trasferimento di un complesso organizzato di beni idoneo (anche solo 'potenzialmente'⁸⁸) all'esercizio d'impresa, anche se il nuovo titolare debba integrare il complesso con ulteriori fattori produttivi⁸⁹. Tuttavia l'operazione di valutazione, caratterizzata comunque da profili di incertezza ed opinabilità, potrà essere agevolata dall'eventuale trasferimento di beni, crediti o contratti (come il subentro nelle forniture di energia elettrica, gas, materie prime o rapporti di lavoro subordinato) che siano diretti a facilitare l'utilizzo del complesso per l'attuazione di un progetto aziendale.

Tema delicato è quello di ciò che automaticamente viene considerato oggetto del negozio traslativo quando le parti tralascino di indicare nello stesso i singoli elementi aziendali, limitandosi ad una descrizione sintetica. La giurisprudenza sembra comunque propendere per una tesi ampia, allargando

⁸⁸ Cass., Sez. Trib. 10 ottobre 2008 n. 24913.

⁸⁹ Cfr. su molte Cass. 26 luglio 1978, n. 3754, in *CED Cassazione*; Cass. 18 giugno 1981, n. 4009, in *Foro it.*, 1982, I, p. 177; Cass. 23 luglio 1981, n. 4732, in *CED Cassazione*; Cass. 22 gennaio 1983, n. 623; Cass. 17 aprile 1996, n. 3627 in *CED Cassazione*; Cass. 22 novembre 1984, n. 5971, in *Foro it.*, 1985, I, p. 102, che ha ritenuto applicabile l'art. 2112 a tutela dei lavoratori di un giornale periodico nel caso di vendita delle giacenze di carta, sublocazione della redazione e concessione in uso temporaneo di alcune apparecchiature.

i confini dell'azienda trasferita a tutti i rapporti giuridici comunque collegati all'assetto produttivo⁹⁰.

Gettando uno sguardo al di fuori del cortile di casa nostra, è interessante osservare come nei paesi da noi giuridicamente più distanti, ossia quelli di *common law*, le soluzioni al problema siano sostanzialmente diverse, se non opposte: è attribuita direttamente alle parti la libertà di stabilire se si attui un trasferimento di beni (*sale of assets*) o di azienda (*sale of business*), libertà che concorre però con la prassi della redazione di contratti molto analitici e complessi disciplinanti l'oggetto del rapporto.

È appena il caso di ricordare che, accertato con criteri oggettivi che si è in presenza di un trasferimento d'azienda, l'atto di disposizione comprenderà tutti gli elementi costitutivi dell'azienda *ex art. 2555 c.c.*, presenti in quel momento nell'azienda e non espressamente esclusi⁹¹; saranno pertanto ricompresi anche i documenti aziendali e le scritture contabili. Nel caso però siano presenti beni immobili è necessaria la loro specifica individuazione, pena l'impossibilità di effettuare la trascrizione nell'apposito registro al fine dell'opponibilità a terzi.

Un breve cenno merita il problema della cessione d'azienda effettuata con la clausola della riserva di proprietà: questa fattispecie presenta la criticità di conciliare l'utilizzo da parte dell'acquirente con riserva, di quei beni aziendali tipicamente volatili in quanto merci consumabili, deteriorabili, o comunque alienabili, con la circostanza che la proprietà degli stessi rimane in capo all'alienante fintantoché non sia stata pagata l'ultima rata del prezzo pattuito.

La prassi, ma anche una risalente giurisprudenza di Cassazione⁹², hanno da tempo finito per ritenere compatibili l'azienda e la sua cessione con riserva, riconoscendo la distinzione del 'complesso azienda' dai singoli beni

⁹⁰ Cass. 23 luglio 1983 n. 5112; più di recente, per tutte, Cass., sez. I, 27 maggio 2009 n. 12421. Anche nel diritto comunitario la conclusione è analoga: CGUE., sentenza 23 novembre 2003, causa C-497/01 *Zita Modes*, per un approfondimento della quale vedi Cap. II, § 2.3.

⁹¹ Cfr. Cass. 27 marzo 1996, n. 2714, cit. alla *nota 19*, la quale, classificando l'azienda come *universitas*, e considerando il carattere unitario dell'atto di cessione, afferma non essere necessaria la specificazione dei beni e diritti oggetto del trasferimento anche se, come facilmente intuibile, tutte le incertezze possono essere superate con la buona pratica della descrizione analitica degli elementi aziendali nel contratto traslativo o in un inventario appositamente redatto.

⁹² Cass. 28 novembre 1961, n. 2748.

che lo compongono, e la capacità del primo di essere oggetto di contratti traslativi.

Un'ultima annotazione riguarda la configurabilità di un'azienda, e del relativo contratto di cessione, anche nel caso in cui oggetto di trasferimento sia solamente una parte dei beni dell'azienda dell'alienante: questa porzione del complesso aziendale infatti, il c.d. 'ramo aziendale', potrà ben presentare una propria autonomia organizzativa, che le consenta l'esercizio di un'attività d'impresa, seppur diversa o ridotta rispetto all'originale⁹³. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti sono in questo concordi, mentre paradossali sembrano le conseguenze della tesi opposta, che nega la qualificazione come azienda nel caso in cui il trasferimento di beni non fosse in grado di garantire l'esercizio della 'medesima impresa' dell'imprenditore alienante⁹⁴; il suo accoglimento consentirebbe infatti, mediante il frazionamento dell'azienda, di aggirare quelle responsabilità previste dagli artt. 2558, 2560 e 2112 c.c.

3 Le forme giuridiche del trasferimento.

A completamento di quanto finora illustrato in tema di trasferimento d'azienda, mi sembra opportuno rimarcare una ulteriore connotazione di questo istituto, e cioè quella di essere considerato, in una visione dinamica del mondo degli scambi e delle relazioni commerciali, come un 'effetto'. Cioè un risultato giuridico-economico il cui contenuto minimo consiste appunto nel mutamento di titolarità di un complesso aziendale, ottenibile però attraverso una pluralità di percorsi tecnico-giuridici, frutto di obiettivi economici diversi. L'azienda infatti può essere oggetto di trasferimento *inter vivos*, quindi di compravendita, di conferimento, di permuta e di donazione; può essere oggetto di diritti reali (usufrutto), personali (affitto), di godimento a favore di terzi, può infine essere oggetto di assegnazione in sede di divisione e di provvedimenti cautelari, nonché di successione *mortis causa*.

Appare evidente a questo punto che le vicende traslative dell'azienda si intersecano con le vicende che hanno ad oggetto i suoi titolari, che siano singoli imprenditori o società di capitali, generando una disciplina complessa,

⁹³ G. E. COLOMBO, *La cessione d'azienda*, cit., p. 21.

⁹⁴ Cfr. M. PORZIO, *La sede dell'impresa*, Napoli, 1970, p. 233 e ss.

risultato del coordinamento tra normative appartenenti a rami distinti del diritto.

Proprio al fine di accertare la concreta applicazione della normativa civilistica sul trasferimento già esaminata, diviene rilevante una ulteriore attribuzione del 'mutamento di titolarità', potendo esso qualificarsi come 'sostanziale' o 'meramente formale' a seconda della effettiva modificazione dei referenti finali dell'attività d'impresa, cioè dei destinatari dei risultati economici della stessa e che, in quanto tali, la governano⁹⁵. Solo nel primo caso si avrà pertanto l'integrale applicazione della disciplina contenuta negli artt. 2556 e ss. A tal riguardo, esamineremo ora alcune forme di trasferimento tra le più rilevanti tra quelle prima ricordate, ed in particolare quelle del conferimento in società, della scissione con assegnazione dell'azienda ad una beneficiaria e della cessione delle sole partecipazioni sociali. Considereremo inoltre una forma di trasferimento più innovativa, rappresentata dalla trasformazione di comunione d'azienda in società.

3.1 Il conferimento d'azienda in società di capitali.

Nel caso di conferimento d'azienda, si ha un'operazione con la quale un soggetto (conferente) apporta beni o diritti a titolo di capitale in una società (conferitaria), ricevendo in cambio azioni o quote della conferitaria stessa, di cui il primo soggetto diviene socio. Oltre a beni o diritti singoli, oggetto di conferimento può anche essere un complesso di beni organizzati, idonei e funzionali all'esercizio di attività d'impresa, cioè un'azienda⁹⁶.

⁹⁵ M.MALTONI, *Le forme giuridiche emergenti ed esistenti*, in *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimenti d'azienda - Atti del convegno del 23 e 24 Aprile 2010*, nella collana "I Quaderni della Fondaz. It. per il Notariato", Milano, 2010, p. 8; a proposito della articolazione delle operazioni di ristrutturazione a seconda che comportino o meno una circolazione di ricchezza e una sostituzione nell'iniziativa imprenditoriale, v. P. SPADA, *Diritto commerciale*, II, Elementi, Padova, 2006, p. 155 e 164.

⁹⁶ Ulteriore vantaggio del conferimento di un'azienda è la possibilità di prescindere da qualsiasi indagine sulla composizione qualitativa della stessa: al suo interno possono essere ricompresi elementi che, singolarmente considerati, non sarebbero suscettibili di conferimento a capitale *ex art. 2342* ultimo comma del c.c.. Per un'analisi più approfondita cfr. P. MARCHETTI, *Spunti in tema di conferimento di azienda a fronte di aumento di capitale di S.p.a.*, in *Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa - Atti*, Comitato regionale notarile lombardo, Milano, 1994, p. 90 e ss.; nonché M. MIOLA, *I conferimenti in*

Questa è tra le ipotesi di maggiore rilevanza economica e strategica per le imprese, e tra le più complesse a livello civilistico e fiscale; la sua importanza è dovuta anche al fatto che permette la partecipazione ad operazioni di concentrazione aziendale anche ad imprenditori individuali, i quali non avendo veste giuridica societaria, non sono in grado di usufruire di strumenti alternativi quali quelli della fusione o della scissione di società.

Il conferimento di azienda è una *species* del *genus* 'conferimenti di beni in natura', ed a livello codicistico è carente sia di definizione normativa che di disciplina organica; le norme ad essa applicabili saranno quindi il risultato dell'applicazione congiunta delle disposizioni relative al conferimento di beni in natura (artt. 2342-2343 e 2465 c.c.) e di quelle in tema di trasferimento d'azienda (artt. 2556 e ss.). L'applicazione integrale di queste ultime, ed in particolare dell'art. 2559 (che comporta l'automatica cessione dei crediti relativi all'azienda trasferita)⁹⁷ e dell'art. 2560 (che estende alla società conferitaria la responsabilità per i debiti inerenti l'esercizio dell'azienda), è dovuta al fatto che, almeno da un punto di vista giuridico, si verifica un effettivo e sostanziale mutamento della titolarità giuridica, verificandosi una successione (*rectius*: una sostituzione) del soggetto giuridico titolare dell'attività imprenditoriale.

Da un punto di vista strutturale, il conferimento d'azienda è caratterizzato per avere, a fronte del trasferimento di un complesso aziendale, un corrispettivo rappresentato non dal denaro, ma da azioni o quote della società conferitaria, la quale provvede ad aumentare il proprio capitale sociale in misura corrispondente; questo è quello che vale a differenziare l'operazione in esame dalla cessione d'azienda. Le conseguenze sono di rilevante entità nell'economia delle imprese coinvolte, giacché nel caso di cessione, il cedente rientra del proprio investimento originario, riconvertendo l'investimento in liquidità e uscendo completamente dal *business*. Nel caso di conferimento invece, a fronte dell'apporto effettuato nella società, il conferente riceve azioni o quote di quest'ultima, permutando l'azienda conferita con attività finanziarie; il soggetto conferitario invece

natura, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 1, tomo 3, Torino, 2004, p. 171 e ss.

⁹⁷ Su tutte, vedi Cass. 22 gennaio 1999, n. 577.

registra un incremento del patrimonio netto corrispondente all'aumento di capitale sociale deliberato, senza subire alcuna riduzione di attivo o lievitazione del passivo⁹⁸.

Anche l'operazione di conferimento d'azienda si presta a ulteriori specificazioni, in funzione del risultato e delle finalità perseguite: la più rilevante è sicuramente quella della realizzazione di concentrazioni aziendali, con cui la conferitaria acquisisce direttamente una capacità produttiva e commerciale già esistente, senza attendere i tempi altrimenti necessari alla sua formazione interna. Il corrispettivo formato da azioni o quote consente peraltro di non indebolire la propria struttura patrimoniale, consentendo la crescita dimensionale anche ad imprese senza risorse finanziarie o che versino in situazioni di crisi di liquidità. Il limite dell'operazione è ovviamente la necessaria diluizione delle partecipazioni dei soci originari, con annessa impossibilità di godere del diritto di opzione sulle azioni di nuova emissione, di spettanza del soggetto conferente.

Ciò che invece vale a distinguere questa operazione da quella di fusione è la possibilità di procedere al trasferimento anche solo parziale del patrimonio della conferente, opportunità non concessa alla società incorporata o fusa, che cede il suo patrimonio per intero.

Tra gli altri pregi dell'operazione di conferimento, vi è quello di soddisfare l'esigenza del soggetto conferente alla trasformazione del proprio investimento da attività produttive in attività finanziarie, consentendogli di sfruttare così la flessibilità e la liquidabilità tipica di tali strumenti (specie se negoziati in mercati regolamentati), senza per questo uscire dal settore produttivo e fatta salva comunque la possibilità di procedere successivamente a disinvestimenti, anche solo parziali.

Infine, il conferimento quale strumento di aggregazione aziendale, viene utilizzato non solo per fare acquisizioni, ma anche per altre finalità: con esso è possibile ad esempio perseguire l'attuazione di accordi collaborativi fra due o più imprese (le c.d. *joint ventures*), aventi come obiettivo la realizzazione di un progetto comune di natura industriale o commerciale; oppure è possibile procedere alla ristrutturazione di grandi imprese

⁹⁸ G. SAVIOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, 3^a ed., Milano, 2008, pp. 50 e ss.

internazionali o multisettoriali, per le quali la gestione accentrata non si riveli più adeguata alle necessità e alle opportunità presentate dal mercato. In questi casi, l'operazione di conferimento prende il nome di 'scorporo', e prevede l'apporto da parte della società originaria di alcuni rami aziendali in una società preesistente o di nuova costituzione, a fronte delle azioni o quote di questa⁹⁹.

3.2 Scissioni e mutamenti della compagine societaria.

Il rapporto tra la scissione e il trasferimento d'azienda ha nel tempo suscitato l'attenzione della dottrina, che si è interrogata sulla possibile assimilazione concettuale della prima al secondo, e sulla conseguente eventuale applicazione alla scissione delle regole di cui agli artt. 2557 e ss.

Questo tema, oggetto fino ad oggi di poche pronunce giurisprudenziali, è però di grande interesse teorico-sistematico, per i profili ancora poco esplorati che presenta. Mi riferisco all'analisi della scissione non solo dal punto di vista normativo, bensì come operazione societaria di ristrutturazione, complessa e sfaccettata.

Larga parte della dottrina ha escluso l'estendibilità o l'applicazione analogica della disciplina del trasferimento d'azienda alla vicenda scissoria¹⁰⁰, giacché i conflitti di interesse scaturenti dall'operazione di scissione si ritiene vengano risolti o per assorbimento, o in via autonoma ed autosufficiente (a volte anche con modalità più garantiste, come avviene con riguardo agli interessi del ceto creditorio) dal microsistema normativo ad essa dedicato (artt. 2506 e ss.). Alla base di questa conclusione vi è la considerazione della scissione come di una vicenda organizzativa dell'attività

⁹⁹ Lo scorporo prevede l'assegnazione delle azioni alla società conferente, non ai suoi soci, come invece avviene nella scissione, che implica un depauperamento patrimoniale della scissa, potendo questo essere totale, portando alla estinzione della stessa. Lo scorporo è anche strumento privilegiato per la trasformazione di una impresa industriale in una *holding*.

¹⁰⁰ Seppur con una pluralità di argomentazioni: dall'assunto sulla natura non traslativa o non meramente traslativa del fenomeno scissione, all'analisi in chiave funzionale delle singole disposizioni, per la cui trattazione si rimanda all'esauriente lavoro di G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla 'circolazione' dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir. comm.* 2001, 443 nonché, della stessa autrice, *Scissione e trasferimento d'azienda: il profilo degli effetti*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 7**, tomo 2, Torino, 2004, p. 264 e ss.

d'impresa che implica un mutamento soltanto formale dell'imputazione del patrimonio, senza cioè implicare la liquidazione dell'investimento originario dei soci, il quale continua a costituire il titolo giuridico della loro partecipazione nell'attività. La qualità che caratterizza l'istituto, in qualsiasi forma esso si realizzi, è stata identificata nella assoluta continuità: sia con riferimento all'originario rapporto di partecipazione sociale, sia dal punto di vista dei valori in gioco, come dimostrato dalla disciplina del rapporto di cambio. Sarebbe pertanto una vicenda 'dell'organizzazione' e non 'dei beni'. Emblematico e chiarificatore è il mutamento terminologico operato con la riforma societaria nell'ambito della definizione della fattispecie, mutato da "trasferimento" del patrimonio a sua "assegnazione"¹⁰¹. Conclusione obbligata è perciò la mancata applicazione del regime circolatorio di cui agli artt. 2557 e ss.¹⁰².

Un altro problema che ha ricevuto soluzione simile, è quello del trasferimento d'azienda operato con il mutamento, anche solo parziale, dell'identità dei soci, posto in essere tramite trasferimento delle partecipazioni sociali anche solo nella misura sufficiente a far assumere ad altri il controllo della società. La giurisprudenza costante della Cassazione è nel segno della continuità: in nessun caso si sarà in presenza di trasferimento d'azienda se gli elementi del complesso aziendale dovessero rimanere nella titolarità della stessa società¹⁰³.

¹⁰¹ Art. 2506 co. I c.c.

¹⁰² Molto interessante risulta a questo riguardo l'approfondimento compiuto da P. LUCARELLI sulla evoluzione nella lettura del diritto delle operazioni societarie di ristrutturazione, e pubblicato in *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. 4, Torino, 2007, p. 441 e ss., di cui, per motivi di coerenza con le finalità introduttive date a questo primo capitolo, non possiamo qui fare più di un rapido *excursus*. L'autrice incentra la sua indagine sul problema teorico della sovrapposizione dell'istituto della scissione e quello dell'alienazione dell'azienda, già oggetto di ampia e copiosa trattazione, analizzandolo però dal punto di vista della funzione organizzativa dei beni aziendali. L'operazione di scissione dovrebbe essere infatti di stretta pertinenza alla funzione organizzativa dei beni, propria dell'imprenditore ed insita nell'art. 2555 c.c. Alcune tipologie di scissione però, implicanti una modificazione della compagine societaria della beneficiaria, potrebbero far configurare quest'ultima come soggetto estraneo rispetto alla scissa, andando a colorare diversamente la natura dell'operazione, intesa nei caratteri tipici sopra descritti. A fugare simili percorsi interpretativi, come sottolineato dalla stessa autrice, ha provveduto l'intervento modificatore della definizione di scissione ex art. 2506 co. I, operato dalla riforma delle società.

¹⁰³ Cfr. per tutte, con riferimento alla materia lavoristica, Cass., sez. lavoro, 15 ottobre 1991, n. 10829, in *Foro it. Rep.*, 1991, p. 1830.

È da notare però, come il metro della 'continuità' sia in questo caso declinato non alla stregua del parametro di identità della compagine (come visto poc'anzi nel caso della scissione), ma con riferimento esclusivo al fattore di imputazione solo formale dei beni ad una società (ed in pratica al nome di un contenitore), prescindendo dall'ulteriore circostanza, questa invece sostanziale, della sostituzione delle persone che ne hanno il controllo.

3.3 La trasformazione della comunione d'azienda.

La comunione d'azienda è quella particolare situazione che si verifica quando, in presenza di una contitolarità di un complesso aziendale tra due o più persone, vi sia assenza dell'esercizio effettivo di una attività d'impresa, verificandosi in sua vece solo il godimento dei beni ricompresi nell'azienda stessa. Ove si verificasse l'esercizio congiunto dell'attività, si avrebbero i presupposti per l'identificazione di una società di fatto¹⁰⁴, con l'applicazione della relativa disciplina normativa. Nella locuzione 'godimento dei beni aziendali' è ricompresa anche la fattispecie dell'affitto d'azienda, nella quale l'esercente l'attività d'impresa risulta essere l'affittuario, e non i contitolari.

È possibile che questa situazione organizzativa possa mutare tramite la sua trasformazione in società di capitali, percorso che si caratterizza, al pari di quello che avviene in senso contrario, nel segno di una discontinuità soggettiva. Si attua così, a differenza di quanto accade in ogni altra fattispecie di trasformazione, anche eterogenea, il mutamento formale della titolarità del patrimonio, e non la sola modificazione delle regole di organizzazione dell'attività¹⁰⁵: nel caso della trasformazione di società in comunione d'azienda si determina un risultato assimilabile da un punto di vista economico all'assegnazione dei beni ai soci, effetto finora raggiungibile solo al termine della fase di liquidazione finalizzata all'estinzione dell'ente giuridico; la trasformazione opposta, cioè della comunione d'azienda in società di capitali, è assimilabile alla costituzione di società mediante conferimento di beni, e di essa diventa una forte concorrente sul piano funzionale, in quanto viene garantito il medesimo risultato ma con la non

¹⁰⁴ Nel caso specifico definita, seppur impropriamente, 'comunione d'impresa'.

¹⁰⁵ M. MALTONI, *Le forme giuridiche emergenti ed esistenti*, cit., p. 14.

disprezzabile differenza di poter derogare alle norme e ai principi che regolano il conferimento d'azienda. Questa particolarità è dovuta alla riqualificazione della fattispecie che è stata operata dalla riforma societaria: come visto in precedenza (v. il § 3.1) il conferimento d'azienda, di proprietà individuale o in comproprietà, soggiace alla disciplina dettata in materia di trasferimento, disciplina che soprintendeva anche il passaggio dalla comunione d'azienda a società di capitali (nonché l'ipotesi inversa, inquadrata come 'atto d'assegnazione'). Con il D.lgs. 6/2003 (c.d. riforma societaria) si è assistito alla sottrazione di queste fattispecie alla disciplina delle vicende traslative nonché alle regole di circolazione dell'azienda, le quali, come sappiamo, presuppongono una vicenda di natura derivativa. La valutazione inappellabile del legislatore le ha qualificate, al pari delle altre trasformazioni, come vicende evolutive delle regole di organizzazione dell'attività, implicanti la permanenza del rapporto tra i partecipanti dell'attività stessa. La disciplina relativa alle trasformazioni, difatti, prevede la continuità assoluta dei rapporti, preoccupandosi solo della tutela dei creditori¹⁰⁶; ciò ha come evidenti implicazioni il fatto che non si verifichino quei conflitti di interesse che le norme sui contratti di scambio mirano a dirimere.

