

LUISS



Cattedra

RELATORE

CORRELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

INDICE

<i>Introduzione</i>	3
<i>CAPITOLO I</i>	8
<i>Operazioni straordinarie</i>	8
<i>1.2 Cessione d'azienda</i>	13
<i>La posizione del cessionario ai fini dell'imposizione sui redditi</i>	19
<i>Rettifica del prezzo di cessione</i>	24
<i>1.3 Conferimento d'azienda</i>	27
<i>Conferimento d'azienda ed il cosiddetto affrancamento fiscale dei maggiori valori fiscali</i>	30
<i>Regime di imposizione sostitutiva di cui all'art. 15 d.l. n. 185/2008</i>	31
<i>Non elusività dell'alienazione da parte della conferente della partecipazione nella conferitaria in esito al conferimento d'azienda</i>	32
<i>Responsabilità per debiti tributari del cessionario d'azienda</i>	33
<i>1.4 Trasformazione</i>	34
<i>Profili fiscali</i>	36
<i>Trattamento fiscale delle riserve formate prima della trasformazione</i>	40
<i>Le perdite della società trasformata</i>	40
<i>1.4 Fusione</i>	42
<i>Profili fiscali</i>	43
<i>1.5 Scissione</i>	48
<i>Profili fiscali</i>	51
<i>CAPITOLO II</i>	57
<i>L'abuso del diritto</i>	57

2.1	<i>Nozione di abuso e rapporto con l'interpretazione teleologica</i>	57
2.2	<i>Elusione fiscale, legittimo risparmio d'imposta ed evasione</i>	66
2.3	<i>Excursus storico normativo della disciplina antiabuso</i>	74
2.4	<i>L'art 10-bis, l. n. 212/2000</i>	79
2.5	<i>Brevi cenni sull'istituto dell'interpello in tema di abuso</i>	89
CAPITOLO III		92
<i>Prassi dell'agenzia delle entrate in tema di abuso</i>		92
3.1	<i>Profili elusivi della scissione</i>	93
	<i>Scissione Proporzionale</i>	95
	<i>Scissione Non Proporzionale</i>	97
	<i>Scissione seguita da circolazione indiretta di un complesso aziendale</i>	101
	<i>Scissione preceduta da altra operazione</i>	104
	<i>Scissione mediante scorporo</i>	107
3.2	<i>Operazioni complesse</i>	117
	<i>Scissione preceduta da altra operazione</i>	117
3.3	<i>Fusione: le operazioni di LBO ed MLBO</i>	126
3.4	<i>Conferimento di partecipazioni</i>	138
3.5	<i>Riforma fiscale e modifica della disciplina sulle operazioni straordinarie</i>	141
	<i>Retrodatazione della fusione</i>	144
	<i>Fusione di società appartenenti al medesimo gruppo</i>	145
	<i>Scissione</i>	145
	<i>Conferimento</i>	148
<i>Conclusioni</i>		148

Introduzione

Nel panorama economico-aziendale odierno, i profili fiscali ricoprono un ruolo di primaria importanza nello svolgimento e nella pianificazione dell'attività di impresa, impattando in maniera decisiva sulle scelte di *business* degli operatori economici.

In particolar modo, ciò si verifica nelle c.d. operazioni straordinarie, le quali sono chiamate a svolgere un ruolo cruciale nella crescita, nell'espansione e nella ristrutturazione delle imprese.

Difatti, il presente elaborato si pone l'ambizioso obiettivo di indagare l'intricata disciplina fiscale delle singole operazioni straordinarie ed allo stesso tempo analizzare il rapporto che sussiste tra quest'ultime e le possibili contestazioni da parte dell'Agenzia delle Entrate per abuso del diritto *ex art.10-bis l.n. 212/2000*.

Nel primo capitolo saranno oggetto di studio le operazioni straordinarie prese singolarmente, esaminandone brevemente i profili civilistici per poi focalizzarsi sulla loro disciplina fiscale.

Successivamente, il secondo capitolo verterà sull'abuso del diritto, tema estremamente complesso, il quale inevitabilmente si trova a dover fare i conti con i principi generali posti alla base di un ordinamento giuridico.

Nell'elaborato si prova a fare maggiore chiarezza su tale nebuloso concetto, andandolo anche a confrontare con i suoi affini: il legittimo risparmio di imposta e l'evasione fiscale, i quali hanno come minimo comune denominatore l'ottenimento di un vantaggio fiscale.

Si tratta, *in primis*, di una categoria logica e concettuale, strettamente collegata all'interpretazione teleologica del diritto tributario, la quale fa sorgere l'esigenza di interrogarsi circa i limiti che possono e necessariamente devono essere posti all'autonomia dei privati.

Il riconoscimento di un diritto rientra nelle scelte di un ordinamento giuridico affinché sia possibile tutelare determinati interessi socio-economici.

Tuttavia, vi possono essere casi in cui lo stesso esercizio di un diritto oltrepassi il limite posto dal sistema, degenerando in una condotta che stride con i principi propri di quell'ordinamento giuridico.

Un comportamento abusivo si sostanzia nell'utilizzo strumentale delle disposizioni tributarie, giacché il contribuente agisce al fine di aggirare un precetto impositivo, ottenendo allo stesso tempo il risultato economico desiderato.

Di conseguenza, il percorso "anomalo" scelto dal contribuente per conseguire quel determinato risultato economico diventa patologico, ponendosi in contrasto con la *ratio* di una certa norma tributaria.

In queste dinamiche, il contribuente non si limita più a scegliere, in ossequio al principio della libertà di scelta sancito dal comma 4 dell'art. 10-bis l.n. 212/2000, tra le molteplici alternative quella meno gravosa da un punto di vista fiscale, piuttosto distorce a suo favore le disposizioni tributarie al fine di ottenere vantaggi fiscali non consentiti dall'ordinamento. A tal proposito, giova rammentare la celebre frase di Tabellini: "*Fin quando esisterà la norma che prevede una varietà di soluzioni diversamente onerose per il contribuente, la scelta di quella che lo è meno è pienamente lecita*"¹.