In definitiva, stante l'equivalenza funzionale tra le due, affinché si possa applicare la disciplina della trasformazione in sostituzione di quella del trasferimento, l'ordinamento richiede che sia assicurato il profilo di continuità soggettiva ed oggettiva, nel senso che non si dovrà avere mutazione alcuna né dei referenti finali dell'attività né dei singoli elementi patrimoniali che compongono l'azienda; la 'facoltà di selezionare' è infatti propria di vicende cui è da riconnettersi inevitabilmente l'applicazione della disciplina sul trasferimento.

¹⁰⁶ Così come previsto agli artt. 2500 *quinquies*, 2500 *sexies u.c.*, e 2500 *novies*.

CAPITOLO SECONDO

I PROFILI TRIBUTARI

Parte I

Il trasferimento d'azienda tra IVA ed imposta di registro.

4 Premessa

Nella prima parte di questo lavoro sono stati ripercorsi brevemente la nascita e l'evoluzione del concetto civilistico d'azienda, nonché gli scopi e la disciplina degli effetti civili che sono da ricollegare alla sua circolazione.

Tale preambolo è finalizzato alla contestualizzazione di questa seconda parte, in cui vengono affrontati direttamente alcuni degli aspetti fiscali più interessanti sollevati da questo tipo di operazioni.

Oggetto della nostra attenzione rimarranno le fasi dinamiche che interessano le aziende, e proprio a questo riguardo giova ricordare la valenza plurima assunta dal termine 'trasferimento': com'è facile intuire esso evoca il mutamento di titolarità del complesso aziendale, fermo restando che questo 'effetto' può essere ricondotto ad obiettivi economici eterogenei, a loro volta perseguiti con strumenti e procedure differenti¹⁰⁷.

Il nostro approfondimento s'incentrerà maggiormente sul trasferimento *inter vivos* della titolarità, anche se avremo modo di affrontare, seppur marginalmente, discipline e spunti d'interesse che si ricollegano ad ipotesi diverse.

Ed infine, per quanto questo lavoro si focalizzi sui 'soli' effetti fiscali di codeste operazioni, al fine di garantire una analisi compiuta ed esauriente sarà necessario un ulteriore restringimento del campo d'indagine, la quale pertanto avrà ad oggetto in maniera pressoché esclusiva le imposte indirette.

¹⁰⁷ Si veda il § 3, Cap. I.

5 Il regime fiscale della cessione d'azienda.

Prima di entrare *in medias res*, ritengo necessaria una considerazione preliminare sull'esistenza o meno di un'autonoma nozione di azienda rilevante ai fini esclusivi della tassazione. Indipendentemente dalla *vexata quaestio* dei rapporti tra diritto civile e diritto tributario¹⁰⁸, può essere sufficiente, in via di prima approssimazione, sottolineare che la legislazione tributaria non fornisce una propria definizione di azienda, al contrario di quanto avviene per il concetto di impresa, il quale risulta avere avuto un'autonoma ridefinizione rispetto alla corrispondente fattispecie civilistica, sia in materia di imposizione sul reddito (art. 55 del DPR n. 917/1986) che in materia di imposta sul valore aggiunto (art. 4 del DPR n. 633/1972)¹⁰⁹.

Tale carenza, è all'origine del principio, proprio dell'insegnamento tradizionale, secondo cui qualora il diritto tributario utilizzi istituti o concetti propri di altre branche del diritto senza fornire o richiedere, in modo esplicito od implicito, un'autonoma nozione, il significato da attribuire debba essere quello proprio del settore giuridico di origine¹¹⁰.

Tale considerazione è stata fatta propria anche dall'amministrazione finanziaria, la quale recentemente ha avuto modo di affermare che «*la disciplina civilistica di un istituto è applicabile al campo tributario qualora l'ordinamento tributario non disciplini autonomamente la materia con norme proprie, anche se derogatorie rispetto a quelle civilistiche*»¹¹¹.

Nel diritto tributario quindi, in carenza di una definizione *ad hoc* del concetto di azienda, la nozione recepita come componente della fattispecie impositiva è quella civilistica.¹¹² Questo implicito rimando interno all'ordinamento,

¹⁰⁸ Per l'approfondimento della quale si rimanda, tra i molti contributi sull'argomento, all'interessante saggio di E. DE MITA, *Diritto tributario e diritto civile. Profili costituzionali*, in *Le ragioni del diritto – Scritti in onore di L. Mengoni*, tomo III, Milano, 1995, p. 1825 ss.; nonché a S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992.

¹⁰⁹ Sul recepimento da parte del diritto tributario dei concetti giuridici del diritto civile e commerciale cfr. G. A. MICHELI, *Appunti sull'interpretazione e l'integrazione della legge tributaria*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano, 1974, p. 3717-3737.

¹¹⁰ A. D. GIANNINI, *Intorno alla cosiddetta autonomia del diritto tributario*, in *Riv. it. dir. fin.*, 1940, I, p. 57; F. AMATUCCI, *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Napoli, 1965, p. 117 ss.; M. TRIMELONI, *L'interpretazione del diritto tributario*, Padova, 1979, p. 260; A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 230.

¹¹¹ Così l'Agenzia delle Entrate, ris. 1 febbraio 2010, n. 8/E.

¹¹² G. TINELLI, voce 'Azienda nel diritto tributario' in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. comm.le*, II, Torino, 1987, p. 100.

sebbene sia principio di valenza generale, necessita come vedremo di un certo ridimensionamento in funzione della rilevanza comunitaria rivestita dall'istituto stesso¹¹³.

2.1 *L'inquadramento nella normativa nazionale*

Come rilevato nel precedente capitolo, nucleo centrale tra le ipotesi di circolazione del complesso aziendale assume la sua compravendita (o cessione in senso stretto), intesa come transazione onerosa implicante un trasferimento a titolo definitivo della titolarità dell'azienda verso un corrispettivo pecuniario. Tralasciando, come da premessa, di approfondire le specificità dell'imposizione diretta sulle plusvalenze da essa derivanti, la nostra analisi affronta direttamente la disciplina dell'Imposta sul valore aggiunto, prendendo le mosse dalla corrispondente normativa nazionale, in particolare da quanto previsto dall'art. 2 co. III, lett. b) del DPR n. 633 del 1972, il quale stabilisce che «*non sono considerate cessioni di beni: [...] b) le cessioni ed i conferimenti in società o altri enti, compresi i consorzi e le associazioni o le altre organizzazioni, che hanno per oggetto aziende o rami di azienda*». Ne deriva pertanto che la cessione di azienda o di un suo ramo, al pari del conferimento in società ed altri enti, sono operazioni considerate non rilevanti ai fini dell'imposizione sul valore aggiunto, e di conseguenza qualificate 'fuori campo IVA'¹¹⁴. L'esclusione dal campo di applicazione del tributo implica, oltre al mancato sorgere del debito d'imposta a seguito della realizzazione delle operazioni stesse, anche l'insussistenza degli obblighi formali di fatturazione e registrazione, nonché l'irrilevanza degli importi ai fini del calcolo del volume d'affari.

¹¹³ Cfr. § 2.2 del presenta capitolo.

¹¹⁴ Per l'analisi dettagliata dello schema applicativo dell'IVA, degli elementi costitutivi delle operazioni rilevanti e delle altre caratteristiche dell'imposta, si rimanda alla manualistica in materia. Per ragioni di completezza, seppur a margine di questa discussione, è giusto ricordare che in linea generale, anche le operazioni di riorganizzazione aziendale sono escluse dal campo di applicazione dell'IVA: ai sensi dell'art. 2 co. III, lett. f) del DPR n. 633/1972 infatti, i passaggi di beni effettuati in dipendenza di trasformazioni, fusioni e scissioni non sono considerate cessioni di beni rilevanti ai fini del tributo. Tale esclusione non riveste carattere agevolativo, essendo strettamente connessa alla natura delle operazioni stesse, non riguardanti i beni aziendali, ma il soggetto giuridico che ne è titolare; come tali, esse non sono idonee a dare luogo ad un trasferimento patrimoniale in senso tecnico. Cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, 7^a ed., Padova, 2010, p. 755 ss.

E' necessario a questo punto chiedersi quale sia la *ratio* di questa esclusione, dato che queste operazioni non differiscono in alcun modo da altre ipotesi di costituzione o trasferimento della proprietà o altri diritti reali normalmente assoggettate ad imposta.

Altrettanto necessario sarà poi evidenziare le disposizioni comunitarie che sottostanno a tale disciplina e che la legittimano, essendo l'IVA come ben noto un tributo di matrice europea, e come tale assoggettato al principio di uniforme applicazione nei vari Stati membri.

Per quanto riguarda la prima questione, si rileva al livello del generale inquadramento delle ipotesi di esclusione (nonché di quelle di esenzione e non imponibilità)¹¹⁵, una certa difficoltà ricostruttiva: la complessità del sistema è dovuta all'eccessivo numero, alla diversa collocazione¹¹⁶, ed alla confusione fra fattispecie di esclusione o di esenzione e di non imponibilità fatta dal legislatore¹¹⁷. Con riferimento ai criteri di individuazione e differenziazione delle ipotesi di esclusione ed esenzione¹¹⁸ e basandosi sull'analisi delle disposizioni testuali è possibile trarre il convincimento che la differenziazione venga effettuata «*non tanto in base a valutazioni di ordine*

¹¹⁵ Sulla distinzione tra le fattispecie di esclusione ed esenzione rimandiamo alla manualistica in materia; tuttavia può in via di approssimazione affermarsi che secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, le esclusioni si distinguono dalle esenzioni (non sempre in maniera limpida) per la carenza di una funzione agevolativa, rivestendo invece quella di ordinaria delimitazione della fattispecie impositiva. Si veda P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007, p. 146, con ampia bibliografia sull'argomento; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, cit.. Altra parte della dottrina colloca sia le norme di esclusione sia quelle di esenzione tra le agevolazioni tributarie: S. LA ROSA, *Esenzioni ed agevolazioni tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, 2.1. In generale sull'argomento, cfr. A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, Milano, 1962, II, p. 220 ss.; A. FEDELE, *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'IVA*, in *Riv. dir. fin.*, 1973; A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 184 e ss.; M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni*, in *Rass. trib.*, n. 2/2002, p. 421 e ss.

¹¹⁶ Difatti alcune si ritrovano nell'art. 2 del DPR n. 633/72, mentre altre negli artt. 34 co. VII, 74 ed 80.

¹¹⁷ A. FANTOZZI, *Operazioni imponibili, non imponibili ed esenti nel procedimento di applicazione dell'IVA*, in *Riv. dir. fin.*, 1973, I, p.138 e ss., sulle origini della legislazione nazionale IVA, ed in particolare sulla disciplina degli 'esoneri da imposta'; cfr. anche A. FEDELE, *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'IVA*, cit., p. 146.

¹¹⁸ Fermo quanto riportato alla **nota 9**, può accennarsi al fatto che si ritiene essere in presenza di esclusione quando si voglia determinare l'inidoneità di una fattispecie a produrre un qualunque effetto ai fini del tributo: le ipotesi di esclusione sono dunque estranee alla previsione della norma impositiva. Ricadono in quest'ultima invece, i casi di esenzione, e sarebbero da essa regolati se non fossero destinatari di una disciplina specifica che li dichiara non soggetti all'imposta per ragioni estranee alla normale struttura del tributo. Le operazioni esenti pertanto rientrano nel campo di applicazione dell'IVA, comportano gli adempimenti formali, sebbene non consentano la detraibilità dell'IVA sugli acquisti e sulle importazioni. Per quest'ultimo motivo assumono natura economica di costo per il soggetto passivo che le pone in essere.

contenutistico, ma semplicemente sulla spinta di determinate necessità classificatorie»¹¹⁹.

Anche soffermandoci sulla sola categoria delle ipotesi di esclusione (all'interno della quale è da ricondursi la disciplina della cessione di azienda), l'analisi delle stesse non consente di individuare una *ratio* identica per tutte; per alcune può esservi una giustificazione, per altre invece, difficilmente può comprendersi in base a quale scelta di politica fiscale siano state introdotte, anche perché occorre ricordare che le esclusioni dall'imposta, diversamente dalle esenzioni, non sono previste dalle direttive comunitarie in materia di IVA; il legislatore ha fatto ricorso a differenti criteri, riferendosi in alcuni casi alla natura del bene, in altri alla natura dell'atto, in altri casi ad entrambi questi fattori¹²⁰. Ne consegue l'impossibilità di utilizzare i principi di teoria generale in tema di esclusione, determinandosi il convincimento che si siano inquadrate alcune ipotesi in una categoria piuttosto che in un'altra non in base a precise esigenze sistematiche, ma al solo scopo di assoggettarle ad un regime fiscale piuttosto che ad un altro¹²¹. Appare quindi plausibile che *«la ragione della scelta operata dal legislatore debba essere ricercata nella volontà di dare una soluzione piuttosto che un'altra al problema del rapporto tra esoneri e detrazioni e quindi di porre in essere un meccanismo piuttosto che un altro di applicazione del tributo»¹²²*; la classificazione operata è da ricondurre pertanto a valutazioni che non sono di ordine dogmatico, ma bensì frutto di una *«certa confusione terminologica»¹²³*. Sarebbero infatti determinanti *«mere esigenze di cassa, in ordine alle quali è del tutto irrilevante la natura della norma che esclude l'applicazione dell'imposta e la sua funzione nella struttura del tributo»¹²⁴*.

Per quanto invece attiene a quella ipotesi di esclusione oggetto della nostra specifica attenzione, per pacifica opinione della dottrina, è possibile

¹¹⁹ F. GALLO, *L'IVA: verso un'ulteriore revisione*, in *Riv. dir. fin.*, 1978, I, p. 602.

¹²⁰ P. FILIPPI, voce *Valore aggiunto (Imposta)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 146.

¹²¹ P. FILIPPI, *ibidem*.

¹²² A. FANTOZZI, *Operazioni imponibili, non imponibili ed esenti nel procedimento di applicazione dell'IVA*, cit. p. 140.

¹²³ F. GALLO, *Profili di una teoria dell'imposta sul valore aggiunto*, Roma, 1974, p. 155.

¹²⁴ A. FEDELE, *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'IVA*, cit., p. 150, dove si sostiene appunto che la regola della indetraibilità dell'IVA pagata sugli acquisti non è in alcun modo connessa alla natura di esenzione o di esclusione delle singole ipotesi di inapplicabilità del tributo, giacché in origine (cioè nella normativa comunitaria) riferibile sia alle une che alle altre.

affermare che essa trovi una giustificazione nella natura stessa di codeste operazioni, cioè nel fatto che esse risultino estranee all'attività esercitata per il tramite dell'azienda stessa; in sostanza non rappresentano atti di gestione, ma piuttosto «*vicende della struttura della impresa*»¹²⁵, cioè atti di organizzazione della stessa, finalizzati alla ristrutturazione dei processi produttivi, che peraltro vincolano la natura della controparte contrattuale, necessariamente diversa da un consumatore finale.

Bisogna infine ricordare che alla base del suddetto regime vi sono anche altre ragioni, di natura essenzialmente pragmatica, risultanti dall'analisi degli atti parlamentari che hanno accompagnato l'approvazione del D.P.R. n. 633/1972: nella Relazione della V Commissione permanente del Senato infatti, si evidenzia che l'esclusione prevista per le cessioni di azienda è intesa ad eliminare le difficoltà che in caso di loro assoggettamento al tributo, si incontrerebbero nella determinazione della base imponibile. Difatti vi sarebbe la necessità di scorporare e valutare, per ogni atto di cessione, i soli elementi materiali componenti l'azienda trasferita (così come previsto in alcuni Stati europei che assoggettano ad IVA le cessioni in questione), non dovendosi, ai suddetti fini, tener conto di debiti e crediti, nonché della parte di corrispettivo riferentesi al valore dell'avviamento¹²⁶. È facilmente intuibile come l'eventuale tassazione dell'atto di cessione sarebbe nel nostro ordinamento una fonte feconda di contenzioso tra l'Amministrazione finanziaria ed il contribuente.

Dall'analisi della Relazione della V Commissione permanente sopra richiamata, risulta inoltre che tanto più l'esclusione si giustifica ove si consideri inoltre che la stessa non comporterà alcuno svantaggio, sia nei confronti dell'Erario, sia nei confronti dei soggetti d'imposta, poiché il cessionario sarà considerato continuatore dell'attività del cedente, e quindi,

¹²⁵ A. FEDELE, *Struttura dell'impresa e vicende dell'azienda nell'IVA e nell'imposta di registro*, in *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale (Atti del convegno di S. Remo)*, Padova, 1980, p. 163; R. LUPI, in *Diritto Tributario. Parte speciale. La determinazione giuridica della capacità economica*, 9^a ed., Milano, 2007, pp. 255-256.

¹²⁶ Il contenuto della Relazione è riportato, seppur indirettamente, in G. e D. MANDÒ, *Manuale dell'Imposta sul Valore Aggiunto*, XXVI ed., Milano, 2007, p. 33, nota 2.

come tale, subentrerà in tutti i diritti e tutti gli obblighi dello stesso nei confronti dell'Erario¹²⁷.

2.2 Le ascendenze comunitarie

Una volta osservate le norme vigenti e le finalità che ad esse presiedono, preme analizzarne gli antecedenti giuridici di origine sovranazionale.

Come è noto, l'IVA è un prelievo generale sui consumi la cui normativa nazionale si pone come attuazione delle direttive comunitarie¹²⁸ che ne hanno imposto l'adozione e fissato la disciplina, vincolando sia i legislatori che gli interpreti dei singoli stati membri alla costruzione di regole ad esse conformi.

L'analisi che segue, tappa obbligata di un percorso 'a ritroso' nella gerarchia delle fonti, desta il nostro particolare interesse in relazione al profilarsi di una prospettiva comparatistica: l'analisi della ricostruzione nazionale della disciplina IVA inerente la cessione d'azienda infatti, in quanto frutto del recepimento della originaria Direttiva comunitaria, solleva qualche aspetto critico, quando non un vero e proprio disallineamento tra i due ordinamenti, con specifico riferimento alla nozione di azienda rilevante ai fini IVA contemplata nei due ordinamenti.

La nostra ricerca inizia dalla disciplina positiva, ed in particolare dall'origine della esclusione della cessione –e del conferimento– di un'azienda dal novero delle operazioni rilevanti ai fini IVA. Questo particolare regime infatti, non discende in maniera diretta e vincolante dalla normativa comunitaria, ma è frutto di un regime opzionale (c.d. 'regola della non avvenuta cessione') offerto ai singoli stati membri dell'Unione dal primo comma dell'art. 19 Dir. 2006/112/CE¹²⁹: «*In caso di trasferimento a titolo*

¹²⁷ Si evidenzia come la neutralità economica del regime di esclusione, così come richiamata nella citata Relazione (datata 1973), si possa ritrovare anche nelle parole addotte dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, chiamata, con la sent. 27 novembre 2003, causa C-497/11 *Zita Modes*, alla corretta identificazione della *ratio* della disposizione, nonché nelle osservazioni della Commissione Europea presentate alla Corte medesima. Per una trattazione più ampia, vedi il § 2.3, **note 32 e 33**.

¹²⁸ La già ricordata Direttiva 2006/112/CE ha visto rifuse al suo interno le direttive precedentemente vigenti.

¹²⁹ Già art. 5 n. 8 della VI Direttiva IVA 77/388/CEE, rispetto al quale risulta immutato.

oneroso o gratuito o sotto forma di conferimento a una società di una universalità totale o parziale dei beni, gli Stati membri possono considerare che non è avvenuta alcuna cessione di beni e che il beneficiario succede al cedente»¹³⁰.

Nella seconda parte del medesimo articolo, viene introdotta la preclusione per gli Stati membri di introdurre limitazioni al regime citato diverse da quelle ivi espressamente previste: *«Gli Stati membri possono adottare le disposizioni necessarie ad evitare distorsioni della concorrenza, qualora il beneficiario non sia un soggetto passivo totale. Possono inoltre adottare le misure utili a prevenire l'elusione o l'evasione fiscale mediante l'applicazione di questo articolo»*. Questo regime derogatorio, ribadito anche dalla Corte di Giustizia¹³¹, è diretto ad evitare le distorsioni della concorrenza che potrebbero verificarsi nel caso in cui il beneficiario della cessione non fosse un soggetto passivo ai sensi della predetta direttiva, oppure qualora egli agisse quale soggetto passivo solo per una parte della sua attività.

Alla previsione della suddetta disciplina opzionale per gli Stati, non segue però una ulteriore indicazione su cosa debba intendersi per 'universalità totale o parziale di beni', lasciando così non pienamente definiti i confini dell'istituto e di conseguenza parzialmente indeterminate le condizioni di applicabilità.

Le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione, come sappiamo, vengono sollevate dal giudice nazionale e, tramite rinvio pregiudiziale, sono devolute alla Corte di Giustizia (in seguito CGUE) quale 'interprete autentico' del dettato normativo.

Alcune incertezze applicative in tema di cessione d'azienda hanno così permesso alla Corte di pronunciarsi in materia. Si è quindi inizialmente constatato che *«la VI direttiva (ora direttiva 2006/112/CE) non contiene alcuna definizione della nozione di "trasferimento a titolo oneroso o gratuito o*

¹³⁰ Alla luce del dibattito sulla natura giuridica dell'azienda di cui si è accennato al § 1.3 del Cap. I, è interessante notare che a livello comunitario per indicare il concetto di azienda si utilizza la locuzione *«universalità (totale o parziale) di beni»*.

¹³¹ Così la CGUE, sent. 27 novembre 2003, causa C-497/01, *Zita Modes*, punto 31: *«Ne consegue che uno Stato membro che si sia avvalso della facoltà conferitagli dalla prima frase dell'art. 5, n. 8, della sesta direttiva deve applicare la regola della non avvenuta cessione a qualsiasi trasferimento di una universalità totale o parziale di beni e non può quindi limitare l'applicazione della detta regola solo ad alcuni dei detti trasferimenti, tranne che alle condizioni previste nella seconda frase dello stesso numero»*.

sotto forma di conferimento a una società di una universalità totale o parziale di beni”»¹³², né prescrive un rinvio al diritto interno degli Stati membri¹³³. La Corte ha quindi ribadito il principio generale secondo cui: «per costante giurisprudenza, tanto l'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto il principio di uguaglianza, esigono che una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata¹³⁴ deve normalmente dar luogo nell'intera Comunità ad un'interpretazione autonoma ed uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa»¹³⁵.

Partendo da questa premessa, la Corte ha concluso che la nozione di trasferimento di una universalità di beni «costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione, e, di conseguenza, deve ricevere un'interpretazione uniforme allo scopo di evitare divergenze nell'applicazione del regime dell'IVA negli Stati membri»¹³⁶.

Al punto immediatamente successivo della medesima sentenza viene esplicitata tale 'nozione comunitaria' di trasferimento aziendale: «La Corte ha interpretato tale nozione nel senso che in essa rientra il trasferimento di un'azienda o di una parte autonoma di un'impresa, compresi gli elementi materiali e, eventualmente, immateriali che, complessivamente, costituiscono un'impresa o una parte di impresa idonea a proseguire un'attività economica

¹³² CGUE, sent. ult. cit., punto 33.