In aggiunta, l'importanza di tale tema è anche ravvisabile dalla particolare attenzione posta dagli ultimi Governi al contrasto alle condotte evasive ed elusive, le quali sono tra le principali fonti di criticità del nostro sistema fiscale.

Giova inoltre evidenziare che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), tra i vari obiettivi, ha quello di ridurre il c.d. "*tax gap*", ovvero la differenza tra l'ammontare totale delle tasse dovute allo Stato e quelle realmente versate dai contribuenti, in cui la lotta all'elusione fiscale ricopre un ruolo preponderante.

Da ultimo, una volta esaminate singolarmente ogni operazione straordinaria e tratteggiati i lineamenti fondamentali dell'abuso del diritto, il presente elaborato, al fine di un'analisi più efficace, andrà ad esplorare nel suo terzo capitolo l'orientamento dell'Amministrazione Finanziaria circa il delicato rapporto che sussiste tra alcune operazioni straordinarie e l'abuso del diritto.

Quando una condotta viene qualificata come abusiva, ovvero nel caso in cui si siano integrati tutti i presupposti dell'art. 10-bis l.n. 212/2000 e contemporaneamente non sia applicabile l'esimente delle ragioni extrafiscali non marginali a mente del comma 3 della stessa norma, questa non è da ritenere come

¹ P.M. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, 1988

meritevole di tutela dall'ordinamento e per tale motivo viene punita con la sanzione dell'inopponibilità relativa al Fisco.

Le operazioni straordinarie, sotto una lente di possibili profili elusivi, sono sempre state oggetto di particolare attenzione, tanto da essere ricomprese nel *numerus clausus* di fattispecie rientranti nella previgente disciplina antiabuso: l'ormai abrogato art. 37-*bis* del d.p.r. n.600/1973.

Tra tutte le operazioni straordinarie, la scissione societaria è senza dubbio quella che storicamente è stata fonte di molteplici problematiche e per questo motivo occuperà gran parte di questo studio.

La scissione rappresenta una delle operazioni straordinarie più significative nell'ambito della gestione aziendale, consentendo la riorganizzazione e la ristrutturazione delle imprese.

Invero, la scissione da un punto di vista fiscale soggiace, come d'altronde tutte le operazioni sui soggetti, al favorevole regime di neutralità, il quale rende l'operazione inidonea a far sorgere componenti reddituali imponibili.

Ad ogni modo, dal momento che questo strumento è particolarmente duttile, insieme ai molteplici vantaggi offerti da questo istituto, sorgono anche rischi potenziali di abuso del diritto.

Senonché, con l'avvento dell'art. 10-*bis* l.n. 212/2000 si è registrato un cambio di rotta, che ha portato l'orientamento restrittivo dell'Agenzia delle Entrate sul tema ad affievolirsi fino al riconoscimento della legittimità di questa operazione con la celebre Risoluzione 97/E/ 2017.

Pertanto, oggetto di questa analisi saranno sicuramente le pronunce più recenti ed innovative inerenti alla scissione, ma anche quelle riguardanti la fusione ed il conferimento, al fine di poter esaminare come la posizione del Fisco su queste operazioni straordinarie si sia evoluto nel tempo, con argomentazioni non sempre condivisibili.

Infine, non essendo il presente elaborato insensibile ai più recenti interventi legislativi, sono presenti brevi cenni all'attuale Riforma Fiscale in atto.

Il Consiglio dei ministri il 30 aprile 2024 ha approvato la bozza di Decreto sulle imposte dei redditi che, in rispetto dei principi contenuti nelle Legge Delega

Fiscale, ha compiuto un riassetto della disciplina delle operazioni straordinarie di impresa, al fine di semplificare e razionalizzare la normativa vigente

Per maggiore precisione, il Capo II, Sezione I e II, della bozza di Decreto Legislativo ha novellato la disciplina fiscale delle operazioni straordinarie, focalizzandosi sulla fusione, scissione mediante scorporo, conferimento e alla liquidazione.

Dunque, si auspica che una simile analisi possa offrire uno strumento utile alla ricostruzione della disciplina fiscale delle operazioni straordinarie e del loro altalenante rapporto con possibili contestazioni per abuso del diritto, soprattutto da un punto di vista più pratico mediante l'esame della più recente prassi dell'Agenzia delle Entrate sul tema.

CAPITOLO I

Operazioni straordinarie

I profili fiscali svolgono un ruolo fondamentale nello svolgimento e nella pianificazione dell'attività di impresa nel panorama economico e aziendale odierno, impattando in maniera significativa sulle scelte di *business* degli operatori. In particolar modo ciò si verifica con le c.d. operazioni straordinarie, le quali svolgono un ruolo cruciale nella crescita, nell'espansione e nella ristrutturazione delle imprese. In generale, la locuzione "operazioni straordinarie" include una varietà di circostanze che coinvolgono la vita di un'impresa tra loro molto eterogenee. Esse consistono in modificazioni strutturali, talvolta molto profonde dell'assetto societario allo scopo di affrontare situazioni di crescita ovvero di crisi di mercato, comportando modificazioni dell'assetto proprietario, della forma giuridica, e/o dell'organizzazione effettiva delle imprese². L'espressione "operazione straordinaria" è stata elaborata dalla dottrina aziendalistica³ per indicare quelle operazioni realizzate al di fuori della gestione ordinaria della società. Queste vengono poste in essere per vari motivi, tra cui è possibile annoverare le mutate condizioni di mercato, cambiamento posizioni di forza tra soci, *etc.*⁴.

Tuttavia, oltre agli aspetti commerciali e finanziari, le implicazioni fiscali rivestono un'importanza vitale nell'analisi e nell'esecuzione di tali transazioni. La legislazione fiscale italiana offre un quadro complesso e approfondito sulla trattazione delle operazioni straordinarie, influenzando fortemente gli operatori economici circa la loro pianificazione ed esecuzione.