¹³³ Rinvio che comporterebbe una frammentazione delle discipline imponibili nei vari Stati, in funzione della diversa regolamentazione ricevuta dall'istituto 'azienda' nei vari ordinamenti giuridici.

¹³⁴ Come è difatti la norma oggetto della nostra attenzione: «È pacifico che l'art 5 n.8 della VI direttiva non contiene alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del senso e della portata della nozione di trasferimento di una universalità totale o parziale di beni» (punto 35 sent. ult. cit.). E' palese che un eventuale siffatto rinvio comporterebbe la sostanziale certezza di una difforme applicazione della disciplina prevista dall'art. 19 citato all'interno del territorio dell'Unione: ciò accadrebbe infatti in funzione della diversa qualificazione dell'istituto 'azienda' negli ordinamenti dei singoli stati membri. L'unica soluzione praticabile è pertanto quella di trarre la corrispondente nozione in via interpretativa dal diritto comunitario stesso.

¹³⁵ CGUE, sent. ult. cit., punto 34; si veda la giurisprudenza della stessa Corte ivi riportata.

¹³⁶ CGUE, sent. ult. cit., punto 32 richiamata testualmente dalla recentissima sent. 30 maggio 2013, causa C-651/11, X BV, punto 31. In argomento, cfr. CGUE, sent. 19 settembre 2000, causa C-287/98, *Linster*, punto 43; CGUE, sent. 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Truley*, punto 35.

autonoma, ma non rientra la mera cessione di beni, quale la vendita di uno stock di prodotti»¹³⁷.

Per qualificare ai fini della disciplina IVA la locuzione ‘trasferimento di una universalità totale o parziale di beni’, la Corte ha quindi provveduto al suo inserimento in un itinerario ermeneutico fondato sul principio dell’uniforme applicazione del diritto all’interno dell’Unione, avendo la premura di sottolineare la necessità di una interpretazione sistematica della nozione stessa, tale da valorizzare le diverse fonti comunitarie costituenti il contesto normativo in cui la specifica norma si trova ad agire¹³⁸.

Prima di analizzare detto contesto, ci concentriamo sull’analisi della disposizione contenuta nell’art. 19 della Direttiva 2006/112/CE: per identificare correttamente la *ratio* del suddetto regime opzionale, è necessario ricorrere nuovamente al contributo offerto dalle parole della Corte di Giustizia: «*la detta disposizione*» si afferma, «*è diretta a consentire agli Stati membri di agevolare i trasferimenti di imprese o di parti di imprese¹³⁹, semplificandoli ed evitando di gravare la tesoreria del beneficiario di un onere fiscale smisurato, che sarebbe, in ogni caso, recuperato ulteriormente mediante detrazione dell’IVA versata a monte*»¹⁴⁰, ed ancora: «*un trattamento speciale si giustifica in tali circostanze soprattutto in quanto l’ammontare dell’IVA da anticipare in relazione al trasferimento può essere particolarmente ingente rispetto alle risorse dell’azienda interessata*»¹⁴¹. Rispetto all’assoggettamento di queste operazioni al tributo, è quindi

¹³⁷ CGUE, *sent. ult. cit.*, punto 32.

¹³⁸ Il contesto normativo è rappresentato, oltre che dall’intera IV Direttiva in materia di IVA, da altri atti normativi comunitari che disciplinano l’azienda, seppur con diverse finalità. A tal riguardo, cfr. i §§ 2.2.1 e 2.2.2. Conseguenza diretta di ciò, come vedremo, sarà la marginalizzazione delle ricostruzioni dell’istituto in uso negli ordinamenti dei singoli Stati.

¹³⁹ Questo ultimo periodo favorisce indubbiamente la ricostruzione della normativa comunitaria in senso ‘agevolativo’, tale da rappresentare una deroga concessa in favore del soggetto passivo cessionario d’azienda; in realtà non sempre all’opzione dello Stato per l’esclusione corrisponde un reale vantaggio economico per i soggetti accennati: come vedremo successivamente, l’Italia, al pari di altri stati, ricollega al compimento di queste operazioni escluse da IVA, l’assoggettamento ad un’altra imposta, quella di registro, calcolata in misura proporzionale al valore dei beni trasferiti, la cui applicazione risulta economicamente più gravosa rispetto all’imposta sul valore aggiunto.

Alla luce di quanto appena riferito, sembra quindi che la funzione di questa disposizione si possa qualificare come ‘delimitazione ordinaria della fattispecie impositiva’, giustamente ricompresa nella normativa italiana tra le norme di esclusione (vedi quanto detto nel § 2.1 del presente Cap).

¹⁴⁰ Punto 39 *sent. ult. cit.*, richiamato dalla *sent.* 10 novembre 2011, *Schriever*, causa C-444/10 punto 23.

¹⁴¹ Punto 41, *sent. Zita Modes*, cit.

giudicata preminente l'esigenza di evitare non solo le difficoltà inerenti la valutazione dei singoli elementi del complesso aziendale, ma anche la fase di anticipazione finanziaria ricollegata al momento del versamento dell'IVA. In occasione del trasferimento aziendale infatti, l'ammontare dell'imposta addebitata dal cedente al cessionario a titolo di rivalsa, sarebbe commisurato all'intero valore del complesso aziendale e verrebbe ad incidere sull'operatore economico in una fase assai delicata della sua vita imprenditoriale, cioè nel momento in cui si accinge ad intraprendere una nuova attività produttiva. Questa anticipazione finanziaria viene ritenuta un onere superfluo imposto al cessionario, soprattutto in considerazione del gettito nullo che consegue al diritto di detrazione dell'IVA addebitatagli per rivalsa da quella sulle sue operazioni attive ed alla possibilità di rimborso di cui gode l'operatore economico (ai sensi dell'art. 30, co. III e IV, D.P.R. 633/1972) in virtù del meccanismo applicativo dell'imposta¹⁴². È del tutto evidente quindi, che qualora si fosse optato per l'imponibilità di tali trasferimenti un meccanismo siffatto avrebbe potuto avere effetti disincentivanti, risolvendosi, nella maggioranza dei casi, solo in un esborso da parte delle imprese di ingenti quantità di liquidità, a discapito della semplificazione e della celerità degli scambi.

La *ratio* agevolativa del regime in esame, è confermata da un'osservazione presentata dalla Commissione Europea alla Corte di Giustizia in occasione della decisione della causa C-497/01 *Zita Modes*, nella quale si ribadisce che l'obiettivo perseguito con la disciplina di cui al citato art. 19 è esclusivamente quello della semplificazione amministrativa e di protezione della tesoreria dei soggetti passivi, anche in virtù dell'immutato risultato fiscale che deriva dall'assoggettamento della fattispecie all'IVA o dalla sua esclusione, stante il principio di neutralità del tributo stesso.

Quanto riportato dalla Commissione è ripreso integralmente dalla Corte nel testo della sentenza: «*risulta certamente dalle finalità dell'art. 5, n. 8 della VI direttiva (l'attuale art. 19 Dir. 2006/112/CE) e dall'interpretazione della nozione di 'trasferimento a titolo oneroso o gratuito o sotto forma di conferimento a una società di una universalità totale o parziale di beni' che ne*

¹⁴² G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, cit., p. 755 e 799.

deriva, [...] che i trasferimenti cui si riferisce la detta disposizione sono quelli in cui il beneficiario ha l'intenzione di gestire l'azienda o la parte di impresa trasferita, non semplicemente quella di liquidare immediatamente l'attività interessata...»¹⁴³, ed ancora: «affinché si configuri un trasferimento di un'azienda o di una parte autonoma di un'impresa ai sensi dell'art. 5, n. 8, della sesta direttiva, occorre che il complesso degli elementi trasferiti sia sufficiente per consentire la prosecuzione di un'attività economica autonoma»¹⁴⁴.

Tali affermazioni hanno il pregio di rendere palese che le finalità di 'semplificare e non oberare' la tesoreria del cessionario sono rivolte solo e soltanto a quelle ipotesi di trasferimenti che rendano possibile la continuazione dell'attività imprenditoriale. Risulta infatti evidente che, secondo quanto puntualizzato dalla Corte, il complesso dei beni materiali ed immateriali di cui si compone l'azienda non viene in considerazione in quanto mero complesso organizzato, cioè da un punto di vista statico, bensì da un punto di vista dinamico, in cui l'elemento qualificante risiede nell'idoneità ed adeguatezza di tali elementi, considerati nel loro complesso, a svolgere un'attività economica autonoma.

L'intenzione del cessionario alla gestione dell'azienda assurge quindi a parametro di valutazione per identificare, ai fini di questa specifica normativa, quando il complesso trasferito configuri un insieme di elementi (sia materiali che immateriali) complessivamente costituenti un'azienda, divenendone così un elemento qualificante. Ciò va ad identificare il cd. 'principio della continuazione'.

Lungi dal valorizzare un dato soggettivo ricollegabile alla semplice volontà interna del soggetto cessionario, che invero implicherebbe notevoli difficoltà d'indagine sul piano pratico, la ricerca di una simile intenzione deve essere condotta con l'utilizzo di criteri obiettivi che consentano l'accertamento di elementi concreti: la manifestazione dell'intenzione del cessionario ad esercitare l'impresa, sempre secondo la Corte, sarà

¹⁴³ Punto 44, sent. *Zita Modes*, cit., richiamato dalla sent. *Schriever*, cit., punto 37 e dalla sent. *X BV*, causa C-651/11, cit., punto 32.

¹⁴⁴ Sent. *Schriever*, cit., punto 25 richiamata da sent. *X BV*, punto 32. Vedi anche quanto affermato dalla Commissione delle Comunità europee nelle osservazioni presentate alla nella causa *Zita Modes*, alla stregua delle quali rientra nell'art. 5, n. 8 della VI Direttiva, «la cessione di un complesso coerente di elementi patrimoniali atto a consentire la prosecuzione di un'attività economica nel senso della VI Direttiva».

riscontrabile solo quando il complesso di beni e dei rapporti trasferiti sia in grado di consentire uno svolgimento 'attuale' ed 'effettivo' dell'attività d'impresa, potendo quindi il complesso stesso apprezzarsi come azienda in esercizio¹⁴⁵.

Nella scia del precedente orientamento, la sent. C-444/10 *Schriever* si spinge oltre, affermando la necessità di effettuare di volta in volta una valutazione riguardo la capacità degli elementi ceduti a consentire lo svolgimento della specifica attività economica considerata. È proprio dall'estrema eterogeneità delle tipologie aziendali configurabili¹⁴⁶, che discende l'impossibilità di un'elencazione esauriente degli elementi di fatto necessari allo svolgimento di un'attività economica, la cui valutazione, la Corte demanda pertanto all'apprezzamento del giudice nazionale.

Tuttavia è possibile affermare che, per valutare l'idoneità degli elementi trasferiti alla prosecuzione dell'attività economica, occorre che, insieme ai beni, materiali ed immateriali, siano trasferiti i rapporti giuridici. Al trasferimento dei beni deve seguire cioè quello dei contratti d'impresa (conclusi con fornitori, clienti, dipendenti, *etc.*) che consentono, di fatto, lo svolgimento attuale dell'impresa. La presenza di quest'ultimi infatti, in aggiunta al complesso aziendale, è considerata dalla Corte come discriminante tra azienda in senso dinamico, caratterizzata appunto dall'idoneità all'esercizio attuale, e azienda in senso statico, priva di tale capacità.

La sentenza da ultimo citata si sofferma anche sul requisito della 'intenzione del cessionario' a gestire l'azienda trasferita e a non semplicemente liquidarla, ribadendo che l'intenzione stessa non debba essere intesa in termini di connotato psicologico, dovendo essere comprovata da elementi oggettivi. Richiamando le proprie sentenze in tema di atti preparatori, si afferma la necessità di valutare l'intenzione in base agli atti effettivamente compiuti capaci di far emergere tale volontà. In questo modo intesa, la necessità di ricostruire la 'intenzione del cessionario' diviene elemento di interpretazione del contratto, di qualificazione giuridica della cessione posta in essere.

¹⁴⁵ T. TASSANI, *Cessione di azienda ed esercizio dell'attività nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. trib.*, 2004, II, p. 744.

¹⁴⁶ Seppur limitatamente all'ambito civilistico nazionale, cfr. le considerazioni di G. Auletta sulla composizione dell'azienda riportate a conclusione del § 1.3 del Cap. I.

È chiaro infine, che la scelta dei singoli Stati circa il regime cui assoggettare l'azienda, appare condizionata sul piano sistematico, nel senso che dal positivo esercizio dell'opzione per l'esclusione, deriva il riconoscimento del profilo funzionale dell'azienda, comportando la non sottoposizione ad IVA dei complessi organizzati in grado di rivelare l'idoneità all'attuale esercizio di una attività economica; viceversa, l'inidoneità del complesso (quand'anche esso risulti puntualmente organizzato o di rilevante entità) impedisce il configurarsi in capo al soggetto beneficiario dell'intenzione alla gestione 'attuale' dell'azienda, potendo di conseguenza far presumere la volontà di liquidazione o di inutilizzo dei beni¹⁴⁷. Proprio la valorizzazione del 'principio della continuazione', più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, osta a che le operazioni siffatte vengano qualificate come 'cessioni d'azienda', dovendosi ravvisare in esse semplici cessioni di beni, con il conseguente assoggettamento all'imposizione ordinaria¹⁴⁸.

2.2.1 *L'azienda nelle fonti comunitarie: le altre direttive di ambito tributario*

E' giusto chiederci a questo punto se la figura dell'azienda così come emersa dalla nostra analisi, sia riferibile solo alla particolare normativa cui la giurisprudenza esaminata fa riferimento, ovvero possa altresì ritrovarsi immutata anche in discipline introdotte da altre fonti comunitarie, tributarie e non. Nel cercare una risposta, ci viene ancora in aiuto la Corte di Giustizia, la quale ha confermato la valorizzazione del profilo funzionale dell'azienda, compiuta nella disciplina dell'IVA, anche nell'interpretazione di altre Direttive, sempre in materia tributaria. Tra queste, un esempio ne è la Direttiva 69/335/CEE del 17 luglio 1969 (modificata dalla Dir. 85/303/CEE) concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali: con essa si dispone la totale esenzione da imposizione del conferimento, da parte di una -o più- società di capitali, della totalità dei loro patrimoni o di uno o più rami della loro attività ad altra (o altre) società di capitali. La Corte, chiamata all'interpretazione e alla specificazione della nozione di 'ramo di attività' (il

¹⁴⁷ Nello stesso senso, anche se riferite al solo diritto interno, le conclusioni di S. LA ROSA, *Cessione d'azienda e cessione di beni tra imposta di registro ed IVA*, nota a Cass. 23 gennaio 1990 n. 353, in *Rass. Trib.*, 1990, II, p. 299 e ss.

¹⁴⁸ Per una trattazione più estesa, si veda il § 2.4.2 del presente capitolo.

nostro 'ramo d'azienda') contenuta nella Direttiva stessa, precisa che la *ratio* agevolativa della norma esige che l'azienda non possa essere vista come semplice insieme di elementi patrimoniali, cioè dal punto di vista statico, bensì vada intesa come «*insieme organizzato di beni e di persone capaci di concorrere alla realizzazione di un'attività determinata*», e che determinante risulta la «*capacità di questa entità di contribuire, con la sua attività, allo sviluppo dell'impresa alla quale viene trasferita*»¹⁴⁹. In questo senso sono anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs presentate nella medesima causa, nelle quali si afferma che «*gli elementi del patrimonio trasferiti devono costituire un insieme capace di funzionare con un certo grado di autonomia: essi devono costituire più di un semplice insieme di elementi patrimoniali*». Ed ancora: «*Di regola, il trasferimento di beni dovrebbe anche essere accompagnato, a seconda dei casi, dal trasferimento di talune passività del cedente, di taluni elementi immateriali dell'attivo come i diritti di proprietà intellettuale necessari per la gestione dei beni, di elenchi di clienti e perfino di una parte del personale addetto al ramo di attività trasferito, anche se nessuno di tali elementi è da solo determinante*».

Altre tracce che evidenziano la tendenza alla ricostruzione uniforme della nozione di azienda si rinvencono nell'interpretazione della Direttiva 90/434/CEE, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi. Ai fini dell'applicazione di questa direttiva, vengono elencate le accezioni specifiche proprie di alcuni termini utilizzati nel testo normativo, tra cui quella di 'ramo d'azienda', qualificato come «*complesso degli elementi attivi e passivi [...] che costituiscono, dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi*»¹⁵⁰. La Corte a sua volta ha affermato, seppur in maniera incidentale, che «*il funzionamento autonomo dell'azienda deve essere valutato in primo luogo da un punto di vista funzionale; l'attivo trasferito deve poter funzionare come un'impresa autonoma senza avere bisogno, a questo effetto, di investimenti o di conferimenti supplementari*»¹⁵¹. In questo senso

¹⁴⁹ CGUE, Sent. del 13 ottobre 1992, *C.C.B.*, causa C-50/91, punti 12 e 14.

¹⁵⁰ Art. 2, lett. i) Dir. 90/434/CEE.

¹⁵¹ CGUE, sent. 15 gennaio 2002, causa C-43/00, punti 34 e 35.

allora, l'azienda sarà indipendente solamente quando il complesso di beni sia attualmente, e non solo potenzialmente, in grado di esercitare l'attività economica¹⁵².

2.2.2 *Segue: le direttive in materia di tutela dei lavoratori*

Una naturale tendenza verso l'omogeneità e la coerenza dei concetti con i quali ci confrontiamo, ci porta a ricercare una loro continuità di significato non solo nel settore giuridico di nostra stretta pertinenza, ma anche in altre branche dell'ordinamento. Ecco perché ritengo sia interessante procedere ad una verifica di tale rispondenza, al fine di evidenziare eventuali discrepanze nella ricostruzione dell'istituto.

Tra i tanti aspetti implicati nelle vicende traslative dell'azienda, ci concentriamo sugli importanti risvolti di natura giuslavorista: in occasione della cessione o di fattispecie assimilabili, tra i possibili effetti collaterali può difatti aversi una lesione delle posizioni giuridiche e delle garanzie acquisite dai lavoratori ceduti. Questa particolare rilevanza ha attivato il legislatore comunitario che, sin dal 1977, ha provveduto a rafforzare la tutela approntata nei loro confronti con la direttiva 77/187/CEE: questa prevedeva il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori, in caso di trasferimento di «*imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti a nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o fusione*»¹⁵³. In seguito la Corte di Giustizia, attraverso numerose pronunce, ha specificato la nozione di trasferimento d'azienda ampliando, per quanto possibile, il riferimento alla 'cessione contrattuale' in modo da estendere l'ambito di applicazione delle tutele. Risultato di questa copiosa giurisprudenza è stata l'elaborazione di un criterio interpretativo di fondo in base al quale deve ritenersi che si abbia un trasferimento d'impresa tutte le volte che la vicenda circolatoria riguardi «*un'entità economica ancora esistente che conservi la propria identità, il che può desumersi in particolare*

¹⁵² Appare quindi chiaro che l'azienda deve essere intesa non solo come insieme di beni, ma anche di elementi immateriali e relazioni giuridiche; questa definizione è peraltro sancita dal testo della stessa Direttiva, la quale parla di «*complesso degli elementi attivi e passivi*». Sull'argomento cfr. A. SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 1996, p. 659.

¹⁵³ Art.1, n. 1, Dir. 77/187/CEE.

dalla circostanza che l'acquirente ne abbia effettivamente proseguito o ricominciato l'esercizio con attività economiche identiche o analoghe a quelle dell'alienante»¹⁵⁴. L'applicabilità della Direttiva viene così subordinata alle sorti della struttura produttiva e quindi alle intenzioni del cessionario, con la logica conseguenza di poter essere valutata solo *ex post*, alla luce della prosecuzione dell'attività economica ed al verificarsi di altri 'indicatori'¹⁵⁵.

Quello che risulta interessante ai nostri fini, è notare che nel delineare la nozione di 'trasferimento d'azienda', la Corte ha evitato di adottare dei criteri rigidi, rimandando alle peculiarità caratteristiche dei casi concreti (vedi nota che precede); la *ratio* di questa scelta è da ricondurre alla necessità di assicurare la più ampia base di valutazione di ciascuna fattispecie, favorendo pertanto da un punto di vista ermeneutico un approccio teleologico, basato sulla finalità di garantire la continuità dei rapporti di lavoro¹⁵⁶ e la conservazione dei diritti maturati. Inoltre l'aver attribuito rilevanza al mantenimento della identità, intesa da un punto di vista funzionale (facendo cioè riferimento alla prosecuzione o alla ripresa dell'attività economica)¹⁵⁷, ha gettato le premesse per svincolarsi dal

¹⁵⁴ CGUE, sent. 18 marzo 1986, C-24/85, *Spijkers*, punti 11 e 12; CGUE, sent. 19 settembre 1995, C-48/94, *Rygaard*; CGUE, sent. 7 marzo 1996, C-171/94 e 172/94, *Merckx e Neuhuys* richiamate più recentemente in CGUE, sent. 26 settembre 2000, C-175/99, *Mayeur*, tutte nella banca dati *curia.europa.eu*.

Per determinare se questa condizione sia soddisfatta occorre prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte dell'imprenditore acquirente, il trasferimento della clientela. Va comunque precisato che tutti questi elementi «sono soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere (che spetta comunque al giudice nazionale) e non possono perciò essere considerati isolatamente». Punti 13 e 14, sent. *Spijkers*, cit.

Questa ricostruzione è rimasta invariata nella giurisprudenza della Corte, venendo richiamata costantemente nelle successive sentenze in materia: cfr. CGUE, sent. 9 dicembre 2004, C-460/02; CGUE, sent. 26 maggio 2005, C-478/03, *Celtec*; CGUE, sent. 13 settembre 2007, C-458/05, *Gonen et al.*

¹⁵⁵ Per una estesa trattazione dell'argomento cfr. R. ROMEI, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. Cessione del ramo di azienda e appalti*, Relazione alle Giornate di studio dell'AIDLASS - Trento, 4-5 giugno 1999.

¹⁵⁶ Peraltro espressa nel II° 'considerando' della stessa direttiva 77/187/CEE.

¹⁵⁷ Vedi CGUE, sent. 14 aprile 1992, C-392/92, *Schmidt*, ma soprattutto CGUE, 11 marzo 1997, C-13/95, *Süzen*, nella quale si afferma che «in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica, si deve necessariamente ammettere che una siffatta entità possa conservare la sua identità al di là del trasferimento qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti».

carattere necessariamente materiale del *quid* trasferito: alla luce di tale precisazione sono da ricomprendere anche tutte quelle ipotesi in cui ad essere trasferita è esclusivamente un'attività economica per il cui svolgimento non è necessario disporre di un 'complesso organizzato di beni', il trasferimento del quale cessa pertanto di essere elemento indefettibile per la qualificazione del negozio come 'trasferimento d'impresa'. Ne risulta una nozione di 'entità economica' corrispondente ad un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo. A tal fine la composizione del *quid* trasferito non è più rilevante, potendo essa variare in ragione del tipo di impresa o di stabilimento ed in relazione allo scopo produttivo.