Malgrado nel nostro ordinamento non vi sia una definizione legislativa di operazioni straordinarie, queste ricoprono un ruolo strategico notevolissimo nel

² A. TAMBORRINO, *Le operazioni straordinarie. Profili civilistici giuslavoristici, fiscali, contabili e valutativi*, 2004

³ L.POTITO, *Le operazioni straordinarie nell'economia d'impresa*, 2020; BUFFELLI, ROSSI e SIRTOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, 2020

⁴ A. NIGRO, *Diritto delle operazioni straordinarie*, 2022

nostro panorama economico⁵. Importanza che viene evidenziata anche dalla diffusione di queste nella prassi e nella giurisprudenza⁶.

Per tale motivo, gli operatori del settore non si sono potuti esimere dal provare a definire tale nebuloso concetto⁷. Nel nostro sistema, a differenza degli ordinamenti stranieri⁸, non è presente né una norma che fornisca una definizione generale di operazioni straordinarie né un catalogo delle medesime.

Il concetto di operazioni straordinarie nel nostro ordinamento è a geometria variabile, dal momento che, in base alla concezione dell'interprete, questa si amplia o si restringe, prevedendo figure che spesso si fa fatica a qualificare come tali⁹. La locuzione operazioni straordinarie ricomprende un insieme di vicende, tra loro eterogenee, relative alla vita dell'impresa, accomunate dal fatto di essere tutte annoverate come non ordinarie¹⁰, queste costituiscono un "microcosmo" sia giuridicamente che economicamente, nel quale convivono operazioni tra loro strutturalmente e teleologicamente eterogenee¹¹.

Dunque, proprio tale concetto di ordinarietà, più specificatamente il binomio "ordinario/straordinario", costituisce il punto di partenza di questa analisi¹².

A tal fine, non essendoci una norma che fornisca una nozione precisa e tassativa¹³ di operazioni straordinarie, risulta più agevole definire tale concetto in negativo: è straordinario tutto ciò che non è ordinario. In verità, tale approccio fa sì che ad essere definito sia solamente il concetto di ordinario¹⁴.

Il concetto *testé* riportato attiene all'attività che l'impresa svolge "durante il suo esercizio normale"¹⁵. Al fine di comprendere meglio tale criptica espressione, appare dirimente far riferimento agli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione dell'impresa.

⁵ *Ibid*

⁶ F. PAPARELLA, *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI, 2009

⁷ M. DI SIENA, *Il principio di neutralità nella circolazione di compendi aziendali*, 2017

⁸ Esempi sono l'ordinamento tedesco e quello spagnolo

⁹ E. DELLA VALLE, *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, 2018

¹⁰ L. PEVERINI, *Operazioni straordinarie*, in *Diritto tributario delle attività economiche* (a cura di) L. SALVINI, 2021

¹¹ G. ZIZZO, voce *Operazioni societarie straordinarie (dir. trib.)* in *Enc.dir Annali*, 2017;

¹² A. NIGRO, *Diritto delle operazioni straordinarie*, 2022

¹³ G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito di impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale di Diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, 2015

¹⁴ *Ibid*

¹⁵ G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 2022

Il *discrimen* tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione si fonda sul parametro della normalità. Viene infatti considerato normale – e quindi di ordinaria amministrazione – qualsiasi atto che sia la naturale esplicazione dell'attività di impresa, tale da essere l'inevitabile e necessaria conseguenza di quella determinata attività di impresa¹⁶.

Diversamente, si definiscono non normali – e quindi di straordinaria amministrazione – gli atti caratterizzati da un certo grado di eccezionalità rispetto alla canonica realizzazione delle finalità di gestione e come tali idonei ad incidere sulla struttura organizzativa dell'impresa.

Proprio l'analisi del confronto del binomio ordinario/straordinario, calato nel suo precipitato logico del binomio normale/non normale è di ausilio nel delimitare meglio l'area delle operazioni straordinarie.

Nel merito, parte della dottrina qualifica alcune delle operazioni straordinarie come operazioni di riorganizzazione degli assetti societari. Per poter meglio comprendere il perimetro di tale nozione, è opportuno ergere a connotato distintivo proprio l'effetto o oggetto riorganizzativo di tali operazioni.

Le operazioni straordinarie, infatti, consistono in modificazioni strutturali, talvolta molto profonde dell'assetto societario allo scopo di affrontare situazioni di crescita ovvero di crisi di mercato¹⁷. Si tratta di modificazioni dell'assetto proprietario, della forma giuridica, e/o dell'organizzazione effettiva delle imprese. Esse sono lo strumento attraverso cui l'impresa pone in essere quei cambiamenti strutturali che non sono compatibili con gli strumenti, i ritmi e i tempi tipici della gestione ordinaria, lasciando il segno nel percorso evolutivo di un'impresa, senza alterare la complessiva identità e continuità dell'organizzazione dell'impresa¹⁸. Diverso rilievo, invece, è attribuito al profilo economico, giacché un'operazione straordinaria può comportare il radicale mutamento dell'impostazione organizzativa e statutaria.

¹⁶ A. NIGRO, *Diritto delle operazioni straordinarie*, 2022

¹⁷ G. CORASANITI, voce *Operazioni straordinarie* [dir.trib.] Enciclopedia giuridica Treccani, 2015

¹⁸ A. TAMBORRINO, *Le operazioni straordinarie: profili civilistici, giuslavoristici, fiscali, contabili e valutativi*, 2004

Le operazioni straordinarie possono assumere una duplice veste: occasione di superamento di momenti di difficoltà ed espressione autentica di programmi volti allo sviluppo, espansione e crescita dell'impresa¹⁹.

Questo elaborato, al fine di un'argomentazione più sistematica, segue la tradizionale *summa divisio*²⁰ che suole dividere le operazioni straordinarie in due macrocategorie: le operazioni sui beni, da un lato, e le operazioni sui soggetti, dall'altro, potendo così mettere in evidenza la relativa contrapposizione fra il principio di neutralità e quello di realizzazione delle operazioni. Con riferimento alle operazioni sui beni, esse sono tendenzialmente "realizzative", ovverosia operazioni che determinano attraverso fattispecie traslative di beni l'emersione di una plusvalenza o minusvalenza dal punto di vista impositivo²¹. Tali operazioni si caratterizzano per il fatto che il dante causa produce reddito soggetto ad imposta, eventualmente anche dovuto a plusvalenze ma l'avente causa può ottenere un vantaggio portando in detrazione sulle costo fiscale attraverso meccanismi di maggior ammortamento fiscale o di minori tasse da pagare.

D'altro canto, le operazioni sui soggetti sono considerate "neutrali", ovverosia operazioni che tradizionalmente sono definite come riorganizzative²², giacché producono una mera modificazione del contratto sociale originario senza che vi siano implicazioni traslative e per tale motivo non sono in grado di modificare il valore fiscalmente riconosciuto del patrimonio aziendale²³. Vi rientrano in questa categoria fusioni, scissioni e trasformazione. Preso atto della loro ineludibile eterogeneità, al fine di una migliore comprensione, è preferibile che le operazioni in esame vengano trattate singolarmente per l'illustrazione del relativo regime fiscale ai fini delle imposte dei redditi a mente degli artt. 170 ss. del d.p.r. 22 dicembre 1986, n.917 (di seguito "TUIR").

Il regime fiscale applicabile ai fini dell'imposta dei redditi non detta regole derogatorie o innovative rispetto alle regole generali che informano la

¹⁹ *Ibid*

²⁰ F. PAPARELLA, *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI, 2009

²¹ *Ibid*

²² G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, 1996

²³ G. ZIZZO, voce *Operazioni societarie straordinarie (dir.trib.)* in *Enc.dir Annali*, 2017; R.LUPI, *Caratteri generali delle operazioni straordinarie*

determinazione del reddito di impresa, ma piuttosto sono modalità di attuazione degli stessi²⁴. Ai nostri fini, è utile distinguere le vicende in due macrocategorie: “realizzative” e “neutrali”. Questa distinzione si fonda sulla sussistenza o meno di una fattispecie traslativa dei beni²⁵. Si considerano “realizzative” quelle operazioni che determinano l’emersione di una plusvalenza o minusvalenza dal punto di vista impositivo, tipiche operazioni “realizzative” sono le operazioni sui beni. Il concetto di fattispecie traslativa dei beni stabilito dal legislatore è strettamente correlato alla disciplina civilistica dei singoli istituti, quando tramite essi si realizzi o meno una vicenda traslativa. Nell’ordinamento tributario, infatti, tale concetto non si traduce nella sola cessione ma anche in altri atti di disposizione.

“Neutrali”, invece, sono quelle operazioni che tradizionalmente vengono definite come riorganizzative²⁶, giacché producono una mera modificazione del contratto sociale originario senza che vi siano implicazioni traslative, e per questo non sono in grado di modificare il valore fiscalmente riconosciuto del patrimonio aziendale. Vi rientrano in questa categoria le operazioni sui soggetti.

Una volta illustrato il quadro generale delle operazioni straordinarie nel nostro sistema, preso atto della forte eterogeneità che caratterizza le singole operazioni, è opportuno illustrare la disciplina civilistica e fiscale di alcune di queste operazioni. L’illustrazione tiene fede di quella che è la tradizionale divisione operata dalla dottrina, avendo ad oggetto sia operazioni sui beni (cessione d’azienda e conferimento d’azienda) che operazioni sui soggetti (trasformazioni, fusioni e scissioni). Inoltre, il recepimento nel nostro ordinamento dei principi contabili internazionali non ha fatto altro che rendere ancor più ardua questa attività di *reductio ad unum*. Sul tema, l’IFRS 3²⁷, adotta un paradigma differente da quello che viene adottato tradizionalmente, dividendo le operazioni tra *business combination* e *business combination under common control*. Infatti, secondo i principi contabili internazionali, i quali adottano il principio *substance over form*,

²⁴ F. PAPARELLA, *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI, 2009

²⁵ R. LUPI, *Profili tributari della fusione di società*, 1989

²⁶ A. FANTOZZI, F. PAPARELLA, *Le operazioni straordinarie nelle imposte sui redditi*, in *Lezioni di diritto tributario dell’impresa*, 2014

²⁷ Acronimo di *International Financial Reporting Standards*

la natura giudica dell'operazione è del tutto irrilevante²⁸. Condizionando così la modifica della rappresentazione contabile solamente al verificarsi del trasferimento di controllo. Infine, si può affermare che i tentativi della dottrina di fornire una nozione unitaria di operazioni straordinarie sotto il profilo giuridico-fiscale, si può considerare insoddisfacente²⁹.

Un'ultima precisazione che tuttavia meriterebbe un autonomo approfondimento ma per ragioni contestuali lo si riserva ad altra sede, attiene alla tassazione delle operazioni straordinarie nelle imposte indirette. Invero, ai fini IVA, le operazioni straordinarie non rilevano per l'applicazione dell'imposta. Esse, infatti, sono estranee alla *ratio* del tributo, il quale si pone l'obiettivo di colpire il consumo dei beni e servizi³⁰.

Ne sono vivo esempio le cessioni e i conferimenti di azienda, le quali sono espressamente ricomprese dal legislatore tra le operazioni non soggette. Medesimo discorso è applicabile ai passaggi di beni in dipendenza di trasformazioni, fusioni e scissioni.

1.2 Cessione d'azienda

Posto che nell'ordinamento tributario non è presente una nozione specifica di azienda, l'esame della disciplina fiscale dell'operazione di cessione di un compendio aziendale deve necessariamente trovare il proprio punto di partenza nell'analisi delle disposizioni di matrice civilistica³¹. Ai sensi dell'art. 2555 c.c. l'azienda è "*il complesso di beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*", ovvero sia quell'apparato strumentale che l'imprenditore utilizza per svolgere le proprie attività finalizzato alla produzione di beni o servizi³².