Il percorso di estensione dell'ambito applicativo della direttiva seguito dalla Corte di Giustizia ha trovato un positivo riscontro nella successiva direttiva 98/50/CEE¹⁵⁸, che risponde alla richiesta di recepimento e consolidamento di detti principi giurisprudenziali in una norma positiva, istanza peraltro riportata nel IV° 'considerando' della medesima direttiva.

Nell'estendere l'applicabilità della disciplina di tutela anche al trasferimento di «*parti di imprese*», la direttiva da ultimo citata fissa una 'soglia minima' necessaria per ravvisare nell'operazione un 'trasferimento d'impresa'¹⁵⁹: ad oggetto della stessa debbono aversi 'elementi organizzati', patrimoniali o personali, tali da possedere almeno una potenzialità produttiva, ravvisabile nella permanenza di un residuo di organizzazione idoneo a manifestare la loro attitudine all'esercizio dell'impresa¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Successivamente rifiuta, assieme alla precedente dir. 77/187/CEE, nella dir. 2001/23/CE che le sostituisce entrambe, abrogandole.

¹⁵⁹ Art. 1, n. 1, lett. a): «*La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione*»; lett. b): «*Fatta salva la lettera a) e le disposizioni seguenti del presente articolo, è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*». Tale 'dimensione organizzata' dell'entità economica era stata già prospettata nella sent. *Rygaard*, cit. In tema, cfr. S. CIUCCIOVINO, *La nozione di «azienda trasferita» alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998, p. 895.

¹⁶⁰ R. COSIO, *La nuova direttiva sul trasferimento delle imprese: l'ambito di applicazione*, nota a Cass. sez. lavoro, sent. 4 giugno 1999, n. 5519, in *Foro it.*

2.2.3 *L'azienda come unità funzionale nell'applicazione uniforme del diritto comunitario*

Alla luce di quanto analizzato nel § 2.2 e nel § 2.2.1, si può constatare nell'ambito della legislazione comunitaria in materia fiscale una sostanziale omogeneità nella ricostruzione del concetto di azienda e del relativo trasferimento: con riferimento alla prima, si riscontra un indirizzo interpretativo generale che ritiene insufficiente un'analisi meramente statica dell'insieme dei beni o delle relazioni giuridiche, intesi in senso meramente oggettivo; a questa si preferisce una valutazione dell'intrinseca organizzazione degli stessi in relazione alla capacità di concorrere alla realizzazione di un'attività economica determinata.

In definitiva, per l'individuazione di un trasferimento d'azienda risulta discriminante una valutazione dell'operazione alla stregua di quanto prescritto dal principio della continuazione, cioè avendo riguardo per l'effettivo svolgimento di un'attività economica da parte del cessionario del complesso dei beni.

Un risvolto interessante di questa analisi consiste nell'aver individuato una sostanziale coerenza ricostruttiva dell'istituto anche in senso 'orizzontale', cioè con riferimento all'interpretazione giurisprudenziale di norme riconducibili a branche dell'ordinamento ulteriori rispetto a quella puramente fiscale: come dimostrato in precedenza, la necessità di una lettura in chiave funzionale dell'operazione di trasferimento, che abbia riguardo non per la mera composizione dell'aggregato trasferito ma bensì per le sue sorti produttive, rappresenta un *fil rouge* comune anche alla disciplina di ambito giuslavorista, che si occupa del complesso aziendale proprio in virtù degli importanti risvolti legati al suo trasferimento.

A sostegno di ciò, vale riportare quanto sostenuto dallo stesso Avvocato Generale Jacobs nelle sue *Conclusioni* al caso *Zita Modes*, il quale dichiara come sia «*chiaramente auspicabile*», nonostante che le definizioni di azienda che emergono dalle altre norme comunitarie «*non siano vincolanti nel contesto della VI Direttiva IVA*», che «*nozioni simili abbiano un contenuto uniforme nel diritto comunitario a meno che non vi sia una specifica ragione*

per il contrario»¹⁶¹. Di tale monito si avverte distintamente l'eco nel principio generale sulla «*interpretazione autonoma ed uniforme*» delle disposizioni del diritto comunitario, affermato dalla Corte di Giustizia nella medesima sentenza e richiamato nel §2.2¹⁶².

Il passo logico successivo è per noi, evidentemente, quello di verificare se la medesima coerenza possa ritrovarsi nella legislazione nazionale e nei risultati della elaborazione giurisprudenziale compiuta dalla Cassazione.

2.3 *La giurisprudenza di Cassazione*

Nel considerare la giurisprudenza domestica, applicheremo alle pronunce della Suprema Corte lo stesso metodo applicato alla Corte di Giustizia al fine di evidenziarne la coerenza ricostruttiva, dapprima da un punto di vista 'orizzontale', intesa come omogeneità tra le pronunce delle diverse sezioni della Cassazione, e successivamente da una prospettiva 'verticale', verificandone cioè la coerenza con il disposto comunitario.

2.3.1 *Le pronunce delle sezioni civili*

Da uno studio delle diverse pronunce succedutesi nel tempo, emerge una progressiva evoluzione del metodo di intendere l'azienda ed il suo trasferimento, potendosi inoltre cogliere una difformità dei canoni ermeneutici utilizzati in relazione alle diverse sezioni della Suprema Corte di volta in volta coinvolte.

In particolare, per quanto riguarda le sezioni civili, oltre a quanto detto diffusamente esposto nel § 1, cap. I di questo lavoro, giova ricordare una tra le più recenti pronunce della I^a sezione, in cui nel riferirsi a 'consolidata giurisprudenza', si precisa che è da intendersi come 'cessione di azienda' «*il trasferimento di una entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di*

¹⁶¹ Cfr. le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale sul caso C-497/01, presentate nell'udienza del 26 settembre 2002.

¹⁶² Vedi **nota 29**.

*uno specifico obiettivo»*¹⁶³. Balza agli occhi la sostanziale identità di questa definizione con la nozione di 'entità economica' utilizzata dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione dell'ambito applicativo delle direttive in tema di tutela dei lavoratori poc'anzi analizzate. Questa coincidenza è rafforzata dal riferimento, immediatamente successivo, alla necessaria pluralità di elementi da valutare per l'accertamento della conservazione dell'entità economica; così prosegue infatti la Suprema Corte: *«al fine di un simile accertamento occorre la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trasferimento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nell'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, dell'eventuale trasferimento della clientela, nonché del grado di analogia tra le attività esercitate prima o dopo la cessione»*¹⁶⁴. Fin troppo evidente, nelle parole della Corte, risulta il richiamo pedissequo agli elementi indicati dalla sentenza C-24/85, *Spijkers*¹⁶⁵.

In un passo della stessa pronuncia può ritrovarsi il nocciolo della ricostruzione operata dalle sezioni civili della Cassazione: per la corretta individuazione della fattispecie di cessione, si ribadisce essere indispensabile che i beni oggetto del trasferimento conservino *«un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa. Si deve, quindi, verificare che si tratti di un insieme organicamente finalizzato "ex ante" all'esercizio dell'attività di impresa di per sé idoneo a consentire l'inizio o la continuazione di quella determinata attività»*¹⁶⁶.

2.3.2 *Segue: le sezioni lavoro*

È con riferimento alle sezioni lavoro della Suprema Corte che è possibile individuare l'evoluzione più consistente nella ricostruzione del concetto di azienda.

¹⁶³ Cass., sez. I, sent. 9 ottobre 2009 n. 21481; vedi anche la giurisprudenza ivi richiamata: Cass. 17 marzo 2009, n. 6452; Cass. 10 marzo 2009, n. 5709; Cass. 5 marzo 2008, n. 5932.

¹⁶⁴ Cass. sent. 9 ottobre 2009 n. 21481.

¹⁶⁵ Vedi **nota 46** del presente capitolo.

¹⁶⁶ In maniera analoga, cfr. Cass. 30 gennaio 2007, n. 1913.

La normativa nazionale all'art. 2112 c.c. prevede una serie di garanzie a tutela del destino dei lavoratori in caso di mutamento della titolarità del complesso produttivo¹⁶⁷. Originariamente, ai fini dell'individuazione dell'entità trasferita che consentiva l'applicazione delle suddette garanzie, si faceva ricorso al solo termine 'azienda', che importava un riferimento implicito alla definizione contenuta all'art. 2555 dello stesso codice civile. All'inizio della legiferazione in materia da parte della Comunità Europea¹⁶⁸, ha fatto seguito il necessario adeguamento della normativa interna; il succedersi delle varie direttive comunitarie, finalizzate all'armonizzazione delle discipline interne dei singoli Stati membri, ha comportato un progressivo ampliamento dello spazio di operatività delle tutele, concretizzato nel graduale avvicendamento dei termini «*impresa*» (preferito, in ambito comunitario, al più riduttivo termine 'azienda' di matrice interna), con «*stabilimento*» e «*parti di stabilimento*», ai quali è stata infine aggiunto, oltre al riferimento alle «*parti di imprese*», quello più ampio di «*entità economica*». Il succedersi di tali modifiche terminologiche, con l'implicita estensione applicativa che esse comportavano, ha messo in crisi sia la dottrina che la giurisprudenza nazionali che, vincolate dalla normativa interna ad un più ristretto ambito oggettivo di applicazione della disciplina fondato sulla nozione oggettiva dell'azienda gius-commercialistica, hanno lasciato trasparire l'intenzione di superare tali limiti, per dare vita ad una nozione autonoma di azienda, capace di ricomprendere un insieme di casi quantitativamente e qualitativamente più vasto.

Proprio grazie al 'suggerimento' comunitario, rafforzato dal susseguirsi di pronunce della Corte di Giustizia, unitamente ai risultati raggiunti dalla nostra giurisprudenza¹⁶⁹, il legislatore è stato indotto a modificare la portata dell'art. 2112 c.c. attraverso una sua completa riformulazione¹⁷⁰. È stata così individuata una definizione *ad hoc* della realtà produttiva la cui cessione impone l'applicazione della disciplina a tutela del

¹⁶⁷ Vi si accenna nel § 2 del Cap. I del presente lavoro.

¹⁶⁸ Avvenuto con le citate direttive 77/187/CEE e 98/50/CEE, successivamente riunite grazie alla direttiva 2001/23/CE.

¹⁶⁹ Cfr. Cass. 18 agosto 1991, n. 8907 e 20 agosto 1992, n. 9706, ma già Cass. 20 novembre 1981, n. 6162, tutte in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*.

¹⁷⁰ Per un approfondimento in materia, vedi M. L. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *Lavoro e diritto*, 2002, n. 4.

lavoratore. Questa si incentra non più sull'azienda come complesso organizzato dei beni ai fini dell'esercizio dell'impresa, bensì su «un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità»¹⁷¹. La nuova determinazione dell'oggetto del trasferimento, confermata ed integrata da una copiosa giurisprudenza successiva¹⁷², è portatrice di una propria ed autonoma rilevanza definitoria, tale da consentire di parlare propriamente di una 'nozione lavoristica di azienda' non più coincidente con quella derivante dall'art. 2555 c.c., avvicinandosi semmai a quella di 'impresa' di cui al 2082 c.c.: essa difatti si allarga fino a ricomprendere la generalità delle realtà produttive che, a prescindere dalla loro composizione materiale e personale, siano permeate da un livello organizzativo adeguato al raggiungimento dello scopo produttivo finale¹⁷³.

Altro elemento di novità, cui si accennava in precedenza, è l'estensione esplicita dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina *de qua* alle ipotesi di «trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata» ovvero ai cosiddetti 'rami d'azienda', dei quali mancava esplicita menzione nel dettato codicistico¹⁷⁴.

Preme sottolineare un ultimo punto che, invero, può apparire come un dettaglio trascurabile: nella situazione precedente alla novella codicistica appena illustrata, un elemento discordante tra le giurisprudenze italiana e comunitaria ineriva la questione se, ai fini dell'applicazione della disciplina suddetta, fosse necessaria l'effettiva prosecuzione dell'attività economica fino quel momento svolta, ovvero se tale requisito fosse soddisfatto anche dalla sola potenziale idoneità a tale prosecuzione, salva così la possibilità per il cessionario di scomporre il *quid* acquistato, cessandone l'esercizio. La dottrina e la giurisprudenza prevalente, facendo propria una visione

¹⁷¹ Art. 2112 c.c., co. V.

¹⁷² Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961, *cit.*; Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842; Cass. 27 febbraio 2008, n. 5172; Cass. 26 settembre 2008, n. 24161; tutte in *C.E.D. Cassazione*.

¹⁷³ C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2001, fasc. 6, p. 506.

¹⁷⁴ Prima del recepimento normativo di cui alla seconda parte del citato art. 2112, co. V, l'estensione della disciplina in oggetto al ramo d'azienda era stata comunque positivamente accolta dalla giurisprudenza, nella convinzione che la tutela del lavoratore si rendesse necessaria soprattutto con riferimento alle vicende di trasferimento parziale.

strutturale dell'azienda piuttosto che funzionale, hanno sostenuto (in vigenza del precedente testo normativo che, ricordo, faceva riferimento alla 'azienda', da intendersi ai sensi dell'art. 2555 c.c., con prevalenza di una interpretazione in termini oggettivi) la sufficienza del trasferimento di un complesso di beni anche solo potenzialmente idoneo allo svolgimento di un'attività produttiva, a nulla rilevando l'intenzione del cessionario di iniziarla o proseguirla¹⁷⁵. Diverso era l'atteggiamento della Corte di Giustizia che sul tema ha in più occasioni richiesto che l'entità economica alienata risultasse ancora esistente all'indomani della vicenda traslativa, e che dunque la sua gestione fosse «*effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe*»¹⁷⁶. Questa seconda e diversa impostazione è sostanzialmente riconducibile al contenuto normativo delle Direttive del 1977 e del 1998 ricordate in precedenza, le quali si riferiscono non alla fattispecie 'azienda', bensì alla 'impresa'. Quest'ultima, a differenza della prima e nonostante difetti di una nozione che la definisca in modo univoco, porta in sé il germe del dinamismo, contribuendo a delineare, sempre secondo la giurisprudenza comunitaria, una fattispecie implicante l'esercizio effettivo della attività economica da parte del cessionario.

Attualmente, grazie al riferimento contenuto nel nuovo art. 2112 c.c. alla "*attività economica organizzata*", alla preesistenza e alla continuazione della propria identità rispetto al trasferimento, si è introdotta un'istanza di dinamicità e vitalità del *quid* trasferito, che suggerisce una conformità sostanziale oltretutto formale della norma codicistica a quanto previsto dal disposto comunitario, anche con specifico riferimento alla necessaria continuazione dell'attività economica.

2.3.3 *Segue: le sezioni tributarie*

Con riferimento alle pronunce di Cassazione inerenti la rilevanza tributaria delle operazioni di nostro interesse, l'analisi delle stesse si rivela

¹⁷⁵ R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Commentario al Codice Civile* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1993, pp. 16-20; Cass. 8 gennaio 1991, n. 67, in *Giur. it.*, 1992, I, p. 1152.

¹⁷⁶ Cfr. CGUE, sent. C-24/85, *Spijkers*, cit.

più complessa di quella avente ad oggetto le pronunce in materia giuslavorista.

Come abbiamo illustrato ad inizio capitolo, il recepimento all'interno del nostro ordinamento della normativa comunitaria in tema di cessione d'azienda a fini IVA è avvenuto con l'art. 2 co. III lett. b) del D.P.R. n. 633/1972, tramite il quale l'ordinamento italiano, esercitando positivamente l'opzione concessa dalla disposizione comunitaria, ha posto fuori del campo d'applicazione del tributo *«le cessioni ed i conferimenti in società o altri enti, compresi i consorzi e le associazioni o le altre organizzazioni, che hanno per oggetto aziende o rami di azienda»*. Per l'individuazione della nozione di azienda considerata rilevante a tali fini, può anzitutto affermarsi che la dottrina, la prassi e la giurisprudenza nazionali hanno compiuto un costante rinvio alla nozione gius-commercialistica rinvenibile nell'art. 2555 c.c.: l'insegnamento tradizionale, cui nel tempo si è conformata la prassi, ritiene infatti che qualora il diritto tributario utilizzi istituti o concetti propri di altre branche del diritto senza fornire o richiedere, anche implicitamente, un'autonoma nozione (nel caso anche derogatoria rispetto alle norme civilistiche), il significato da attribuire debba essere quello del settore giuridico di origine¹⁷⁷. Così nel caso dell'azienda, l'alternativa sarebbe quella tra una formulazione autonoma ai fini fiscali, a tutt'oggi assente, ed il recepimento delle soluzioni normative ed ermeneutiche proprie del diritto commerciale.

La perdurante aderenza a tale seconda impostazione è confermata da copiosa giurisprudenza conforme¹⁷⁸, a cui fanno riferimento anche le pronunce più recenti¹⁷⁹. In generale si evidenzia la centralità dell'organizzazione dei beni per l'esercizio dell'impresa come vero carattere

¹⁷⁷ Vedi **note 4 e 5**.

¹⁷⁸ Su tutte, vedi Cass. 13 dicembre 1996, n. 11149, alla stregua della quale vengono ritenuti qualificanti i *«profili di organizzazione unitaria dei distinti beni e l'obiettivo attitudine del complessivo organismo a perseguire la finalità economica cui quella organizzazione tende»*. Si veda anche Comm. trib. centrale, sent. n. 3564/2000 la quale ribadisce che il *«carattere precipuo dell'azienda, secondo la nozione civilistica dell'istituto, è l'organizzazione dei beni finalizzata all'esercizio dell'impresa, intesa come opera unificatrice dell'imprenditore funzionale ad un rapporto di complementarità strumentale tra i beni destinati alla produzione»* (testo integralmente richiamato nella successiva Cass. sez. trib., sent. 25 gennaio 2002, n. 897)

¹⁷⁹ Cass. sez. trib. 8 settembre 2005, n. 17927; Cass. sez. trib. 12 febbraio 2007, n. 3018; Cass. sez. trib. 16 aprile 2010, n. 9163, in tema di imposta di registro.

rivelatore dell'azienda: la destinazione all'esercizio dell'impresa, «*pur nascendo da un atto di volontà dell'imprenditore, deve tradursi in circostanze oggettive, quali la strumentale destinazione di detti beni all'attività produttiva e la relazione strutturale di ciascun bene con gli altri beni dell'azienda*»¹⁸⁰.

La Suprema Corte ha avuto anche modo di precisare determinati aspetti riferibili alla configurabilità a fini tributari dell'operazione in questione. In diverse occasioni essa ha affermato l'importanza del contributo volitivo delle parti, ammettendo la sussistenza di una cessione anche se i contraenti escludono dal contratto determinati beni aziendali, purché risulti che le parti abbiano inteso trasferire non una semplice somma di beni, bensì un complesso organico unitariamente considerato¹⁸¹. Ma l'aspetto a mio avviso più interessante, è la constatazione che la configurabilità di questo tipo di operazioni, secondo giurisprudenza e prassi costanti, non viene condizionata dall'attualità della gestione dell'azienda medesima, cioè dal fatto che essa si trovi o meno, al momento del trasferimento, in uno stato di produttività¹⁸²: un complesso di beni trasferito identificherà un'azienda anche se l'attività economica in funzione della quale esso è organizzato non sia ancora iniziata o sia stata sospesa, essendo sufficiente che il complesso stesso sia caratterizzato, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, dall'obiettiva attitudine all'esercizio dell'impresa ovvero dalla permanenza di un residuo di organizzazione dei beni che configuri la complessiva attitudine a livello 'anche solo potenziale'¹⁸³.

In conclusione, la giurisprudenza ha chiarito il principio in base al quale per valutare se ricorra o meno la fattispecie di cessione d'azienda, il giudice deve indagare da un lato la comune intenzione delle parti, dall'altro

¹⁸⁰ Cass. 22 dicembre 2004, n. 23804.

¹⁸¹ Cass. 9 agosto 1991, n. 8678; Cass. sez. trib. 9 luglio 1996, n. 8362.

¹⁸² Cass. 28 aprile 1998, n. 4319; Cass. 25 gennaio 2002, n. 897; Cass. 30 gennaio 2007, n. 1913, cit.; Cass. 19 novembre 2007, n. 23857; tutte in *CED Cassazione*. La Corte (esprimendosi sull'applicazione del regime di cui all'art. 7, l. 904 del 1977, implicante un'aliquota agevolata per i conferimenti di aziende e di complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa) ha affermato che neppure ai fini di questa norma «*la nozione di azienda postula l'esercizio in atto dell'attività economica organizzata, dovendo riconoscersi che il beneficio premia la idoneità obiettiva (quindi in un certo qual modo 'astratta') dell'organismo aziendale a realizzare finalità produttive*».

Per la prassi, cfr. Ris. min. 4 aprile 1990 n. 660026.

¹⁸³ Cass. 13 dicembre 1996, n. 11149, cit. Nei documenti di prassi si legge che per aversi cessione di azienda non è necessario che l'attività produttiva sia attuale, ben potendo essere cessata in quanto l'organizzazione permane per un periodo più o meno lungo: cfr. Ris. 10 gennaio 1980 n. 368663; Ris. 7 agosto 1978 n. 360984; Ris. 13 febbraio 1975 n. 500002.

avere riguardo per le qualità oggettive dei beni trasferiti, ponendo l'accento sulla finalità economica dell'operazione effettivamente perseguita dai contraenti¹⁸⁴.

2.4 Ricostruzioni a confronto e profili d'incompatibilità.

In conclusione, pur nel solco delle medesime direttrici, all'interno delle diverse branche del diritto nazionale si è sviluppato un inquadramento dell'istituto 'azienda' caratterizzato da sfumature ricostruttive differenti, in parte dovuto anche alla diversa incidenza del diritto comunitario. In tali divergenze è possibile scorgere gli echi di quel dibattito dottrinale sulla natura dei beni costituenti l'azienda, che ancora oggi influenza la giurisprudenza nazionale¹⁸⁵.

Alla stregua degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti, nel nostro ordinamento non risulta possibile tracciare una definizione di azienda valevole *tout court*, giacché essa rileva in modi distinti, conformemente a quelle che sono le finalità di tutela specifiche della normativa richiamata. Nel caso si verificano due o più controversie inerenti un'operazione avente ad oggetto la cessione di un complesso di beni e rapporti giuridici, sarà possibile pertanto che lo stesso compendio venga qualificato dal giudice come 'azienda' (ad esempio a fini tributari, incidendo sulla natura delle imposte indirette cui assoggettare l'operazione) ed, al contempo, da altro giudice come 'cessione di singoli beni distinti' (ad es. per ciò che riguarda la responsabilità per i debiti pregressi o il mantenimento delle posizioni retributive dei lavoratori ceduti).