²⁸ M.PELLECCCHIA, *Le operazioni straordinarie*, in *Manuale di diritto tributario* (a cura di) G. MELIS, 2023

²⁹ *Ibid*

³⁰ L.PEVERINI, *Operazioni straordinarie*, in *Diritto tributario delle attività economiche* (a cura di) L. SALVINI, 2021

³¹ R.LUPI, *La fiscalità delle operazioni straordinarie di impresa*, Milano, 2002, p.64

³² G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2004, p.58

Inoltre, è necessario interrogarsi sulla natura giuridica dell'azienda, poiché convivono due distinte teorie dottrinali: la teoria unitaria e la teoria atomistica³³, ove:

– per la prima, l'azienda sarebbe un bene unitario, separato dai singoli elementi che fanno parte del complesso e verrebbe qualificata come *universitas*;

– per la teoria atomistica, invece, l'azienda consisterebbe una semplice pluralità di beni, i quali si connettono all'imprenditore in virtù di diritti eventualmente diversi ma allo stesso tempo coordinati tra di loro per l'esercizio dell'attività di impresa³⁴. Di conseguenza, secondo tale interpretazione, il complesso aziendale non sarebbe un bene distinto dai suoi componenti e il suo titolare non avrebbe alcun diritto reale sul complesso, a differenza dei diritti sui singoli beni aziendali³⁵.

Chiariti i principi posti a fondamento della configurazione di una azienda, vale altresì evidenziare che in plurime posizioni interpretative l'Amministrazione Finanziaria ha precisato che tale insieme di beni deve essere inteso in senso unitario, orientandosi così verso la dimensione statico oggettiva³⁶.

In merito, il Ministero delle Finanze³⁷ ha affermato che *“il termine ‘aziende’ (...) va inteso in senso ampio, comprensivo cioè anche delle cessioni di complessi aziendali relativi a singoli rami dell'impresa. (...) la cessione deve riguardare l'azienda o il complesso aziendale nel suo insieme, quindi quale universitas di beni materiali, immateriali e di rapporti giuridico economici suscettibili di consentire l'esercizio dell'attività d'impresa e non i singoli beni che compongono l'azienda stessa”*.

Quindi sostenendo che sia in una prospettiva civilistica che fiscale l'azienda deve essere considerata quale *unicum* e deve essere considerata come tale anche al momento del suo trasferimento; come corollario il corrispettivo di vendita deve essere unitariamente considerato senza distinzione tra le specifiche componenti ed a prescindere dagli specifici regimi tributari applicabili ai singoli *assets*.

³³ R. PERROTTA-G. DAREGNANI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999, p.6

³⁴ F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale*, vol. III, Padova, 1978, p.2854

³⁵ G.CIAN-A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2004, p.2854

³⁶ A. DI DIO, *la cessione, la permuta ed il conferimento di compendi aziendali*, in E. DELLA VALLE-V. FICARI, L. MIELE (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, Torino, 2018,

³⁷ Circolare 19 dicembre 1997, n. 320/E del Ministero delle Finanze

Come affermato dalla giurisprudenza³⁸, elemento costitutivo dell'azienda non è lo svolgimento in concreto dell'attività, ma semplicemente la possibilità di svolgerla, dovendo quindi sussistere in capo al soggetto quella organizzazione dei beni strumentali atti ad integrare tale potenzialità.

Come ulteriore principio generale, l'attribuzione al complesso di beni della qualifica "azienda" non può dipendere dalla (mera) rappresentazione soggettiva dei beni in capo ai contraenti. In altre parole, il solo fatto che le parti ritengano che un'azienda sia esistente non è sufficiente per affermare l'esistenza della stessa. La volontà delle parti non può elevare ad azienda ciò che non è tale³⁹.

Semplificando, la disciplina prevista per la cessione d'azienda potrà rendersi concretamente applicabile solo ove, a prescindere dalla volontà delle parti di trasferire un complesso aziendale, si possa effettivamente considerare oggettivamente tale la pluralità dei componenti che si intendono alienare. In definitiva, è possibile sostenere che i) è irrilevante la qualificazione soggettiva del cessionario, essendo indifferente la circostanza che egli rivesta o meno la qualifica di imprenditore; ii) altresì è ininfluenza la volontà delle parti di qualificare o meno un determinato compendio di beni in termini di azienda, posto che la volontà privata non può attribuire o privare di tale qualità. L'azienda raggruppa un insieme di cespiti, che rilevano pertanto autonomamente in ragione del solo profilo oggettivo⁴⁰.

A differenza delle operazioni sui soggetti, per le quali vige il principio della neutralità fiscale quale corollario della natura intrinseca di tali operazioni che si caratterizzano per essere meramente riorganizzative e quindi per l'assenza di un trasferimento in senso tecnico, nella cessione di azienda a titolo oneroso non vi sono ragioni per rinviare la tassazione sulle plusvalenze emergenti in esito al trasferimento che viene effettuato⁴¹.

Infatti, questa operazione genera tendenzialmente materia imponibile soggetta a tassazione.

³⁸ Cass. 19 luglio 1991, n. 8032

³⁹ F. VASSALLI, *Trattato di diritto civile*, 1974, p. 742

⁴⁰ E. DELLA VALLE-V. FICARI-G. MARINI, *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, Torino, 2009, p. 65

⁴¹ *ibid*

Elemento che assume piena centralità nell'operazione, quale che sia la visuale proposta, è dunque, il corrispettivo pattuito dalle parti in sede di cessione d'azienda e, pertanto, il prezzo concordato in sede di cessione⁴².

Tale importo, oltre alla valorizzazione economica delle singole componenti costituenti il compendio, tiene normalmente conto dell'avviamento, considerato come quella qualità dell'azienda, consistente nel suo maggior valore rispetto alla somma dei singoli beni aziendali o nel rapporto di complementarità economica tra beni aziendali idoneo ad attribuire all'azienda una "capacità di profitto", che fa acquistare al compendio aziendale un valore di mercato superiore al valore netto patrimoniale⁴³. In altri termini, per avviamento si è soliti intendere quella attitudine a produrre utili in misura superiore a quella ordinaria; tale attitudine può derivare da fattori specifici che, pur concorrendo positivamente alla produzione del reddito ed essendosi formati nel tempo in modo oneroso, non hanno un valore autonomo ovvero da incrementi di valore che il complesso dei beni aziendali acquisisce rispetto alla somma dei valori dei singoli beni, in virtù dell'organizzazione dei beni in un sistema efficiente ed idoneo a produrre utili⁴⁴.

Ai fini fiscali, nella prospettiva del soggetto cedente la componente reddituale che si determina in sede di cessione può determinare una plusvalenza ovvero una minusvalenza⁴⁵.