Questa prospettiva, tutt'altro che inusuale nella pratica, può destare interesse da un punto di vista accademico, rendendo importante il lavoro di esegesi delle *rationes* che informano le singole discipline normative; d'altro canto, da un punto di vista pragmatico può importare alcuni deleteri effetti collaterali: la particolare 'flessibilità' del concetto di azienda infatti, rappresenta una incertezza giuridica capace di inficiare la rapidità degli

¹⁸⁴ Cass. sez. trib. 10 ottobre 2008 n. 24913.

¹⁸⁵ In argomento, si veda il § 1.3 del Cap. I, a titolo '*I beni aziendali*', ed in particolare l'opinione conclusiva di G. Auletta ivi riportata; si veda anche il § 2.4.1 del presente capitolo, a titolo '*La prevalenza dell'impostazione comunitaria*'.

scambi ed incrementare la conflittualità tra i soggetti coinvolti, sia pubblici che privati.

Una convergenza interpretativa del concetto di azienda nei vari settori dell'ordinamento, offrirebbe maggiori sicurezze agli operatori economici ed avrebbe verosimilmente come riflesso virtuoso una deflazione del contenzioso.

2.4.1 *La prevalenza dell'impostazione comunitaria nella disciplina dell'esclusione della cessione d'azienda.*

Le conclusioni cui siamo giunti relativamente agli ordinamenti nazionale e comunitario ci consentono di procedere ad un raffronto nella ricostruzione della nozione di azienda, con particolare riferimento al diritto tributario.

Le prime divergenze emergono ancor prima di entrare nel merito della disciplina, e cioè nel confronto dei criteri inerenti il metodo interpretativo: la strada indicata dalla Corte di Giustizia individua il significato da attribuire all'istituto 'azienda' nella lettura teleologica e sistematica della singola norma comunitaria, da effettuarsi alla luce delle altre fonti comunitarie¹⁸⁶; le risultanze della giurisprudenza nazionale comportano invece un rimando ai canoni interpretativi tipici del diritto commerciale interno.

In realtà i due metodi interpretativi non sono contrastanti tra di loro, ma quello tradizionale di diritto tributario interno deve necessariamente tener conto della provenienza comunitaria della disposizione: in presenza di una norma interna che costituisca attuazione di una disposizione comunitaria (come nel caso della cessione di azienda, rilevante a fini IVA) e che preveda un istituto giuridico senza espressamente definirlo, l'interprete deve in primo luogo verificare se il sistema conduca ad una autonoma definizione dello stesso. Questa definizione però non deve essere quella

¹⁸⁶ Si richiama quanto affermato dalla Corte circa 'l'interpretazione autonoma ed uniforme' a livello dell'intera Comunità, «da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e dello scopo perseguito dalla normativa». Cfr. **nota 28**.

riconducibile alla normativa italiana, venendo anzitutto in considerazione quella comunitaria, tenuto conto della Direttiva di riferimento e degli altre fonti che disciplinano l'istituto in questione.

Solo nel caso in cui né dalla Direttiva, né dal diritto comunitario nel suo complesso possa enuclearsi un'autonoma definizione dell'istituto, potrà farsi riferimento al diritto nazionale, alla disciplina specifica di recepimento ed a quella di altri settori giuridici disciplinanti l'istituto. Se ciò non accade, consolidandosi al contrario una interpretazione difforme da quella della CGUE, si avrà una incompatibilità dell'ordinamento interno con il diritto comunitario¹⁸⁷, potendosi configurare infine una inadempienza dello Stato membro¹⁸⁸.

L'ipotesi del contrasto tra i due ordinamenti, è quella che in sostanza si verifica nella definizione del concetto di azienda ai fini IVA: gran parte delle interpretazioni della giurisprudenza e prassi italiane infatti, svalutano totalmente la provenienza comunitaria della norma, attribuendo un ruolo ermeneutico determinante al diritto commerciale interno¹⁸⁹, giacché si ritiene comunemente essere in presenza di un'azienda anche quando questa si trovi, al momento del trasferimento, in uno stato di non produttività, permanendo anche solo un residuo di organizzazione, o al limite, anche qualora l'esercizio dell'impresa del cedente sia terminato e l'azienda attenda di essere liquidata.

A ciò spesso si accompagna l'adesione a quel filone dogmatico (sostanzialmente prevalente) secondo cui gli elementi essenziali dell'azienda siano solo i beni intesi nel senso 'materiale' di cui all'art. 810 c.c., non anche

¹⁸⁷ Giova ricordare infatti, il primato del diritto comunitario sull'ordinamento interno, valido per i pronunciamenti della Corte di Giustizia come per i Trattati e gli atti normativi comunitari direttamente applicabili. In argomento, si veda la manualistica in materia, tra cui si segnalano P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, X ed., Torino, 2010 p. 77 e ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, II ed., Bari, 2010, p. 371 e ss.

La nostra Corte Costituzionale, nel commentare l'importanza dell'agire e del ruolo svolto dalla Corte di Giustizia, ha avuto modo di affermare che essa «*nell'interpretazione e nella continua elaborazione del diritto comunitario, arricchisce con nuove tessere il complessivo mosaico della 'diretta applicabilità' della normativa comunitaria*», sent. 23 aprile 1985, n. 113 e sent. 11 luglio 1989, n. 389.

¹⁸⁸ La stessa CGUE, nella sent. 5 maggio 1970, causa C-77/69, *Comm. vs. Belgio*, ha ritenuto che «*l'inadempimento di uno Stato può essere in via di principio dichiarato ai sensi dell'art. 226 TCE indipendentemente dall'organo dello Stato la cui azione o inerzia ha dato luogo alla trasgressione*», e che la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali deve essere valutata tenendo conto dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali (sent. 8 giugno 1994, causa C-382/92, *Comm. vs. Regno Unito*).

¹⁸⁹ Vedi il § 2.3.3 e la giurisprudenza ivi richiamata.

gli altri 'rapporti giuridici' facenti capo all'imprenditore nell'esercizio della sua attività. Solo i primi sono valutati in quel 'giudizio di idoneità complessiva' rispetto all'impresa che è ritenuto determinante per l'esistenza dell'azienda¹⁹⁰.

Seguendo tali direttrici, si spezza il collegamento tra 'azienda' ed esercizio attuale dell'impresa: il cessionario di una azienda potrebbe, ai sensi dell'art. 2555 c.c. così interpretato, ricevere un complesso di beni solo potenzialmente idoneo all'attività d'impresa, privo della capacità effettiva al relativo esercizio finché non venga compiuta l'ulteriore opera di reperimento di fattori produttivi o di conclusione dei contratti a tal fine necessari.

Così intesi, l'azienda e le operazioni di cessione che la riguardano, pur dimostrando coerenza e continuità alla luce dell'ordinamento nazionale, appaiono viziate da eccessiva 'staticità' se confrontate con l'interpretazione resa dal giudice comunitario. Ricordiamo infatti che, pur nel silenzio della norma, richiamato incidentalmente anche dalla Corte di Giustizia¹⁹¹, quest'ultima ha avuto modo di precisare che la 'regola della non avvenuta cessione' applicabile con riferimento alla disciplina IVA, consistente di fatto nel non considerare avvenuta alcuna operazione rilevante agli effetti dell'imposta medesima, è condizionata all'effettiva intenzione del cessionario di gestire l'azienda o il ramo d'azienda a lui trasferito¹⁹².

A fronte dell'orientamento prevalente ora riportato, si pone un orientamento giurisprudenziale e dottrinale differente il quale, con esplicito riferimento alla normativa IVA, ritiene che per aversi una 'cessione d'azienda' sia necessaria la cessione del complesso delle relazioni commerciali e dei rapporti giuridici, intendendo così l'azienda come «*unitaria realtà economica, ad un tempo costituita da beni materiali, immateriali e rapporti giuridici attivi*

¹⁹⁰ Si rimanda nuovamente al § 1.3 del Cap. I, a titolo '*I beni aziendali*'.

¹⁹¹ «*In riferimento all'uso che il beneficiario deve fare dell'universalità di beni trasferita, occorre constatare che l'art. 5, n. 8, della sesta direttiva non contiene condizioni espresse relative al detto uso*», punto 42 della causa C-497/01, cit.

¹⁹² Punto 44, ripreso nelle conclusioni parziali di cui al punto 46, causa C-497/01, cit. A tal fine peraltro, risulta irrilevante il fatto che il cessionario svolga la medesima attività economica del cedente, o che sia in possesso delle autorizzazioni amministrative eventualmente richieste dall'ordinamento nazionale per l'esercizio dell'attività economica consentita dall'azienda trasferita, come si evince rispettivamente dai punti 45 e 52 della *sent. ult. cit.*

e passivi»¹⁹³. Tale orientamento adotta un concetto di azienda sicuramente più aderente a quello della Corte di giustizia, in quanto, considerandola come strumento attuale per l'esercizio dell'impresa, riconosce che essa possa essere costituita anche da rapporti giuridici e beni immateriali e, in definitiva, consente quel giudizio in termini di 'intenzione del cessionario di esercitare l'impresa' che la Corte individua come *ratio* sottesa alla disposizione e giustificante il trattamento di esclusione.

A tale riguardo, è tuttavia necessario sottolineare che l'accoglimento della nozione d'azienda come da ultimo intesa, non è sinonimo di garanzia contro l'insorgenza di possibili contrasti, potendo comunque giungersi a risultati interpretativi difformi rispetto alle indicazioni che provengono dalla Corte di Giustizia. È possibile infatti ipotizzare casi, come ad esempio quello del trasferimento di una azienda non ancora esercitata (caratterizzata cioè dall'organizzazione dei beni ma dal mancato avvio della produzione), per i quali anche la soluzione interpretativa 'onnicomprensiva' sopra riportata giungerebbe alla configurabilità di un'azienda, in funzione dell'applicazione della disciplina codicistica relativa ai trasferimenti di azienda. Le finalità poste dalle disposizioni civilistiche in materia infatti, sono diverse da quelle che ispirano la disciplina comunitaria, ed hanno ad oggetto quelle esigenze di necessaria tutela delle parti e dei terzi che sono state esaminate nel corso del I capitolo.

Il contrasto deriva dal fatto che, in casi come quello sopra riportato, la carenza di elementi materiali essenziali allo svolgimento dell'attività d'impresa (come i contratti con fornitori e clienti), osta alla configurabilità di una cessione di azienda secondo la ricostruzione proposta dalla CGUE, non essendo l'operazione in questione in grado di evidenziare l'intenzione del cessionario all'esercizio dell'impresa, potendo la cessione del complesso di

¹⁹³ A. CARINCI, *Il trasferimento di azienda ai fini IVA e Registro: il problema della definizione di azienda ai fini fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, II p. 1170. Anche tale nozione di azienda, seppur opposta alla precedente, si ispira ad una posizione dottrinale (c.d. 'teoria onnicomprensiva') di matrice commercialistica, alla stregua della quale l'azienda sarebbe una *universitas* costituita da elementi materiali ed immateriali e rapporti giuridici che, secondo il suo più illustre fautore, comprenderebbe «*tutto quanto, contribuendo alla funzionalità ed all'avviamento, serve all'esercizio dell'impresa: chi dispone dell'azienda è in condizioni di esercitare l'impresa*». Cfr. G. AULETTA, voce *Azienda*, in *Enc. Giur.*, cit., p. 5. Si veda anche F. FERRARA jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, p. 340, ove si afferma che «*l'alienazione dell'azienda suppone il passaggio dell'organizzazione come entità pulsante e vitale, come cosa produttiva, onde l'acquirente sia in condizione di sfruttarla*».

beni essere perfettamente compatibile con una volontà meramente liquidatoria o comunque diversa dallo svolgimento dell'attività di impresa.

Pertanto, ferma l'incompatibilità dell'orientamento giurisprudenziale prevalente con quello della Corte di Giustizia, occorre sottolineare che anche quello minoritario sopra riportato *«può condurre a risultati non coerenti con la soluzione comunitaria tutte le volte in cui le esigenze teleologiche e sistematiche che la Corte di Giustizia indica, avendo come esclusivo riferimento l'ordinamento comunitario»*¹⁹⁴.

In definitiva, in ossequio al primato del diritto comunitario dapprima ricordato, è auspicabile che gli operatori nazionali, economici e giurisdizionali, privilegino la più circostanziata nozione comunitaria di azienda. Questa peraltro si presenta più favorevole per il contribuente italiano: stante la necessaria sussistenza dell'idoneità alla prosecuzione attuale dell'attività economica, la nozione di azienda rilevante ai fini comunitari risulta essere più restrittiva rispetto a quella nazionale, comportando l'ampliamento delle operazioni rientranti nel campo IVA, con l'ulteriore ma non secondaria conseguenza di ridurre l'operatività dell'imposta di registro, l'applicazione della quale è alternativa rispetto all'IVA e generalmente più gravosa per gli operatori economici¹⁹⁵.

2.4.2 *Il 'principio di continuazione' dell'attività economica, nell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario.*

Dopo aver operato il confronto tra i modelli interpretativi di questi due ordinamenti relativi alla generalità dell'operazione di trasferimento, ritengo sia interessante procedere ad un approfondimento della prevista continuazione, da parte del cessionario, dell'attività esercitata per il tramite del complesso dei beni acquistati.

Come evidenziato in precedenza¹⁹⁶, nel consentire agli Stati membri di escludere il trasferimento di azienda dall'applicazione dell'IVA, l'art. 19 della Direttiva 2006/112/CE parla di 'beneficiario' che 'continua la persona del

¹⁹⁴ T. TASSANI, *Cessione di azienda ed esercizio dell'attività nell'imposta sul valore aggiunto*, cit., p. 752.

¹⁹⁵ Per la trattazione di questo tributo si rinvia alla III parte di questo lavoro.

¹⁹⁶ Si veda il § 2.2

cedente', inducendo a ritenere che, per l'applicazione del regime di esclusione, sia necessaria l'effettiva continuazione nell'impresa. Nello stesso solco si inserisce l'interpretazione della disposizione resa dal giudice comunitario: «*Risulta certamente dalle finalità e dall'interpretazione della nozione di trasferimento a titolo oneroso o gratuito o sotto forma di conferimento [...] che i trasferimenti cui si riferisce la detta disposizione sono quelli in cui il beneficiario ha l'intenzione di gestire l'azienda [...] e non semplicemente di liquidare immediatamente l'attività interessata*»¹⁹⁷.

Parrebbe dunque che il cessionario (o conferitario), per poter usufruire dell'agevolazione dell'esclusione, debba necessariamente continuare l'azienda acquistata senza una soluzione di continuità (non sussistendo, ovviamente, l'obbligo di esercitare il medesimo tipo di attività economica svolta dal cedente/conferente), non potendo perciò immediatamente dopo l'acquisto liquidarla, cederla a terzi o alienare la totalità dei beni acquisiti. Qualora infatti, il trasferimento avvenisse in funzione della cessazione dell'attività d'impresa esercitata dal dante causa, con vendita dei beni, in blocco o singolarmente, o con eventuale inizio di una nuova attività da parte dell'avente causa, l'operazione rientrerebbe a pieno titolo nel campo d'applicazione IVA.

È giusto chiedersi, a questo punto, se questa sia la ricostruzione più corretta o comunque l'unica che rispetti pienamente lo spirito della norma.

Nel nostro ordinamento, l'aspetto della futura utilizzazione dei beni da parte del cessionario è stato sostanzialmente negletto, non essendo oggetto né di recepimento tramite il D.P.R. n. 633/1972, né di specifico approfondimento a livello nazionale¹⁹⁸. Questo elemento, più volte espresso dalla CGUE, è stato invero esplicitamente ritenuto irrilevante dalla Cassazione, la quale, nel confutare l'opposta tesi della Commissione tributaria centrale, ha affermato che «*la cessione d'azienda nella sua accezione civilistica, recepita dal diritto tributario, va apprezzata sulla base di parametri oggettivi, non rilevando*

¹⁹⁷ CGUE, sent. *Zita Modes*, cit., punto 44.

¹⁹⁸ L'unico riferimento, peraltro indiretto, al principio di continuazione nel senso di un suo parziale accoglimento, si è avuto a margine di una risoluzione in tema di *plafond* IVA, ove si afferma che in caso di trasferimento dello stesso, questo possa essere utilizzato dal cessionario solo se questi prosegua l'attività di esportazione. Cfr. Ris. min. n. 621202 del 1991, in *Il Fisco*, 1991, fasc. 21, p. 3495, richiamata da B. SANTACROCE, *Cessione senza IVA solo se l'azienda è in attività*, in *Il Sole-24 ore* del 28 novembre 2003.

l'intenzione, paradossalmente espressa nello stesso negozio traslativo, di smembrare l'azienda che si acquista ovvero di destinare a diversa attività produttiva, non restandone alterata l'oggettiva portata del trasferimento riguardante un complesso di beni organizzati»¹⁹⁹. La prassi si muove secondo schemi conformi alla giurisprudenza: l'Amministrazione finanziaria, pronunciandosi in tema di alternatività IVA-Registro, ebbe a ritenere che nella valutazione dell'operazione di cessione, «nessun peso possa essere attribuito [...] alla destinazione assegnata da parte della società cessionaria ai cespiti acquistati, né tantomeno alle finalità per cui l'operazione fu realizzata. Ciò in quanto, al fine di determinare il trattamento tributario da riservare al negozio in discorso, occorre avere riguardo esclusivamente alla consistenza oggettiva del complesso dei beni alienati e stabilire se tali beni costituiscano o meno un'azienda, cioè un'organizzazione di beni potenzialmente idonea a realizzare un'attività d'impresa»²⁰⁰.

D'altro canto, il principio della continuazione del soggetto beneficiario nelle posizioni IVA del dante causa, ancorché non codificato nel nostro ordinamento, trova indiretta conferma nelle riflessioni effettuate dalla V Commissione permanente del Senato, nella sua Relazione al D.P.R. n. 633/1972²⁰¹.

Considerata anche la rilevanza determinante che detto principio riveste nelle pronunce della Corte di Giustizia, buona parte della dottrina pronunciata in materia è concorde nel ritenere che di tale orientamento dovranno necessariamente tener conto gli operatori nazionali, giacché la nozione di trasferimento d'azienda, per quanto attiene il trattamento a fini IVA, costituisce una nozione autonoma di diritto comunitario; essa, in quanto tale, deve ricevere un'interpretazione uniforme nella Comunità, priva di condizionamenti dal diritto interno dei singoli Stati²⁰².

¹⁹⁹ Cass. 23 gennaio 1990, n. 353, con commento di S. LA ROSA, *Cessione d'azienda e cessione di beni tra imposta di registro ed IVA*, in *CED Cassazione*.

²⁰⁰ Ris. min. 30 giugno 1990, n. 550245 in *Corr. trib.* fasc. 31 del 1990, pag. 2176, confermata successivamente dalla Ris. min. 3 luglio 2001, n. 99.

²⁰¹ Di cui già al § 2.1 del presente capitolo. Nella Relazione, al fine di giustificare il regime di esclusione, si fa riferimento proprio alla assenza di svantaggio per l'Erario dovuta alla continuazione del cessionario nelle posizioni IVA del cedente.

²⁰² Cfr. P. MERLO, *L'Iva e le cessioni d'azienda*, in *Il Fisco*, 2004, fasc. 9°, p. 1239; L. BARONE, *L'applicazione della regole di non avvenuta cessione al trasferimento d'azienda*, in *Corr. trib.*, 2004, n. 4, p. 304; CONS. NOT. DI MANTOVA, *La fiscalità indiretta sugli immobili*, Relazione del 12 dicembre 2012, presso il sito www.consiglionotarilemantova.it.

Su tale opinione si riscontra una opinione discordante, a giudizio della quale dalle motivazioni della Corte sarebbe consentito desumere la non necessarietà, per la configurazione della cessione d'azienda, di una verifica circa l'effettiva destinazione dell'azienda all'attività d'impresa del cessionario²⁰³.

Si giunge a tale conclusione ricordando che la Corte di Giustizia, nell'interpretare l'art. 19 della Direttiva IVA, non si pronuncia espressamente sulla continuazione dell'attività, affermando, al contrario, che la Direttiva stessa «*non contiene condizioni espresse relative all'uso*» che il cessionario deve fare dell'azienda trasferita²⁰⁴. Ad ulteriore suffragio, si cita il punto successivo della medesima sentenza, nel quale la Corte, riferendosi all'espressione normativa secondo cui 'il beneficiario continua la persona del cedente' di cui all'art. 19, specifica come risulti «*dalla formulazione del detto articolo che la continuazione di cui trattasi non costituisce una condizione d'applicazione [dello stesso art.19], ma una mera conseguenza del fatto che non si considera avvenuta alcuna cessione*»²⁰⁵, a significare che nulla tale locuzione direbbe circa l'effettiva destinazione del complesso.

Sarebbe quindi da escludere che l'effettivo utilizzo dell'azienda da parte del cessionario possa concorrere alla definizione della fattispecie²⁰⁶.

La svalutazione dell'elemento della concreta prosecuzione dell'attività, cioè degli avvenimenti occorsi successivamente al trasferimento, importerebbe la rilevanza esclusiva della idoneità del complesso ceduto a consentire uno svolgimento attuale ed effettivo dell'attività d'impresa. Per dirla con le stesse parole dell'autore citato, «*una cessione che sia qualificata d'azienda in base all'oggettiva idoneità dei beni trasferiti a consentire l'esercizio dell'attività, rimarrà tale anche se il beneficiario non destinerà il complesso ricevuto all'esercizio di alcuna impresa; allo stesso modo, un complesso di beni che non faccia emergere l'intenzione del beneficiario allo svolgimento dell'impresa, non diventerà azienda se successivamente dovesse configurarsi tale destinazione*».

²⁰³ T. TASSANI, *ivi*, p. 747.

²⁰⁴ CGUE, sent. *Zita Modes*, cit., punto 42.

²⁰⁵ CGUE, sent. ult. cit., punto 43.

²⁰⁶ La destinazione in concreto attribuita al complesso dei beni, secondo la dottrina citata, potrebbe venire in rilievo tutt'al più come comportamento successivo tenuto dalle parti, cioè come canone ermeneutico alla luce del quale interpretare quei contratti traslativi dal cui regolamento non si riesca a chiarire l'effettiva intenzione delle parti, cioè se questo indichi la volontà di trasferire una 'azienda' o una pluralità di beni privi di organizzazione.

In conclusione, è difficile negare, anche in base a quanto esaminato nei paragrafi precedenti, che la norma positiva abbia tra le sue finalità originarie quella di favorire i trasferimenti che consentano, ed a cui effettivamente segue, la continuazione dell'attività d'impresa; è altresì abbastanza palese che sul punto insiste una criticità ricostruttiva, in parte dovuta al mancato recepimento di questa *ratio* all'interno della specifica disciplina nazionale, in parte alimentata da una interpretazione della Corte di Giustizia che sul punto rimane ambigua, difettando di una pronuncia sullo specifico aspetto.

Tale situazione genera incertezza, soprattutto in relazione alle operazioni fittizie, come l'ipotesi di continuazione dell'attività per brevissimo tempo, seguita dalla vendita, in blocco o frazionata, di tutti i beni dell'azienda precedentemente acquistata.

2.5 Azienda, ramo d'azienda e complesso aziendale: una questione terminologica?

Una piccola digressione rispetto al filone che stiamo seguendo si rende necessaria per chiarire un aspetto che potrebbe sembrare minore, o addirittura irrilevante, in quanto qualificabile di natura eminentemente lessicale: si sarà notato, nel corso del Cap. I di questo lavoro, l'utilizzo indistinto che è stato fatto dei termini 'azienda' e 'complesso aziendale'. Tale pratica si giustifica con l'assenza, con riferimento al contesto civilistico, di ragioni tecniche o dogmatiche che impongano di agire diversamente.

Ci dobbiamo chiedere se tale sostanziale equiparazione di significato sia riscontrabile anche nell'ambito delle norme comunitarie.

Caratteristica di queste fonti infatti, specialmente di quelle non direttamente applicabili, è la necessità di ricorrere ad atti di recepimento nell'ordinamento interno, in occasione dei quali le scelte terminologiche

effettuate possono implicare vere e proprie modifiche contenutistiche, generando problemi di adesione alla *ratio* del dettato normativo originario quando non addirittura di incompatibilità con lo stesso.

Richiamando ora quanto osservato nel § 2.2.1 sul conferimento d'attivo, la Direttiva 90/434/CEE nel prevedere che oggetto di questo siano «*la totalità o uno o più rami della sua attività*» (intesi nel nostro ordinamento come 'un'azienda o uno o più suoi rami') si preoccupa fornire le definizioni per i termini suddetti (cfr. nota 35); al contrario, il decreto delegato di recepimento non ha questa stessa premura. Esso (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 544) infatti li riporta utilizzando la locuzione «*aziende o complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa*»²⁰⁷. È nostra intenzione chiarire l'effettiva portata di tali concetti. L'utilizzo del termine tecnico 'azienda' è un indiretto richiamo al concetto di cui al codice civile, così come elaborato dall'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale ²⁰⁸ ; l'espressione 'complesso aziendale relativo ad un singolo ramo dell'impresa' invece, non è tipica nel diritto civile (che conosce semmai il concetto di 'ramo d'azienda') nonostante se ne riscontri un utilizzo da parte di una normativa tributaria agevolativa non molto recente²⁰⁹. E' a partire proprio da questa normativa che autorevole dottrina²¹⁰ ha rilevato come sussista –almeno con riferimento al diritto tributario interno– una differenza tra questi concetti: mentre per l'azienda si richiama ancora la definizione di diritto comune contenuta nell'art. 2555 c.c., per il quale l'utilità della stessa viene valutata in funzione del coordinamento impresso ai beni dall'imprenditore, per il 'ramo d'azienda', a causa della carenza di una definizione positiva²¹¹, ci si rifà

²⁰⁷ Art. 1 lett. c) del d.lgs. appena citato.

²⁰⁸ Per una trattazione diffusa vedi il § 1 del Cap I.

²⁰⁹ Art. 34, l. 576/1975 e art. 2, l. 170/1965; in entrambi vi era un regime fiscale agevolativo per i conferimenti di azienda e, per l'appunto, di complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa.

²¹⁰ F. GALLO, *Disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione*, nel volume *La legge 30 luglio 1990, n. 218, in Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle Banche del Monte*, Roma, 1991, p. 85, a commento del più ristretto ambito di applicazione previsto dalla disciplina che era stata da poco introdotta e che andava a sostituire quelle previgenti citate.

²¹¹ Alcune discipline prevedono questa figura, ma senza prevedere una definizione legale; la dottrina, impegnata nella ricerca di un surrogato, ha identificato le caratteristiche generali del ramo d'azienda, intendendo per tale il 'complesso di beni e servizi organizzati per l'esercizio di una certa attività tra le varie che un'impresa può svolgere'. Esso riproduce dunque, dal punto di vista tecnico, e sia pure su scala ridotta, la stessa struttura dell'azienda

all'uso fattone nelle discipline aziendalistiche, nelle quali esso individua «*un settore dell'attività dell'impresa caratterizzato da un complesso di beni, diritti e rapporti avente autonomia gestionale, e cioè un complesso in grado di avere, se separato dal resto dell'azienda, una propria autonoma capacità di funzionamento, senza incidere peraltro sulla vitalità e sull'esistenza della residua parte dell'azienda dalla quale esso è stato distaccato*». A tale nozione si è conformato, in tal modo asseverandola, il Ministero delle Finanze²¹².

Ancor diverso è, secondo l'autore (sempre con riferimento alla normativa tributaria interna dapprima citata), il concetto di 'complesso aziendale' o 'complesso aziendale relativo ad un singolo ramo d'impresa', con il quale si intende un'entità minore rispetto all'azienda o al ramo aziendale, caratterizzato per l'essere 'solo' un insieme di beni «*che nel loro assieme possono costituire un complesso idoneo allo svolgimento di un'attività produttiva, ossia un assieme di beni provvisto di organica capacità di soddisfare le esigenze tecniche di un'attività produttiva*»²¹³, a prescindere cioè dai 'diritti e rapporti' che abbiamo visto qualificare il ramo d'azienda.

Il discrimine tra questi ultimi due concetti risiede quindi nell'idoneità allo svolgimento in concreto e senza la necessità di ulteriori integrazioni, dell'attività produttiva: se il conferimento riguarda, oltre i beni strumentali, anche il personale dipendente e i rapporti giuridici con i debitori, i creditori ed i terzi che sono generalmente connessi con il ramo d'attività, si tratta di conferimento di un ramo d'azienda, altrimenti avremo un complesso aziendale relativo ad un ramo dell'impresa.

Nel caso si volesse estendere la validità di questa ricostruzione dottrinale anche alla disciplina prevista dalla Direttiva 90/434/CEE (che tra le altre operazioni, disciplina i conferimenti d'attivo aventi ad oggetto le «*aziende o complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa*») come recepita dal nostro legislatore nel decreto delegato se ne dovrebbe inferire la irrilevanza del conferimento dei diritti e rapporti giuridici relativi al ramo

presa nel suo insieme. Sul punto vedi G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento dell'azienda*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 15, Torino, 1986, p. 600.

²¹² Come si evince dalla nota ministeriale 10 maggio 1977 n. 251393 in materia di 'ramo aziendale' e con specifico riferimento all'imposizione indiretta.

²¹³ Così la Circolare ministeriale 25 ottobre 1965, n. 321530, esplicativa del regime agevolativo previsto dalla l. 170/1965 citata.

d'impresa, poiché il riferimento ai «*complessi aziendali*» renderebbe sufficiente il conferimento dei soli beni strumentali all'esercizio dell'attività. Senonché tale conclusione, seppur coerente con la terminologia usata nel nostro ordinamento, sembra in contrasto con quanto previsto dalla stessa Direttiva: anzitutto in essa è utilizzata l'espressione «*ramo d'attività*», che sembra ricondurre all'esercizio d'impresa ('attività' e non 'azienda') piuttosto che ai beni che permettono tale esercizio (il 'complesso aziendale'); inoltre è da sottolineare che quando, nelle Disposizioni Generali (di cui al Titolo I della stessa Direttiva) si definisce il ramo d'attività²¹⁴ ci si riferisce espressamente al «*complesso degli elementi attivi e passivi*», dovendo questi ultimi costituire comunque «*dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi*». Si è dunque rilevato²¹⁵ che la definizione della Direttiva è molto più vicina al concetto di 'ramo d'azienda' che a quello di 'complesso aziendale relativo ad un singolo ramo dell'impresa', formulato dalla risalente disciplina di agevolazione tributaria presa in considerazione all'inizio del presente paragrafo²¹⁶.

In conclusione sembra preferibile, al fine di evitare contrasti tra la Direttiva e la normativa interna di recepimento, interpretare l'espressione 'complesso aziendale' in maniera diversa da quanto fatto in precedenza nel diritto tributario interno, per assimilarla sostanzialmente al concetto di 'ramo d'azienda'. Questo risultato ha anche il pregio ulteriore di unificare la valenza ed il contenuto di questi concetti tra le due branche del diritto, quella civile e quella tributaria.

²¹⁴ Art. 2, lett. i), *dir. cit.*

²¹⁵ A. SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, cit., p. 662.

²¹⁶ Si rileva che anche il d.lgs. di recepimento non è univoco nell'utilizzo dei termini, utilizzando entrambi in maniera indistinta (v. art. 2 co. II, dove compare la dicitura «ramo aziendale conferito»)

6 La disciplina in materia di imposta di registro

Introduciamo ora l’altro fulcro attorno a cui ruota il nostro discorso, e cioè la rilevanza delle operazioni di cessione d’azienda ai fini dell’applicazione dell’imposta di registro.

Ciò necessita di una digressione che descriva, anche solo parzialmente, l’evoluzione e la struttura di questo tributo, in mancanza della quale mal ci si accosterebbe alle problematiche che verranno successivamente richiamate.

Le origini storiche della registrazione degli atti sono di natura extrafiscale, di tutela contro la contraffazione e di documentazione dei rapporti giuridici, attraverso l’attribuzione di data certa e la conservazione dell’atto in pubblici registri. Consistendo in una prestazione imposta al privato a fronte della resa di un servizio pubblico, l’esborso richiesto possedeva i caratteri sinallagmatici della tassa. Successivamente, e soprattutto per motivi di gettito erariale, si è assistito al graduale passaggio all’obbligatorietà della registrazione per taluni atti, all’incremento dell’entità del *quantum* dovuto, tramite la commisurazione dello stesso alla natura e alla rilevanza economica dell’atto. Il tributo pertanto, attualmente disciplinato dal D.P.R. n. 131/1986, (Testo unico delle disposizioni concernenti l’imposta di registro, in seguito *T.U.R.*), ha assunto i caratteri in un’imposta indiretta (cioè relativa ad una manifestazione indiretta di ricchezza, cioè nel momento in cui essa viene trasferita o consumata), il cui presupposto si identifica nella formazione di un atto giuridico, considerato di per sé espressione di particolare attitudine alla contribuzione²¹⁷. Si tratta in definitiva di un tributo giustificato, sotto il profilo della capacità economica, dal contenuto patrimoniale degli atti soggetti a registrazione.

Da ultimo è da ricordare che nell’attuale configurazione del tributo, permane la possibilità di presentare volontariamente atti per la registrazione

²¹⁷ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, cit., p. 803 ss., alle cui note si rimanda anche per un’analisi completa del tributo e per una sostanziosa bibliografia in materia.

dietro il pagamento di una somma fissa, generalmente quantificata in € 200²¹⁸. In questa modalità di applicazione del tributo è facile scorgere l'originaria natura di tassa, giacché si assume a presupposto la prestazione di un servizio amministrativo di registrazione e conservazione degli atti. È per questi motivi che la dottrina è concorde nel ravvisare nel tributo la duplice natura di imposta, per quanto detto in precedenza, e di tassa, per i casi di registrazione volontaria appena menzionati²¹⁹.

Per quanto riguarda gli atti che sono obbligatoriamente da assoggettare al tributo, si distinguono quelli da registrare 'in termine fisso' (generalmente 20 giorni dalla stipula) da quelli che vanno registrati solo 'in caso d'uso', e cioè quando l'atto viene utilizzato in procedimenti amministrativi o di volontaria giurisdizione²²⁰.

È la Tariffa allegata al D.P.R. n. 131/1986 che consente di individuare il regime applicabile alle varie tipologie di atti, nonché la misura del prelievo: quest'ultimo può essere applicato con aliquote proporzionali al valore dei beni o diritti trasferiti, ovvero in misura fissa, solitamente nella misura dapprima indicata.

Ciò premesso, è necessario soffermarsi sulla particolare ampiezza della sfera applicativa dell'imposta: dall'art. 2 lett. a) del T.U.R. si evince difatti che devono essere registrati in termine fisso tutti gli atti formati per iscritto²²¹ nel territorio dello Stato²²² ed indicati nella Parte Prima della

²¹⁸ La misura fissa, precedentemente quantificata in € 168, è stata innalzata a norma dell'art. 26, co. II, del d. l. n. 104 del 2013, convertito con modificazioni dall'art. 1 legge n. 128 dell'8 novembre 2013, il quale ha elevato l'importo anche con riferimento alle imposte ipotecarie e catastali. A norma del co. III del medesimo articolo, tale modifica decorre a partire dal 1° gennaio 2014. Si segnala inoltre, che per gli atti che hanno data certa (ad es. atti pubblici e scritture private autenticate), ai fini della decorrenza della nuova misura di € 200 non rileva la data di presentazione per la registrazione, bensì quella di formazione dell'atto stesso; viceversa, per gli atti che non hanno data certa rileva la data di presentazione per la registrazione.

²¹⁹ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, 7ª ed., Padova, 2010, p. 804. Per un'ampia bibliografia in argomento, si veda la dottrina ivi riportata.

²²⁰ Si noti che non costituisce 'caso d'uso' l'utilizzazione di un atto in una ordinaria controversia giurisdizionale. Gli atti assoggettabili ad imposta di registro solo in caso d'uso sono indicati nella seconda parte della Tariffa allegata al D.P.R. 131/1986.

²²¹ Sono pertanto esclusi dal campo di applicazione dell'imposta i contratti verbali, ad eccezione di quelli riguardanti locazioni di immobili e per l'appunto, trasferimenti d'aziende (art. 3 del T.U.R.).

²²² A fini antielusivi sono assoggettabili ad imposta anche atti formati all'estero ma relativi all'alienazione o locazione di beni immobili esistenti nel territorio dello Stato, nonché gli atti

Tariffa; l'art. 9 di questa peraltro, contiene una disposizione di chiusura, a carattere residuale, che prevede la registrazione in termine fisso di tutti gli atti a contenuto patrimoniale non espressamente indicati in altri articoli della Tariffa stessa. La disciplina appena riferita sembra quindi condurre verso l'obbligo di registrazione in termine fisso della generalità degli atti scritti a contenuto patrimoniale. Questo teorico, seppur corposo, ricorso alla registrazione, in realtà è limitato dall'esclusione di buona parte degli atti giuridici ricorrenti nella prassi giuridica e commerciale: la contrattualistica, in particolare quella riguardante denaro e beni mobili, imprese e professioni, è raramente oggetto di registrazione in virtù della esplicita esclusione degli atti aventi ad oggetto operazioni soggette ad IVA. Successivamente all'introduzione dell'imposta sul valore aggiunto infatti, si è reso necessario il suo coordinamento con l'imposta di registro, stante la necessità di evitare una loro simultanea applicazione. Il conflitto è stato risolto nel senso della generale prevalenza dell'IVA, che ha sancito il c.d. 'principio di alternatività', a norma del quale gli atti virtualmente soggetti ad entrambe le imposte avrebbero scontato solo l'applicazione dell'IVA, rimanendo assoggettabili all'imposta di registro solo nella misura fissa, anziché in quella proporzionale al valore dell'atto (art. 40 co. I del T.U.R.)²²³.

Questi i fondamenti della materia. È possibile ora tornare alla specifica disciplina delle operazioni che di nostro interesse.

3.1 *L'alternatività IVA-Registro.*

con cui società estere stabiliscono la propria sede o sedi secondarie in Italia, ancorché formati all'estero.

²²³ Altre motivazioni della mancata pervasività dell'obbligo di registrazione si scorgono nella riduzione, avvenuta in special modo negli ultimi anni, della necessità di registrazione dei principali atti societari (art. 4 della tariffa allegata al T.U.R.), nonché (sebbene decisamente meno rilevante) nell'assoggettamento ad imposta degli atti formati per corrispondenza 'solo in caso d'uso'. Non usufruiscono della possibilità di evitare la registrazione formando l'atto per corrispondenza gli atti per i quali il codice civile richiede la forma scritta a pena di nullità e, appunto, le cessioni d'azienda e la costituzione di diritti di godimento reali o personali sulle stesse, per le quali la forma scritta è richiesta *ad probationem* (Tariffa, art. 1, parte II). La registrazione in termine fisso non è esclusa nemmeno per la stipula per corrispondenza di locazioni immobiliari, a prescindere dalla forma di stipulazione del contratto.

Come si accennava poc'anzi, ai sensi dell'art. 40 del T.U.R., le operazioni assoggettate ad IVA scontano l'imposta di registro in misura fissa, impedendo l'applicazione contemporanea dell'IVA e dell'imposta in misura proporzionale. Sotto questo profilo, si considerano 'assoggettate ad IVA' tutte le operazioni rientranti nel campo di applicazione del tributo, ancorché esenti o non imponibili, cui vengono assimilate quelle escluse per difetto di territorialità ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. n. 633/1972²²⁴.

L'estromissione delle operazioni di cessione d'azienda o di ramo d'azienda dal novero di quelle assoggettate alla suddetta imposta²²⁵, in combinato con la disciplina appena ricordata, fanno sì che queste ultime non siano fiscalmente irrilevanti: infatti ai sensi degli artt. 2 e 3, co. I, lett. b) del T.U.R. e dell'allegata Tariffa, parte I, artt. 1 e 2, le suddette operazioni scontano l'imposta di registro in misura proporzionale, e ciò anche nel caso in cui il soggetto cedente sia un soggetto passivo IVA.

3.1.1 *L'identità dell'azienda tra le due imposte*

Con riferimento ai rispettivi ambiti applicativi, può in generale affermarsi l'assoggettamento ad IVA degli atti inerenti la gestione ordinaria dell'attività d'impresa, mentre sconteranno il pagamento dell'imposta di registrazione tutte quelle operazioni che diverse dalle precedenti²²⁶. Come è stato opportunamente fatto notare infatti, ai fini dell'imposta di registro il concetto di azienda assume un significato diverso rispetto a quello su cui si fonda la disciplina IVA, in quanto l'azienda viene considerata quale 'valore tangibile' ed i relativi atti modificativi della titolarità quali espressioni qualificate di capacità contributiva; l'azienda rileva cioè quale cespite patrimoniale avulso da ogni considerazione dell'attività imprenditoriale cui è funzionalmente connesso (al contrario ad esempio, della ricostruzione comunitaria precedentemente analizzata, che si basa sull'attualità produttiva

²²⁴ Come evidenziato dall'Amministrazione finanziaria, la scelta del legislatore di escludere dall'applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale anche le operazioni non imponibili o esenti, deriva dalla necessità di non vanificare le ragioni sottese al particolare regime previsto per tali operazioni dalla normativa IVA. Cfr. Circolare Ag. EE. n. 18/E/2013.

²²⁵ Ai sensi dell'art. 2 co. III, lett. b) del DPR n. 633 del 1972, di cui al § 2.1, Cap II.

²²⁶ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario - Parte speciale*, vol.2, VI ed., Torino, 2005, p. 231.

e sul 'principio di continuazione') e quindi suscettibile di giustificare una tassazione sugli atti che ne determinano la circolazione, alla stregua di un qualsiasi altro bene giuridicamente rilevante²²⁷.

Sul piano applicativo, dal combinato tra la disciplina delle due imposte, IVA e registro, consegue generalmente un risultato opposto rispetto alla finalità agevolativa prefigurata dalla Corte di Giustizia: nel motivare l'esclusione dalla tassazione IVA, era stata difatti adottata la finalità di garantire un migliore trattamento al cessionario dell'azienda; il regime di alternatività con l'imposta di registro, comporta difatti che l'esclusione dall'imposta sul valore aggiunto si risolva per l'operatore economico (italiano e non solo, data la presenza di imposte alternative all'IVA anche in altri stati membri) nell'applicazione dell'imposta di registro, spesso implicante un aggravio economico, che incide in capo all'operatore economico come un onere assoluto²²⁸. Il vantaggio derivante dall'assoggettamento ad IVA piuttosto che ad imposta di registro proporzionale, deriva dalla possibilità per il soggetto passivo IVA di usufruire del meccanismo di detrazione, con conseguente incidenza del relativo onere economico sul solo consumatore finale.

Ecco spiegata la tendenza, a livello di autonomia negoziale, ad evitare la qualificazione di 'azienda' della cessione di beni organizzati dall'imprenditore ed a ricorrere ad *escamotage* come quella delle vendite frazionate alla medesima persona dei beni costituenti il complesso aziendale (c.d. operazioni 'spezzatino'), così da poter qualificare le operazioni come singole 'cessioni di beni' da assoggettare ad IVA.

Vi è peraltro un ulteriore vantaggio nel configurare l'oggetto della cessione in termini di singoli beni anziché di azienda: perdendo di vista l'azienda infatti, viene sottratto a tassazione anche l'elemento generalmente connaturato ad essa, ossia l'avviamento²²⁹.

²²⁷ G. TINELLI, voce 'Azienda nel diritto tributario', cit., p. 105.

²²⁸ Tale risvolto interno, ha però un rilievo esclusivamente applicativo e non è in grado di incidere sulla natura e sulla *ratio* della esclusione IVA delle stesse operazioni nell'ordinamento italiano, dovendo queste ultime essere ricostruite comunque alla stregua della norma comunitaria e dell'interpretazione della CGUE.

²²⁹ A. CARINCI, *Il trasferimento di azienda ai fini Iva e registro: il problema della nozione di azienda ai fini fiscali*, cit., p. 1165 e ss.

Alla maggiore onerosità dell'operazione, si aggiunge l'incertezza giuridica non di rado provocata dagli stessi uffici dell'Amministrazione fiscale chiamati alla qualificazione degli atti fini impositivi²³⁰. Il confine spesso ambiguo tra i presupposti delle due imposte genera infatti notevoli difficoltà applicative ed un ingente contenzioso, dovuto ai conflitti tra la ricostruzione dell'Ufficio e quella del contribuente, e ciò avviene anche senza che tale difformità sia dettata dall'interesse, proprio dei soggetti coinvolti, alla definizione delle operazioni secondo i propri specifici interessi²³¹.

La qualificazione come 'cessione di azienda' di una o più operazioni, si pone quindi come elemento necessario ai fini di due imposte : una di origine comunitaria quale l'IVA ed una puramente interna quale l'imposta di registro. La differente origine potrebbe comportare delle divergenze in ordine alla definizione del concetto di azienda e di conseguenza, del rispettivo campo di applicazione. Tuttavia la ricostruzione del percorso ermeneutico intrapreso dalla CGUE per definire l'azienda ai fini IVA, non trova corrispondenze l'imposta di registro, la quale, essendo tributo di origine interna, non ripone nel diritto comunitario le proprie fondamenta normative. A ben guardare però, la possibile divergenza in ordine al concetto di azienda da adottarsi ai fini delle due imposte, capace di provocare la sovrapposizione degli ambiti applicativi, è un falso problema: l'art. 40 T.U.R., nel prevedere il principio dell'alternatività, subordina infatti l'applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale alla condizione che le operazioni da tassare non siano da assoggettare ad IVA. La qualificazione di una fattispecie come operazione imponibile IVA, comportando l'assoggettamento alla sola imposta di registro in misura fissa, ha un immediato effetto ai fini del tributo di registro, la cui applicazione sarà pertanto a carattere 'residuale'.

Da ultimo, bisogna ricordare che la definizione di azienda risultante in sede comunitaria²³², risulta più restrittiva di quella accolta dal diritto commerciale interno, punto di riferimento delle interpretazioni prevalenti, dottrinali e giurisprudenziali. La prima descrive un complesso di beni e di rapporti giuridici che evidenzia l'intenzione del cessionario di esercitare

²³⁰ Sulla possibilità di una riqualificazione degli atti, vedi il § x.x del Cap. 3.