Tale componente è unica e commisurata all'azienda intesa nel suo complesso; in altri termini, come precedentemente detto, non si determinano tante plusvalenze o minusvalenze quante sono le componenti che compongono l'azienda.

Siffatto elemento è, quindi, un valore differenziale che emerge dal confronto tra il corrispettivo ricevuto, da una parte, ed il valore netto contabile del patrimonio ceduto dall'altra⁴⁶.

Ove positivo, lo stesso risulterà rilevante nella prospettiva tributaria e conseguentemente soggetto ad imposizione come plusvalenze patrimoniali a mente dell'art. 86 TUIR, secondo cui la plusvalenza è costituita dalla differenza tra il corrispettivo conseguito, al netto degli oneri accessori di diretta imputazione, ed il

⁴² T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1962, p.218

⁴³ G. AULETTA, voce *Avviamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 19

⁴⁴ L.POTITO, *Le operazioni straordinarie nelle economie delle imprese*, Torino, 2020, p.8 ss.

⁴⁵ Principio Contabile 12 dell'Organismo Italiano Contabilità (OIC)

⁴⁶ L.POTITO, *Le operazioni straordinarie*, 2020

costo non ammortizzato. A tale principio soggiace anche la plusvalenza realizzata unitariamente mediante cessione a titolo oneroso delle aziende, compreso il valore di avviamento, ai sensi dell'art. 86.2 TUIR.

Qualora, al contrario, dall'operazione emerga una componente negativa, saremo di fronte ad una minusvalenza, disciplinata dall'art. 101 TUIR, secondo cui *“le minusvalenze dei beni relativi all'impresa, diversi da quelli indicati negli articoli 85, comma 1, e 87, determinate con gli stessi criteri stabiliti per la determinazione delle plusvalenze, sono deducibili se sono realizzati ai sensi dell'art. 86, commi 1, lettere a) e b), e 2”*.

Individuati i metodi che sono necessari per la quantificazione di questa componente reddituale, nel caso in cui sorgesse una plusvalenza essa sarebbe assoggettabile ai presenti regimi tributari:

- a) il regime ordinario, disciplinato dagli artt. 58 (in tema di plusvalenze) e 86 (in tema di plusvalenze patrimoniali) del TUIR, rispettivamente riferibili alle imprese individuali/ società di persone ovvero alle società di capitali ed agli enti equiparati;
- b) il regime della tassazione differita disciplinato dall'art. 86.4 TUIR;
- c) il regime della tassazione separata, in alternativa al già menzionato art. 86.4, TUIR, disciplinato dall'art. 17, lett. g) TUIR e applicabile ai soli imprenditori individuali.

Il regime di tassazione ordinaria *ex art. 86 TUIR*, ovvero sia il regime applicabile residuale che assoggettata una determinata componente reddituale ove non si scelga per un regime ulteriore, afferma che le plusvalenze, comprensivo del valore di avviamento, vengono poste in essere a titolo oneroso per la cessione di un'azienda ed allo stesso tempo costituiscono l'intero del reddito nell'esercizio in cui si sono verificate in ossequio al principio di competenza che informa la determinazione del reddito d'impresa⁴⁷. Inoltre, per la determinazione dell'esercizio di competenza, a mente del comma 2 dell'art. 109 TUIR, i corrispettivi ricevuti per la cessione d'azienda vengono considerati come se

⁴⁷ A. DI DIO, *La cessione, la permuta ed il conferimento di compendi aziendali*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, G. MARINI, L. MIELE, 2018

venissero incassati al momento della stipulazione dell'atto "ovvero, se diversa o successiva, alla data in cui si verifica l'effetto traslativo o costitutivo della proprietà o di altro diritto reale". Questo comporta, in realtà, che per quanto concerne le modalità di concreta riscossione del prezzo, queste non inficeranno sull'operabilità del principio di competenza.

In aggiunta, il regime in menzione, a mente del richiamo operato dall'art. 56 TUIR, può essere applicato anche all'imprenditore individuale o alle società di persone che svolgono attività commerciale. L'art. 56 TUIR sancisce che il reddito di impresa viene calcolato mediante le regole previste in tema di base imponibile delle società ed enti commerciali residenti.

Per giunta, giova menzionare il c.d. regime differito, disciplinato dall'art. 86, comma 4. Tale regime si sostanzia nell'opportunità che, nel caso in cui l'azienda sia stata posseduta per un periodo non inferiore a tre anni⁴⁸, la plusvalenza che sorge dalla cessione, a discrezionalità del contribuente, è imponibile in quote costanti nell'esercizio stesso ma non oltre il quarto. Di fatto, si può, qualora si configuri il requisito temporale, spalmare la componente positiva su più periodi d'imposta.

In questo modo, essenzialmente, è possibile qualificare il reddito come se fosse a formazione pluriennale della plusvalenza, dunque permettendo di frazionarne gli effetti per la determinazione della base imponibile.

Inoltre, ai fini dell'applicazione dell'appena menzionata normativa, è necessario optare, nel momento in cui si ottempera al proprio dovere dichiarativo, per la tassazione differita. Qualora non venga depositata la dichiarazione dei redditi, si ha l'effetto per cui la plusvalenza, in maniera ordinaria, torna ad essere parte costitutiva del reddito per il suo intero ammontare nell'esercizio in cui è verificata.

Difatti, nel momento in cui il contribuente dovrà compilare la propria dichiarazione dei redditi, sarà tenuto ad agire in questa maniera:

- una variazione in diminuzione dell'utile civilistico per un ammontare pari alla plusvalenza realizzata mediante la cessione d'azienda;
- una successiva sua variazione in aumento per la frazione della plusvalenza

⁴⁸ M. CONFALONIERI, *Trasformazione, fusione, conferimento, scissione e liquidazione delle società*. Milano, 2007, p.485

che deve concorrere a tassazione.

Pertanto, la stessa variazione in aumento dovrà far parte delle dichiarazioni degli anni a seguire, fino al momento in cui non vi sia stata la consumazione delle rimanenti parti della componente straordinaria.

In fine, è necessario che la scelta di questo particolare regime impositivo emerga dalla dichiarazione dei redditi del periodo d'imposta nel quale, in ossequio delle regole previste per il calcolo del reddito di impresa, la plusvalenza viene considerata come imponibile.

La posizione del cessionario ai fini dell'imposizione sui redditi

Il prezzo che vien corrisposto dall' acquirente, nell'ottica di chi acquista, funge da criterio. Esso, difatti, consente che si verifichi la fuoriuscita, da un punto di vista quantitativo, di una componente reddituale mediante il confronto con il valore fiscale dell'azienda ceduta. Viceversa, il prezzo rappresenta il costo fiscale che deve essere imputato all'azienda, che dal punto di vista del cessionario, deve essere distribuito tra i vari beni che uniti costituiscono il compendio aziendale.

Infatti, questa sarà la base su cui chi ha acquistato farà i conti circa i futuri ammortamenti ed allo stesso tempo stabilirà le plusvalenze o le minusvalenze nel caso in cui si verifichi una cessione dei singoli beni in futuro⁴⁹.

Da ciò si evince che la questione che richiede più attenzione per l'avente causa è la maniera in cui questo costo fiscale deve essere distribuito tra i singoli beni ricevuti. Giova comunque rammentare, che tendenzialmente il prezzo stabilito è maggiore della somma dei valori netti dei singoli cespiti.

In questi casi, il cessionario può:

- a) prendere in carico i diversi beni allo stesso valore a cui è iscritto nella contabilità del cedente, distribuendo la parte residua della somma stabilita all'immobilizzazione immateriale "avviamento";

⁴⁹ A. DI DIO, *La cessione, la permuta ed il conferimento di compendi aziendali*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, G. MARINI, L. MIELE, 2018

- b) diversamente, distribuire il costo fiscale dell'azienda incurante dai valori che questi cespiti avevano in capo al dante causa, nel caso mediante rivalutazione.

Considerando ciò che invece accade nella prassi, sembra opportuno sottolineare che le parti, spesso e volentieri, nel contratto di cessione sia segnalato il prezzo per gli specifici corrispettivi assegnati ai beni d'impresa presi singolarmente.

Questi accordi non fanno altro che essere considerati come la base con cui distribuire i valori nel modo più idoneo. Dunque, per quanto riguarda il cessionario, in merito al costo fiscale dell'azienda oggetto di cessione.

Però va segnalato che in casi del genere, il cessionario ha una libertà di scelta molto limitata, giacché solitamente vengono presi in considerazione i beni nella propria contabilità considerando il prezzo che è stato stipulato per il trasferimento.

Ciononostante, non vi è alcun valido fondamento per non rispettare l'obbligo di non discostarsi da quanto stabilito durante la stipulazione del contratto, considerando il fatto che qualora vengano segnati dei valori analitici durante la negoziazione, chi acquista ha ad ogni modo piena discrezionalità nella divisione del costo fiscale dell'*universitas* di cespiti comprati⁵⁰.

In aggiunta, non essendoci un criterio di ripartizione obbligatorio disciplinato dall'ordinamento tributario, nel caso in cui non sia possibile avere questa tipologia di ripartizione, dal momento che i soggetti abbiano deciso di indicare un prezzo unitario dell'azienda come considerata nella sua globalità, il cessionario è totalmente libero di applicarla.

Pertanto, in maniera tendenziale, chi acquista ha la possibilità di distribuire il prezzo corrisposto sui singoli cespiti in maniera totalmente libera. Rimane, comunque, dirimente ricordarsi che, nel rispetto dei principi di ordinaria ragionevolezza e di corretta valorizzazione economica dei beni, il cessionario trova un argine non superabile⁵¹.

⁵⁰ R.LUPI, *Acquisti di aziende: la valorizzazione analitica è superflua e non vincola nell'attribuzione dei valori fiscalmente riconosciuti*, in *Rass. Trib.*, 1994

⁵¹ M.LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, 2014

Essendo queste regole non infrangibili, si sostiene che il cessionario non avrà la possibilità di attribuire agli stessi beni un prezzo superiore a quello ritenuto esatto in sede civile.

Rimane, comunque, imprescindibile la libertà di contrattare fra parti per la quantificazione del valore di cessione di azienda o di ramo d'azienda.

Vige, a tal proposito, il principio per cui in un secondo momento la ripartizione a livello contabile di ciascuna componente aziendale del corrispettivo pattuito non può essere deciso dall'imprenditore cessionario in maniera del tutto arbitraria. Invero, nel caso in cui le parti possiedono una piena libertà di scelta nel decidere il prezzo di cessione, chi acquista sicuramente non avrà una totale discrezionalità nella divisione contabile del costo d'acquisto. Tuttavia, anche in questi casi l'operazione, deve soggiacere al rispetto del criterio della correttezza e della veridicità del bilancio, avendo in questo modo tutti gli elementi attivi e passivi che compongono l'azienda iscritti in bilancio al loro valore reale, resta vietato l'inserimento di poste di bilancio non esistenti o sopravvalutate.

A conclusione, si ritiene che il cessionario non abbia la possibilità di compiere una valutazione scevra e del tutto svincolata da riferimenti diversi, considerando che l'Agenzia delle Entrate avrebbe il potere di far disconoscere una distribuzione compiuta posta con il solo obiettivo di traslare porzioni di costo fiscale dei beni dal periodo di ammortamento più lungo a cespiti a più elevato utilizzo.

Giova ulteriormente menzionare il caso relativo al trattamento fiscale del c.d. *badwill* (o avviamento negativo), esso ha ad oggetto il caso in cui il prezzo di cessione dell'azienda è inferiore al valore netto contabile trasferito. Astrattamente, appare davvero insolito che sia possibile comprare un ramo d'azienda ad un prezzo inferiore al valore del patrimonio netto contabile, questo però è possibile tendenzialmente in due casi: se si è realizzato un buon affare o nel caso in cui vi sono fondati sospetti di perdite future, le quali saranno in seguito in capo a chi acquista⁵². Invero, in quest'ultimo caso, i risultati negativi intaccheranno il valore

⁵² A. DI DIO, *La cessione, la permuta ed il conferimento di compendi aziendali*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, G. MARINI, L. MIELE, 2018

del patrimonio aziendale a seguito dell'operazione, realizzando una riduzione della somma che chi acquista paga al fine di essere proprietario del cespite aziendale.