²³¹ P.MERLO, *L'Iva e le cessioni d'azienda*, cit., p. 1239.

²³² V. § 2.4 del Cap. II.

l'attività, mentre per la seconda, come abbiamo avuto modo di chiarire in precedenza, è sufficiente una organizzazione di beni intesa in senso 'statico'. Un riallineamento di quest'ultima impostazione alla prima comporterebbe un risparmio notevole per il contribuente che ponesse in essere tali operazioni, anche se ad esso corrisponderebbe una equivalente contrazione di gettito erariale.

3.2 *La determinazione della base imponibile*

La registrazione di un contratto di cessione d'azienda è un passaggio oneroso per l'operatore economico che la effettua ma, nel suo essere obbligatoria, essa comporta anche alcuni vantaggi, giacché attesta l'esistenza dell'atto, vi attribuisce data certa nei confronti dei terzi²³³ e ne assicura la conservazione.

Gli atti in questione, ancorché verbali, ai sensi dell'art. 5 del T.U.R. sono soggetti alla registrazione obbligatoria nel termine di 20 giorni dalla stipula (esteso a 60 giorni se quest'ultima, pur riguardando aziende esistenti nel territorio dello Stato, avviene all'estero). Questa tipologia di negozi giuridici, in quanto inseriti nella prima parte della Tariffa allegata al T.U.R., oltre ad essere soggetti ad imposta 'in termine fisso', lo sono 'in misura proporzionale', cioè in base ad una aliquota. Quest'ultima si applica ad una base imponibile che generalmente è costituita «dal valore del bene o del diritto alla data dell'atto»; questo valore si assume essere quello «dichiarato dalle parti nell'atto e, in mancanza o se superiore, il corrispettivo pattuito». Per alcune categorie di beni però, è disposta una disciplina specifica per l'individuazione del relativo valore: infatti, per quanto concerne «gli atti che hanno per oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari e per quelli che hanno per oggetto aziende o diritti reali su di esse» il valore è inteso come «il valore venale in comune commercio»²³⁴.

Dal combinato di queste disposizioni deriva che, per i beni sopra indicati, la base imponibile sarà data dal maggiore tra il valore venale in

²³³ Ex art. 2704 c.c.

²³⁴ Art. 43, co. I, lett. a), ed art. 51, co. I e II del T.U.R. Il valore venale spesso differisce dalle risultanze contabili. Per una trattazione più ampia vedi il § 3.2.1 del presente capitolo.

comune commercio e il prezzo di cessione, tenuto conto delle passività relative all'azienda²³⁵ che risultino dalle scritture contabili obbligatorie tenute dall'imprenditore²³⁶ o da altri atti aventi data certa, salve quelle passività che l'alienante si sia espressamente impegnato ad estinguere²³⁷.

Come precisato dalla Suprema Corte, il valore dell'azienda «*non è necessariamente espresso dalla sommatoria delle sue componenti positive [...] (ma) ben può costituire significativo indice sintomatico il valore dei debiti aziendali che il cessionario si sia esplicitamente accollato in aggiunta al corrispettivo versato; valore (dell'azienda), dal quale vanno poi dedotte le passività risultanti dalle scritture contabili*»²³⁸.

E' altresì opportuno precisare che, ai fini della determinazione della base imponibile, ed in mancanza di specifiche pattuizioni in relazione ai singoli beni il trasferimento si considera comprensivo di tutti gli elementi facenti parte dell'azienda.

In virtù del peculiare metodo di valutazione della base imponibile, l'ufficio delle entrate, ai sensi dell'art. 52 del T.U.R. ed entro il termine di decadenza di due anni dal pagamento dell'imposta (art. 76, co. I-*bis* T.U.R.), nel caso in cui ritenga che il valore venale dell'azienda ceduta sia superiore a quello dichiarato dalle parti, può procedere ad un giudizio di congruità in ordine al valore dichiarato, ed eventualmente provvedere alla rettifica di tale valore tramite un avviso di accertamento, necessariamente indicante i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che lo hanno determinato²³⁹. Nella propria attività di valutazione, l'ufficio non è vincolato ai dati contenuti nelle scritture contabili dell'azienda ceduta, se non con riferimento alle eventuali passività, di cui deve tenere conto.

²³⁵ A norma dell'art. 23, u.c., T.U.R. e limitatamente alle cessioni di aziende o rami di esse comprensive di beni immobili, ai fini dell'applicazione delle diverse aliquote, le passività si imputano ai singoli beni, sia mobili che immobili, in proporzione del loro rispettivo valore.

²³⁶ In relazione alle scritture contabili obbligatorie s'intendono sia i libri previsti dal codice civile (libro giornale e inventario), sia le scritture obbligatorie sotto il profilo tributario.

²³⁷ Cui si aggiungono quelle imputabili ai beni mobili iscritti nei pubblici registri.

²³⁸ Cass. sez. trib., 30 luglio 2008, n. 20691; in banca dati *Fisconline*. Si sottolinea che le passività che rilevano ai fini dello scomputo non comprendono quelle che l'alienante si sia espressamente obbligato ad estinguere, né gli eventuali debiti del venditore accollati all'acquirente costituenti parte del corrispettivo della cessione.

²³⁹ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2008, p. 400.

Come regola di carattere generale, la cessione d'azienda comporta l'applicazione dell'imposta di registro tramite l'utilizzo di aliquote differenziate in base ai singoli beni che la costituiscono²⁴⁰. Ciò in realtà è consentito solamente nel caso in cui per i diversi beni siano stati previsti corrispettivi distinti: se viceversa sussiste una quantificazione unica del corrispettivo per la cessione, l'intero valore del complesso aziendale sarà assoggettato all'aliquota maggiore fra quelle previste per i beni facenti parte dell'azienda²⁴¹.

Infine l'atto di cessione deve essere registrato a cura del notaio che lo ha redatto, presso l'ufficio delle entrate della circoscrizione dove egli risiede; questi provvede al pagamento per conto dell'acquirente, il quale normalmente si fa carico dell'intera somma. Il cedente rimane comunque obbligato in solido con l'acquirente per il caso di inadempimento di questi.

3.2.1 *L'avviamento*

Al fine della determinazione della base imponibile dell'imposta proporzionale di registro, come abbiamo visto, è necessario determinare il valore venale in comune commercio del complesso dei beni che compongono l'azienda, al netto delle passività rilevanti a norma di legge. Il valore venale (nell'accezione considerata nel T.U.R., che si distingue dalle più circostanziate categorie economico-aziendali) generalmente differisce dal mero valore contabile per la presenza (sebbene solo eventuale, stante la natura di qualità non essenziale dell'azienda) dell'avviamento²⁴², posta rettificativa degli altrimenti poco descrittivi dati scaturenti dal bilancio. È proprio con riferimento a quest'ultimo componente, ed alla valorizzazione dell'insieme di fattori oggettivi e soggettivi che lo costituiscono, che si riscontrano la maggior parte delle controversie tra gli Uffici finanziari ed i contribuenti in

²⁴⁰ Vedi il successivo § 3.3.

²⁴¹ Art. 23, co. I, T.U.R.. Nella sentenza Cass. 30 maggio 2000, n. 7196, si è ribadito che «*la cessione d'azienda deve essere in via generale tassata applicando al suo valore complessivo (od al maggior prezzo pattuito) l'aliquota più elevata fra quelle contemplate per i singoli beni che la compongono; solo quando le parti abbiano scorporato e separatamente considerato determinati cespiti, con la previsione di distinti corrispettivi, la regola generale resta circoscritta all'insieme residuo, applicandosi a detti cespiti l'aliquota di rispettiva competenza.*».

²⁴² Per la cui definizione rimandiamo al § 1.3.1 del Cap. I ed in particolare alle note n. 48 e 49.

materia di applicazione dell'imposta di registro agli atti di trasferimento di azienda²⁴³.

Origine di questi conflitti, è la mancanza, nel T.U.R. ed in altre fonti normative, di una definizione positiva di 'avviamento', che possa fungere da riferimento condiviso dagli operatori e far da presupposto all'identificazione dei relativi metodi di valutazione, anch'essi pretermessi nel disposto normativo.

Questo deficit è stato colmato dalla dottrina aziendalistica e dall'Amministrazione finanziaria, le quali hanno elaborato molteplici metodi di valutazione dell'avviamento, capaci al contempo però di condurre a risultati difformi, a volte anche in misura considerevole. Ciò è dovuto principalmente alla sostanziale difficoltà che si riscontra nel quantificare economicamente in maniera quanto più obiettiva ed insindacabile, l'insieme dei fattori (specialmente quelli soggettivi) che lo costituiscono, quali ad esempio le capacità dell'imprenditore nell'organizzazione e nella gestione dei fattori della produzione, dei rapporti con i clienti e con la Pubblica Amministrazione.

Ecco perché, al fine di garantire la veridicità e l'accuratezza di questa particolare posta rettificativa, è fondamentale, a prescindere dal metodo utilizzato, tenere in debito conto le peculiarità della singola azienda considerata.

Il difetto di questa necessaria premura che dovrebbe caratterizzare la fase valutativa, combinata con l'opinabilità della valutazione di elementi particolarmente 'impalpabili' cui si accennava, sono i presupposti ideali del contenzioso che puntualmente si genera sul punto.

Per quanto concerne invece gli specifici criteri seguiti per la quantificazione dell'avviamento ai fini fiscali, si è assistito ad una sorta di 'evoluzione': un primo e più risalente metodo, di ormai rara applicazione²⁴⁴, è di natura empirica ed è il c.d. 'metodo sommario' o 'di capitalizzazione del

²⁴³ L. NANO, in Nota a commento di Cass. sez. trib. 25 febbraio 2002, n. 2702, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2003, fasc. n. 3, p. 666.

²⁴⁴ V. BUSA, *Il trasferimento dell'azienda nell'imposta di registro: orientamenti giurisprudenziali*, in *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimenti d'azienda - Atti del convegno del 23 e 24 Aprile 2010, nella collana "I Quaderni della Fondaz. It. per il Notariato"*, Milano, 2010, p.60. Per un approfondimento in materia di valutazione dell'avviamento si veda M. PEIROLO, *Cessione d'azienda: valutazione dell'avviamento ai fini dell'imposta di registro*, in *Azienda e Fisco*, 1999, n. 23, p. 1124.

valore medio', alla stregua del quale l'avviamento è quantificato mediante la capitalizzazione dell'utile di esercizio (al lordo cioè degli oneri fiscali) risultante dalla dichiarazione dei redditi. In sostanza, al risultato si perviene moltiplicando per tre la media del reddito d'esercizio imponibile dichiarato nei tre anni precedenti l'operazione²⁴⁵.

Questo metodo di valutazione ha trovato un sostanziale riscontro nei criteri dettati (seppure limitatamente al caso di accertamento con adesione) dall'art. 2, co. IV del D.P.R. n. 460 del 1996, il quale prevede l'individuazione dell'avviamento dal reddito di esercizio, sulla base di elementi desunti dagli studi di settore, quando esistenti; in loro mancanza è prevista l'applicazione di un metodo più specifico, basato su un indice di redditività dell'azienda²⁴⁶. A differenza del primo, questo metodo si basa sul prodotto di tre variabili: l'indice di redditività (che non può mai essere inferiore al rapporto tra il reddito d'impresa e i ricavi accertati o dichiarati per il medesimo periodo), la media dei ricavi accertati (o dichiarati) ai fini delle imposte dirette per i tre periodi d'imposta precedenti a quello del trasferimento, infine un coefficiente fisso pari a 3, oppure in casi particolari pari a 2²⁴⁷. Queste tre variabili determinano la quantificazione dell'avviamento come risultato della seguente operazione: *percentuale di redditività x media ricavi x 3* (oppure 2).

Tuttavia, il d. lgs. n. 218 del 1997 ha abrogato tale metodo di calcolo, mentre la circ. Ag. EE. n. 235 del 1997 (sempre con riferimento all'accertamento con adesione) rinviava a successive indicazioni i criteri di

²⁴⁵ La circ. Ag. EE. n. 10 del 1993 precisa che quello così ottenuto è un risultato meramente matematico che non tiene conto di numerosi fattori che in concreto possono influenzare, positivamente o negativamente, la capacità dell'impresa a produrre reddito, e di conseguenza la determinazione dell'avviamento. Per adeguare l'avviamento alle situazioni che si concretamente presentano nelle variegate realtà aziendali, era prevista l'applicazione al valore così determinato (media dell'utile lordo moltiplicata per 3) di appositi 'coefficienti di adeguamento', però mai emanati.

²⁴⁶ L'art. 2 co. IV DPR n. 460/1996 nel dettaglio prevede che «*per le aziende e per i diritti reali su di esse, il valore di avviamento è determinato sulla base degli elementi desunti dagli studi di settore o, in difetto, sulla base della redditività applicata alla media dei ricavi accertati o, in mancanza, dichiarati ai fini delle imposte sui redditi negli ultimi tre periodi d'imposta anteriori a quello a cui è intervenuto il trasferimento, moltiplicata per 3. [...]»*

²⁴⁷ La riduzione del moltiplicatore a 2 può avvenire in ipotesi determinate:

- nel caso vi siano elementi validamente documentati dai contribuenti;
- se l'attività è iniziata entro i tre periodi d'imposta precedenti a quello in cui è avvenuto il trasferimento;
- se l'attività non è stata esercitata per più di metà dell'ultimo periodo precedente a quello in cui è avvenuto il trasferimento;
- se la durata residua del contratto di locazione nei locali in cui viene svolta l'attività d'impresa è inferiore a dodici mesi.

determinazione dell'avviamento delle aziende. Detti criteri non sono stati mai forniti ed attualmente l'Amministrazione finanziaria ricorre spesso all'utilizzo della disciplina tratta dal predetto D.P.R. n. 460/1996, e ciò in forza di una pronuncia della Corte di Cassazione che ne ha confermato, seppur in maniera non vincolante per il contribuente, la validità d'uso ai fini della quantificazione dell'avviamento, e questo anche con riferimento ad ipotesi diverse da quella afferente l'accertamento con adesione²⁴⁸.

Con sentenza ancor più recente²⁴⁹ la Corte ha avuto modo di precisare che il legislatore, con il D.P.R. n. 460/1996, «*ha inteso fornire i valori minimi cui l'Amministrazione finanziaria deve attenersi nella procedura transattiva che conduce ad un accertamento con adesione*», salva pertanto la possibilità per l'Amministrazione stessa di utilizzare metodologie diverse per la determinazione dell'avviamento o di pervenire alla sua quantificazione in misura maggiore.

In altre parole, la Corte di Cassazione ha legittimato il suddetto metodo di quantificazione, ritenendolo mediamente più credibile nella valutazione del valore minimo dell'avviamento, fermo restando che, al di fuori della procedura di accertamento con adesione, il valore dell'avviamento in tal modo determinato avrà solo un valore presuntivo.

L'Agenzia delle Entrate ha precisato infine che il valore dell'avviamento può essere quantificato secondo questo metodo, ferma restando però la discrezionalità dell'Amministrazione stessa nell'utilizzo di altri criteri elaborati dalla dottrina, e l'obbligo di motivazione dell'atto²⁵⁰.

Anche il contribuente potrà, dal canto suo, preferire un metodo di valutazione diverso da quello indicato nel D.P.R. n. 460/1996, avendo peraltro la possibilità, in sede contenziosa, di dimostrare le ragioni del minore valore di avviamento dichiarato²⁵¹.

3.2.2 *La rilevanza del badwill nella quantificazione del valore venale*

²⁴⁸ Cass. 13 gennaio 2006, n. 613.

²⁴⁹ Cass. 23 luglio 2008, n. 20280 in *banca dati Fisconline*, richiamata dalla sentenza di merito 8 giugno 2009, n. 211, della Comm. trib. prov. di Massa.

²⁵⁰ Comunicazione Ag. EE. n. 52/2003.

²⁵¹ M. BASILAVECCHIA - M. P. NASTRI - V. PAPPA MONTEFORTE, *I trasferimenti aziendali: questioni aperte*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 81-2009/T, in www.notariato.it, p. 16.

Mentre la normativa tributaria fa riferimento (pur senza dettarne una definizione né indicarne i criteri di valutazione) in numerose occasioni all'avviamento inteso come 'entità positiva', non viene mai presa in considerazione la grandezza ad essa antitetica, quella che si è soliti definire come 'avviamento negativo' o *badwill* (in contrapposizione all'avviamento positivo, c.d. *goodwill*).

Stante l'assenza di espliciti riferimenti positivi, è necessario richiamare alcuni concetti sviluppati dalla dottrina economico-aziendale, cui è riferibile per intero la teorizzazione stessa della nozione di *badwill*.

Con questo termine si indica una grandezza che, al pari dell'avviamento, rappresenta una qualità intrinseca, ancorché eventuale, di un compendio aziendale, che identifica non l'attesa capacità di produrre redditi, bensì il suo contrario, cioè il «*reddito negativo che ci si attende per il futuro, ovvero l'attitudine dell'azienda a produrre sottoredditi, cioè redditi inferiori a quelli ritenuti congrui*»²⁵². In altre parole è l'espressione delle sfavorevoli aspettative reddituali di un compendio aziendale, concretizzate in una posta che rettifica in diminuzione il valore contabile dell'azienda²⁵³ mediante l'attualizzazione delle perdite (o dei redditi inferiori a quanto atteso) che la stessa genererà in futuro. Da un punto di vista aziendalistico, «*il badwill può generarsi ogniqualvolta, in occasione di un trasferimento o di una aggregazione di azienda, si riscontra un valore di mercato delle attività e delle passività componenti il compendio aziendale (patrimonio netto dell'azienda) superiore al prezzo corrisposto dall'acquirente*»²⁵⁴. Infine, in una più sintetica definizione, è stata descritta come «*la decurtazione di prezzo necessaria per scontare le perdite attese o le future mancate congrue remunerazioni*»²⁵⁵.

²⁵² M. ROMANO - M. TALIENTO, *Il trattamento contabile del negative goodwill secondo i nuovi orientamenti internazionali*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, n. 1, p. 103 e ss. L'origine di questa non rosea aspettativa è a sua volta spesso riconducibile «*a squilibri nell'organizzazione e nella gestione dell'impresa*», sia con riferimento ai beni aziendali, materiali ed immateriali che alle risorse umane.

²⁵³ Per un approfondimento sul tema della contabilizzazione del *badwill* si rimanda a G. CAPODAGLIO, *L'iscrizione in bilancio dell'avviamento negativo*, in *Rivista italiana ragioneria ed economia aziendale*, 1998, n. 3-4, p. 106 e ss.

²⁵⁴ F. LANDUZZI, *Il trattamento contabile dell'avviamento negativo nelle operazioni straordinarie*, in *La rivista delle operazioni straordinarie*, 01/2011, p. 31.

²⁵⁵ T. ONESTI, *Alcune considerazioni sul trattamento contabile delle differenze di annullamento nella fusione per incorporazione*, in *Riv. dott. comm.*, 2003, n. 6, p. 1275.

Le motivazioni per cui il bene-azienda viene acquistato pagando un prezzo inferiore al valore contabile del patrimonio a esso riferito, come abbiamo visto possono essere varie, e la loro verifica plausibilmente abbastanza frequente. Nonostante ciò, la natura contabile del fenomeno *badwill*, la sua classificazione nel bilancio dell'acquirente e il relativo trattamento tributario ai fini delle imposte dirette, mancano di una propria disciplina specifica, come confermato peraltro dall'Agenzia delle Entrate²⁵⁶.

Con riferimento specifico al tributo di registro e alle finalità di questo lavoro, è comunque da sottolineare una ridotta rilevanza dell'istituto, atteso che il *badwill* risulta del tutto ininfluenza verso quegli atti societari che l'art. 4 della Tariffa allegata al T.U.R. assoggetta al pagamento dell'imposta in misura fissa anziché proporzionale²⁵⁷.

Quello che ci dobbiamo chiedere infatti, è se il *badwill*, in quanto concettualmente identico ma algebricamente opposto all'avviamento, sia ad esso equiparabile anche nel ruolo di elemento correttivo dei valori contabili al fine dell'identificazione del valore venale in comune commercio del compendio aziendale. La domanda assume una particolare valenza soprattutto in considerazione del fatto che non solo l'art. 51, ma anche tutte le rimanenti disposizioni del T.U.R. non citano mai esplicitamente tale grandezza contabile: tale assenza si somma al silenzio della Cassazione²⁵⁸ sul tema, contribuendo alla genesi di un'incertezza che pesa nei rapporti tra gli operatori coinvolti, soprattutto in considerazione del fatto che le ipotesi di cessione di aziende caratterizzate da iporedditività sono particolarmente

²⁵⁶ Cfr. Ag. EE., ris. n. 184/E del 25 luglio 2007.

²⁵⁷ Ai sensi del citato art. 4 infatti, sia le operazioni di fusione e scissione che il conferimento d'azienda, sono così tassate, in tal modo escludendo alla radice il problema della rilevanza pratica inerente la quantificazione del valore venale del bene-azienda; è la *species* di trasferimento realizzata attraverso lo strumento della cessione a titolo oneroso quella che ci interessa.

²⁵⁸ Non sono noti infatti precedenti della Cassazione riguardo all'ammissibilità giuridica ed economica dell'avviamento negativo, al contrario della giurisprudenza di merito, che più volte si è pronunciata a favore della sua rilevanza (tra le più recenti cfr. Comm. trib. reg. Lombardia, sent. 13 luglio 2009, n. 88). Per un *excursus* sulle pronunce giurisprudenziali in materia si veda L. NANO, *Ammissibilità dell'avviamento negativo ai fini dell'imposta di registro: la Cassazione lascia aperta la questione*, nota a commento di Cass. sez. trib. 25 febbraio 2002, n. 2702, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2003, fasc. n. 3, p. 665 ss.

frequenti nei periodi come quello in cui ci troviamo, caratterizzati da una crisi economica a livello sistemico²⁵⁹.

In prima approssimazione, si dovrebbe concludere che il mancato richiamo nella lettera della disposizione implichi l'irrilevanza del *badwill*, e questo anche ove si proceda ad una lettura 'estensiva' della norma: la sua formulazione sembra considerare l'avviamento solo come componente rettificativo 'in positivo' della base imponibile.

Tuttavia, l'argomento letterale può non essere determinante nel decretare l'impossibilità del *badwill* a svolgere un ruolo nel sistema dell'imposta: come abbiamo visto infatti (v. **nota 18**), sono percorribili delle strade alternative che consentono di esprimere contabilmente questa grandezza, sebbene attraverso appostazioni in bilancio da porre in essere anticipatamente rispetto alla valorizzazione del compendio effettuata in fase di cessione dello stesso. La rilevanza del *badwill* come componente rettificativo *in minus* infatti, in questo caso non è legittimata da una lettura 'estensiva' della nozione di avviamento contenuta nell'art. 51 co. IV, bensì grazie alla sua formulazione letterale: la disposizione prevede infatti in maniera esplicita l'incidenza in negativo sulla base imponibile delle passività iscritte nelle scritture contabili obbligatorie²⁶⁰.

²⁵⁹ N. ANGIOLA, *L'avviamento negativo. Problematiche economiche e contabili*, Torino, 1997, p. 8. È interessante sottolineare che la frequenza con cui queste operazioni si verificano, ha dato luogo in alcuni casi a situazioni particolari, come quella in cui è il soggetto cedente a corrispondere un *quid* al cessionario, in modo da compensare preventivamente le perdite che il compendio genererà nel periodo successivo alla transazione. Tale ipotesi estrema, pur rimanendo nei confini civilistici di una prestazione a carattere sinallagmatico, sembra forzare quelli che sono i profili dello schema giuridico del contratto di compravendita in cui, ai sensi dell'art. 1470 c.c., è l'acquirente a corrispondere il prezzo. L'effettuazione di queste erogazioni pecuniarie 'in senso inverso' a quello canonico, spesso viene evitata facendo in modo che il cedente l'azienda inserisca contabilmente tra le proprie passività una posta a titolo di *badwill*, in modo che tale componente (nelle forme alternative di un 'fondo rischi' o di un 'fondo spese future', sulle quali cfr. le perplessità espresse da G. CAPODAGLIO, *L'iscrizione in bilancio dell'avviamento negativo*, cit., p. 110), ora ricompreso nell'alveo delle scritture contabili obbligatorie, possa contribuire in virtù del disposto del co. IV, art. 51 del T.U.R. dapprima richiamato, alla riduzione del valore dell'azienda. In alternativa può prevedersi che il cedente, in sede negoziale, si obblighi all'estinzione di determinate passività inerenti il complesso. A norma dello stesso co. IV dell'art. 51, è necessario ricordare che tale soluzione, pur nella equivalenza del risultato economico, impedisce che il valore dell'azienda ceduta sia decurtato di queste passività, che continueranno pertanto a gravare sul cedente.

²⁶⁰ La nozione di 'passività' ivi contenuta, sembra infatti sufficientemente generica da poter ricomprendere un *badwill* che fosse espresso come 'fondo rischi atipico', ancorché vi siano opinioni contrarie. Cfr. G. CAPODAGLIO, *L'iscrizione in bilancio dell'avviamento negativo*, cit., p.110; sul tema si è successivamente pronunciata anche l'Agenzia delle Entrate, la quale ha chiarito il corretto trattamento fiscale dell'"avviamento negativo": esso è da allocarsi in un "Fondo rischi ed oneri futuri" al passivo dello Stato Patrimoniale dell'acquirente, in ragione

Nella diversa ipotesi in cui si voglia tener conto del *badwill* prescindendo da una previa appostazione in bilancio, ci si scontra con difficoltà più evidenti, giacché l'obiezione facente leva sul silenzio normativo sembra assumere in tali casi una pregnanza maggiore, tale da risultare ostativa alla rilevanza del suddetto.

Tuttavia, riflettendo su quella che è la *ratio* sottesa alla disciplina, si può cercare di contestare le conclusioni sopra riportate: alla base di tutto vi è infatti la constatazione che la grandezza imponibile su cui commisurare il tributo, si identifica con il valore venale del compendio, valore che, secondo la previsione legislativa, deve essere quantificato sulla base della consistenza delle attività, necessariamente rettificata (in diminuzione come in aumento) dalle passività contabili e dall'avviamento. A ben considerare, la *ratio* dell'espressa inclusione dell'avviamento positivo, si ricollega alla necessità di attribuire uno specifico rilievo impositivo ad una grandezza che, seppur contabilmente inespressa nei bilanci dell'alienante²⁶¹, è senz'altro in grado di incidere sul valore venale del compendio. La circostanza che l'imponibile non coincida con l'espressione contabile (al netto delle passività, s'intende) può dirsi pertanto connaturata al sistema impositivo²⁶², ed ecco perché, per identità di *ratio*, si dovrebbe pervenire alla rilevanza del *badwill*²⁶³.

La negazione di tali conclusioni, e di conseguenza il disconoscimento *tout court* della rilevanza del *badwill* come elemento rettificativo in diminuzione del valore dell'azienda (ovviamente nel caso in cui non si sia optato per la previa appostazione in bilancio), condurrebbe all'assoggettamento a tassazione di una ricchezza (il valore venale del

della previsione di perdite future che questi dovrà sostenere successivamente all'acquisizione. Cfr. Ag. EE., ris. n. 184/E del 25 luglio 2007, cit.

²⁶¹ A norma del co. I n. 6 dell'art. 2426 c.c. è fatto divieto di iscrivere fra i componenti del proprio attivo patrimoniale l'avviamento acquisito a titolo non oneroso, anche detto 'avviamento endogeno'.

²⁶² M. DI SIENA, *La disciplina fiscale dell'avviamento negativo*, in *Rivista del notariato*, 2012, fasc. n. 4, p. 1027 e ss.

²⁶³ Per giustificare il riconoscimento dell'avviamento come bene aziendale autonomo concorrente parimenti in positivo come in negativo, è stato fatto anche riferimento all'art. 86, co. II, del T.U.I.R., ai sensi del quale concorrono alla formazione del reddito imponibile «*le plusvalenze delle azienda compreso il valore di avviamento*» cui corrisponde, per simmetria, la rilevanza quale minusvalenze ai sensi dell'art. 101, co. I del T.U.I.R., ove il valore sia negativo. La continuità di valori ai fini delle due imposte è intesa in senso vincolante in presenza di un giudicato da Cass. sent. 22 marzo 2002, n. 4117, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1329. Cfr. V. FICARI, in *Spunti in materia di avviamento negativo e base imponibile ai fini dell'imposta di registro*, in *Boll. trib.*, 2006, n. 19, p. 1509 e ss.

compendio) in realtà insussistente in concreto. È questa una soluzione che spicca per incoerenza, sia con riferimento all'asimmetria logica con la disciplina dell'avviamento positivo, sia con la dinamica tipica del tributo, stante l'incompatibilità di quanto affermato con il principio di capacità contributiva espresso dall'art. 53 Cost.

In attesa di una esplicita codificazione in materia, ovvero di una presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, è logico concludere quindi nel senso che la omessa citazione del *badwill* da parte dell'art. 51 del T.U.R. non può di per sé considerarsi dirimente per il riconoscimento della sua natura di posta rettificativa: nell'ipotesi in cui il compendio trasferito sia caratterizzato da un *badwill* che ne riduca o ne azzeri il valore venale, coerenza normativa impone che di tale decurtazione si debba tener conto.

3.2.3 *I beni immobili*

Di regola, per 'valore dei beni o dei diritti' si intende quello dichiarato dalle parti nell'atto e, in mancanza o se superiore, il corrispettivo pattuito²⁶⁴. Come abbiamo visto nel precedente § 3.2, con riferimento ai beni immobili ed alle aziende, è prevista una disciplina diversa, la quale assume come riferimento il 'valore venale in comune commercio'. Questa specifica modalità di determinazione del valore, ha come ulteriore conseguenza la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di procedere all'accertamento della congruità del prezzo pattuito dalle parti facendo riferimento al valore in comune commercio del bene trasferito, nonché la possibilità di procedere ad una rettifica dello stesso tramite avviso di accertamento.

Una particolare questione si pone però con riferimento alla valorizzazione degli immobili ricompresi nel compendio aziendale ceduto: per espressa disposizione normativa, gli atti che hanno ad oggetto tali beni erano sottratti al giudizio di congruità appena ricordato nel caso in cui il corrispettivo pattuito dalle parti, seppur basso, fosse risultato comunque

²⁶⁴ Art. 51, co. I, T.U.R.

superiore a quello scaturente dal meccanismo automatico di capitalizzazione delle rendite catastali indicato nei commi IV e V dell'art. 52 del T.U.R.²⁶⁵.

Questa situazione è mutata in seguito alle modifiche apportate all'art. 52 dal c.d. *'decreto legge Bersani'* (art. 35, co. 23-ter, d. l. 223 del 2006, convertito con modificazioni dalla l. 248 del 2006), il quale ha introdotto un ulteriore comma, il 5-bis, che ha limitato l'applicazione del 'meccanismo automatico' ai soli trasferimenti di case di abitazione effettuati verso soggetti persone fisiche, che non fossero svolti nell'ambito dell'esercizio di attività d'impresa o di lavoro autonomo²⁶⁶. Ciò ha provocato di conseguenza il riespandersi, limitatamente ai beni immobili diversi da quelli poc'anzi citati, dei poteri di verifica della congruità e della rettifica del corrispettivo indicato dalle parti nell'atto di trasferimento.

La determinazione del valore dell'immobile, non più ancorata ai moltiplicatori catastali, è tornata quindi ad avere come metro di riferimento il valore di mercato del bene o 'valore normale'. La c.d. *'legge finanziaria per il 2007'* (l. 296 del 2006) al comma 307 del suo unico articolo, ha disposto che *«per la corretta ed uniforme applicazione dell'art. 52 del T.U.R.»* siano *«individuati periodicamente i criteri utili per la determinazione del valore normale dei fabbricati»*. A tale esigenza ha provveduto l'Agenzia delle Entrate con il provvedimento n. 120811 del 2007, il quale ha fissato i criteri utili alla determinazione del valore normale dei fabbricati, ai quali gli Uffici debbono attenersi²⁶⁷: questi criteri fanno riferimento alle stime contenute nella banca dati delle quotazioni immobiliari dell'Osservatorio del mercato immobiliare (OMI), integrate da una serie di fattori variabili e relativi alle peculiarità del fabbricato²⁶⁸.

Il valore così determinato costituisce una presunzione semplice, che potrà essere ammessa alla valutazione del giudice ma che sarà decisivo a determinate circostanze: si ricorda infatti, che per effetto delle novità introdotte con la c.d. *'legge comunitaria 2008'*, il valore normale determinato

²⁶⁵ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, cit., p. 819.

²⁶⁶ Che sconteranno l'applicazione del c.d. sistema del 'prezzo-valore', introdotto dalla *'legge finanziaria per il 2006'*.

²⁶⁷ Vedi M. BASILAVECCHIA, *L'accertamento del valore di mercato degli immobili*, in *Corr. Trib.*, 2007, p. 195.

²⁶⁸ Ad esempio la relativa categoria catastale e i prezzi applicati a beni simili risultanti da offerte pubbliche o da accertamenti effettuati.

con il suddetto metodo, non integra più una presunzione dotata dei requisiti di gravità, precisione e concordanza, che legittimi l'Ufficio alla rettifica del corrispettivo pattuito. Gli Uffici devono esperire l'attività di accertamento facendo ricorso ad ulteriori elementi presuntivi (come le risultanze delle indagini finanziarie o la discordanza dal corrispettivo di cessioni similari), che si aggiungano allo scostamento del prezzo pattuito da quello deducibile in base alle tabelle OMI. Tutto questo al fine di integrare i requisiti di gravità, precisione e concordanza necessari per invertire l'onere della prova a carico del contribuente.

Da ultimo va ricordato che l'art. 24 del T.U.R. prevede che nei trasferimenti immobiliari, i frutti pendenti e le pertinenze (categoria, quest'ultima, in cui rientrano gli impianti e i macchinari asserviti all'attività d'impresa) sono da intendersi trasferiti all'acquirente dell'immobile, salvo che non siano stati espressamente esclusi dalla vendita, siano stati ceduti all'acquirente da un terzo, o si dimostri, con atto registrato antecedentemente al trasferimento, che siano di proprietà di un soggetto terzo. La disposizione contiene una presunzione *iuris tantum* suscettibile, come tale, di prova contraria.

Il secondo comma del citato art. 24 tende invece ad evitare fenomeni elusivi: se nel triennio successivo al trasferimento le pertinenze dovessero risultare di proprietà dell'acquirente l'immobile, è disposto il recupero dell'imposta di registro non pagata, assoggettando il valore dei beni mobili pertinenziali all'aliquota prevista per il bene immobile, salva la decurtazione di quanto eventualmente già pagato a titolo di cessione degli stessi.

3.3 *Le aliquote*

L'imposizione proporzionale prevede che, una volta individuata la base imponibile, ad essa siano applicate le aliquote indicate nella prima parte della Tariffa, la quale prevede una disciplina articolata in virtù della diversità degli atti configurabili.

L'aliquota per la generalità dei beni aziendali (o a 'carattere residuale' rispetto agli atti specificatamente indicati nell'art. 1 della Tariffa), è del 3%²⁶⁹.

Come precedentemente accennato, qualora con l'atto di cessione dell'azienda siano trasferiti beni o diritti che, se ceduti singolarmente, sarebbero stati assoggettati ad un'aliquota differente, si applicherà, a norma dell'art. 23 del T.U.R., l'aliquota più elevata fra quelle contemplate per i singoli beni che la compongono, salvo che, per i singoli beni o diritti, sia stato pattuito un corrispettivo distinto.

Relativamente all'impianto tariffario dell'imposta di registro, si rende necessario integrare quanto detto con le novità introdotte dalla recente riforma, avente ad oggetto la disciplina dei trasferimenti immobiliari a titolo oneroso: l'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2011²⁷⁰ ha semplificato infatti, a decorrere dal 1° gennaio 2014, lo schema applicativo delle aliquote di cui all'art. 1 della Tariffa stessa. Nello specifico, essa ha determinato la variazione dell'aliquota prevista per la tassazione degli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili e degli atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento, fissandola al 9%²⁷¹; con la 'Legge di Stabilità per il 2014' (art. 1, co. 609, l. n. 147 del 27 dicembre 2013) è stata inoltre introdotta una ulteriore aliquota del 12%, relativa al caso in cui il trasferimento abbia ad oggetto *«terreni agricoli e relative e pertinenze a favore di soggetti diversi da coltivatori diretti e dagli imprenditori agricoli professionali [...]»*.

Alla luce di questa riforma, il valore dell'intera azienda (o del singolo bene assoggettato ad aliquota differenziata il cui corrispettivo sia stato

²⁶⁹ Questo dato è ricavabile dall'art. 2 della Tariffa, riguardante la tassazione degli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili e degli atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento.

²⁷⁰ Come modificato dall'art. 26, co. I, del d. l. n. 104 del 2013, convertito dalla l. n. 128 del 2013, il quale ha apportato anche quelle modifiche alla misura fissa dell'imposta di registro riportate alla **nota 2**.

²⁷¹ Ridotta al 2% nel caso di trasferimento di case di abitazione che rispettino determinate condizioni.

scorporato dal totale) sarà tassato al 3%, al 9% o al 12% in relazione alla natura dei beni presenti in essa²⁷².

Con specifico riferimento alla novella citata, si può affermare che essa, pur rappresentando senza dubbio una semplificazione dello schema impositivo previgente (anche con riferimento alle fasi attuative della liquidazione e dell'eventuale contenzioso), ha comportato un innalzamento medio dell'imposizione, causa la fissazione di una misura minima dovuta pari a € 1000, ed il venire meno, per espressa abrogazione, delle numerose fattispecie agevolate²⁷³ (tra cui alcune che prevedevano una imposizione in misura fissa in sostituzione di quella proporzionale) inserite nel previgente art. 1 della Tariffa o nelle note ad esso relative.

La nuova disciplina delle aliquote non incide però sulla determinazione della base imponibile degli atti aventi contenuto immobiliare, che risulta pertanto immutata rispetto alla regolamentazione illustrata in precedenza, compresa la disciplina del prezzo-valore prevista per la cessione di immobili ad uso abitativo²⁷⁴.

Guardando poi alla diffusa prassi di stipulare contratti preliminari di cessione di azienda, si ravvisa come, qualora venissero previsti versamenti di somme in acconto, queste sarebbero soggette ad un'imposta parametrata su un'aliquota del 3%²⁷⁵, che sarà poi scomputata dall'imposta dovuta a titolo definitivo, determinata in base ai valori indicati nell'atto di cessione. Una diversa e minore aliquota, pari al 0,5%²⁷⁶, sarà viceversa applicata nel caso in cui sia previsto il versamento di caparre confirmatorie, determinando un'imposta che, come nel precedente caso, sarà poi scomputata da quella dovuta a titolo definitivo.

²⁷² Ferma l'aliquota del 3% valida per la generalità dei beni aziendali, le aliquote in vigore fino al 31 dicembre 2013 erano le seguenti: 7% nel caso in cui il complesso aziendale avesse ricompreso dei fabbricati; 8% se comprendeva terreni non agricoli; 15% se comprendeva terreni non agricoli e l'acquirente dell'azienda non fosse un agricoltore.

²⁷³ Commi II e IV dell'art. 10 d. lgs. n. 23/2011.

²⁷⁴ Per la quale **vedi nota 38**. Tale conclusione è confermata da quanto riportato dal sottosegretario al M.E.F. Pier Paolo Baretta in risposta ad una interpellanza parlamentare del 27 novembre 2013, per cui *«tale disciplina [quella del prezzo-valore] si presenta come un sistema forfettario di determinazione della base imponibile, e quindi non può essere ricondotto tra le previsioni di esenzioni o di agevolazioni cui fa riferimento l'art. 10, co. IV del citato d. lgs. n. 23 del 2011»*.

²⁷⁵ Art. 9 della Tariffa, Parte I, allegata al D.p.R. 131 del 26 aprile 1986.

²⁷⁶ Art. 6 della Tariffa, Parte I, allegata al D.p.R. 131 del 26 aprile 1986.

Da ultimo, si ravvisa che qualora tra i beni o i diritti ricompresi nell'azienda ceduta vi siano dei crediti, essi non saranno assoggettati ad un'aliquota differente da quella 'residuale' del 3%, nonostante tale fattispecie possa essere teoricamente sussunta sia nell'art. 6 del T.U.R. (il quale prevede per le cessioni di crediti un'aliquota pari al 0,5%) che nell'art. 9 del medesimo Testo unico (in base al quale si prevede un'aliquota del 3% per gli "atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale"). Quest'ultima aliquota è da preferirsi in ragione del principio elaborato da una costante giurisprudenza, secondo il quale: «l'evenienza di un più consistente prelievo fiscale sulla cessione di crediti, quando siano inglobati nell'alienazione d'azienda, non è in effetti riscontrabile, in presenza di una contrattazione unitaria del complesso aziendale, il cui valore (...) non esprime pro quota il valore di quei crediti, ma si collega al peso economico dell'insieme»²⁷⁷. In senso conforme l'Agenzia delle Entrate, la quale ritiene applicabile l'aliquota del 0,5% alle sole cessioni di crediti che risultino autonomamente rilevanti²⁷⁸.

3.3.1 *Le imposte ipotecarie e catastali nella tassazione dei trasferimenti immobiliari a titolo oneroso*

Per vero, è necessario fare menzione anche di un'altra novità apportata dalla riforma, in grado, seppur parzialmente, di giustificare e compensare l'aggravio economico poc'anzi ricordato: alla sostanziale eliminazione delle agevolazioni ed alla riduzione a sole tre aliquote della imposizione proporzionale cui sono soggetti gli atti indicati dai commi 1 e 2 del novellato art. 1 della Tariffa, viene infatti associato un nuovo metodo di tassazione relativo alle imposte indirette a vario titolo ricollegate al compimento di questi atti²⁷⁹. Ai sensi del comma III dell'art. 10 del d. lgs. n.

²⁷⁷ Cfr. *ex multis*, Cass. 30 maggio 2000, n. 7196.

²⁷⁸ Ag. EE. ris. n. 278/E del 4 luglio 2008.

²⁷⁹ La disciplina previgente era contenuta negli artt. 2 e 10 del d. lgs. 347 del 1990, il quale prevedeva che agli atti di cessione delle aziende nel cui patrimonio si trovassero beni immobili fossero applicate le aliquote del 2% per l'imposta ipotecaria e dell'1% per l'imposta catastale. Controversi sono i criteri per la determinazione della base imponibile ai fini ipotecari e catastali: ai sensi del citato art. 2, essa risulta essere commisurata «alla base imponibile determinata ai fini dell'imposta di registro o dell'imposta sulle successioni e

23/2011 gli atti suddetti, nonché tutti gli altri atti e le formalità direttamente connessi all'atto di trasferimento, sono stati esentati dall'imposta di bollo e dalle imposte ipotecaria e catastale, risultando la tassazione proporzionale di registro 'assorbente' delle imposte ipotecaria e catastale. Successivamente, si è nuovamente intervenuti a modificare tale disciplina introducendo, in luogo dell'esenzione integrale degli atti, al loro assoggettamento alle imposte ipotecaria e catastale nella misura fissa di € 50²⁸⁰ ciascuna, anche nel caso in cui l'imposta di registro sia dovuta nella misura minima di € 1000²⁸¹.

Dalla modificazione del perimetro applicativo di queste imposte, deriva come ulteriore conseguenza una accresciuta convenienza delle cessioni di azienda nel cui patrimonio siano inclusi beni immobili gravati da passività: a fronte di un incremento dell'imposta di registro (la cui base imponibile è determinata sempre al netto delle passività trasferite), si ha un sostanziale azzeramento delle imposte ipotecaria e catastale; il vantaggio rispetto la disciplina previgente si evidenzia in relazione al fatto che tali imposte erano calcolate su una base imponibile determinata sul prezzo-valore relativo all'immobile senza che rilevassero le passività trasferite, mentre ad oggi risultano dovute esclusivamente nella misura fissa di € 50²⁸².

donazioni», tuttavia sia l'Amministrazione finanziaria che la giurisprudenza prevalente, hanno ridimensionato la portata di questo rinvio, sottolineando la diversità del presupposto impositivo tra imposta di registro (basata sul trasferimento di ricchezza) e le imposte ipotecaria e catastale (correlate alle formalità da compiere). Da ciò veniva dedotta, al fine del calcolo della base imponibile, la rilevanza del solo valore di mercato del bene immobile, senza imputazione alcuna delle passività su di esso gravanti (cfr. la recente Ag. EE. Circ. n. 25/E del 2005, e n. 18/E del 2013, cit., nonché le sentenze Cass. 9 luglio 2003, n. 10751 e Cass. sez. trib. 20 dicembre 2007, n. 26854).

Per una analisi più ampia si rimanda a G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, cit., p. 831 ed a S. Cardarelli, *Imposte ipotecarie*, in *Riv. not.*, 1991, p. 1142.

²⁸⁰ Come da modifica introdotta dall'art. 26, co. I del d. l. n. 104 del 2013, già richiamato **alla nota 2** con riguardo all'innalzamento della misura fissa dell'imposta di registro.

²⁸¹ L'assorbimento di queste imposte e la predefinizione del loro ammontare in misura fissa, fa decadere 'a monte' la rilevanza delle considerazioni sulla diversità del presupposto impositivo e sulla controversa ricostruzione della base imponibile accennate **nella nota 46**.

²⁸² Consiglio Nazionale del Notariato, Area scientifica - Settore Studi Tributarî, *La tassazione dei trasferimenti immobiliari a titolo oneroso dal 1° gennaio 2014*, Studio n. 1011-2013/T, in www.notariato.it, p. 19.