Pertanto la somma di tutte perdite che il ramo d'azienda appena acquisito sopporta negli esercizi appena successivi alla compravendita, fino a quando la nuova proprietà sia in grado di ristabilire un andamento positivo, funge da "sconto" sul prezzo pagato per il ramo d'azienda, la quale prende le forme dell'iscrizione di una posta contabile, avente natura di passività potenziale nel bilancio del cessionario, per maggior esattezza nella voce Fondi rischi e oneri, sub B del passivo dello stato patrimoniale, come disciplinato in virtù dell'art. 2424 c.c. senza che la voci transiti per il conto economico.

Dunque, questo fondo rischi generici sarà chiamato a partecipare in maniera metodica alla costituzione del reddito come componente positiva di reddito, fino al suo esaurimento, in ciascun periodo di imposta nei svolge la funzione di coprire delle perdite subite.

Risulta, però, molto importante sottolineare che esiste un'eccezione alla regola generale della realizzazione è quella disciplinata all'art.58.1 TUIR, per cui *“il trasferimento d'azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenza dell'azienda stessa; l'azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa. I criteri di cui al periodo precedente si applicano anche qualora, a seguito dello scioglimento, entro cinque anni dall'apertura della successione, della società esistente tra gli eredi, la predetta azienda resti acquisita da uno solo di essi.*

In questi casi l'operazione di trasferimento del complesso aziendale è assoggettata al regime di neutralità, non determinando alcuna emersione di un componente reddituale.

Inoltre, si sottolinea che la formulazione dell'art. 58 TUI, per come è attualmente, è molto ampia, facendo rientrare nel suo ambito di applicazione le donazioni di azienda non realizzate a favore dei soli familiari, al contrario di quanto era stato dettato dal previgente art. 54.5 TUIR. Difatti, il campo applicativo della norma in menzione risulta essere molto ampio. Ad esempio, non è obbligatorio né che il donatario sia un familiare del dante causa né che continui nell'esercizio dell'attività

di impresa che veniva precedentemente svolta per essere in grado di agevolarsi del regime di neutralità fiscale.

Per quanto concerne quanto affermato dall' art. 67.1 lett. h-bis TUIR, i “*le plusvalenze realizzate in caso di successiva cessione, anche parziale, delle aziende acquisite ai sensi dell’art. 58*” sono qualificate come redditi diversi. Tra l’altro, questa categoria reddituale può essere applicata soltanto se i beneficiari non continuano nell’attività del dante causa. In questo caso il reddito sarebbe inglobato dalla categoria reddituale dei redditi d’impresa, rimanendo da applicare le limitazioni d’ imposta a mente del comma 1 dell’art. 67 TUIR la quale in maniera esplicita afferma la il bisogno che essi questi non si devono configurare nell’esercizio delle imprese commerciali.

Il quadro normativo sin qui delineato permette di fare le presente conclusioni:

- favorisce il passaggio generazionale dell’azienda, sia a titolo di donazione che a titolo di successione per causa di morte, da parte dell’imprenditore individuale a terze persone fisiche, al fine di favorire la continuazione dell’attività di impresa senza gravarla di un carico fiscale eccessivamente oneroso;
- il momento rilevante ai fini dell’emersione di materia imponibile, viene fatta ricadere nella successiva, eventuale, cessione dell’attività. (i.e. la plusvalenza così realizzata).

La cessione del compendio aziendale, *repetita iuvat* si può verificare per mezzo di molteplici alternative che hanno il medesimo obiettivo. Addirittura, questa operazione potrebbe avvenire anche per mezzo di una permuta, nel caso in cui la somma pagata per l’acquisto di una azienda sia rappresentato non già da una somma di denaro, ma da un bene.

Per quanto concerne questi casi., l’ultimo periodo del comma 2 dell’art. 86 TUIR sostiene che, qualora siano la contropartita sia composto da beni ammortizzabili, anche se uniti compongono un complesso o ramo aziendale, la plusvalenza che viene tassata si compone come unica voce dal possibile conguaglio in denaro ottenuto, sempre nel caso in il bene che si è avuto in contropartita sia iscritto in

bilancio al medesimo valore riconosciuto da un punto di vista fiscale che aveva il bene ceduto.

Questa norma è da qualificare come di natura agevolativa, dal momento che è in deroga ai principi generali i quali, nel caso in cui venissero applicati, porterebbero all'individuazione di una componente positiva che si comporrebbe della differenza tra il valore normale del cespite appena ottenuto ed il valore non ammortizzato del bene oggetto di permuta a cui si aggiungerebbe il possibile conguaglio in denaro. Invero, il fatto che sia presente una specifica in merito al corrispettivo della cessione, il quale si deve comporre unicamente di beni ammortizzabili anche nel caso in cui un compendio aziendale, debba essere costituito esclusivamente da beni ammortizzabili, fa sì che si pensi implicitamente che, in caso di scambio di cespiti non ammortizzabili, la plusvalenza venga qualificata in relazione al valore normale del bene ricevuto, a mente di quanto sancito dall'art. 9 TUIR, con l'aumento o la diminuzione del possibile conguaglio in denaro (non essendoci comunque l'opportunità di applicare la normativa prevista dall'art. 86 TUIR). Infine, qualora sia oggetto di permuta l'unica azienda, è possibile sostenere che non si possa applicare il predetto regime, giacché la disposizione necessita che vi sia l'iscrizione in bilancio del cespite ricevuto in permuta.

Rettifica del prezzo di cessione

Giova menzionare in questa trattazione un tema molto delicato, ovvero la possibilità di rettifica del prezzo di cessione da parte dell'Agenzia delle Entrate.

In questo caso il Fisco può avvalersi del valore di mercato che è stato accertato per la quantificazione dell'imposta di registro anche in sede di quantificazione della plusvalenza rilevante ai fini delle imposte dirette⁵³.

È opportuno esaminare che il trasferimento a titolo oneroso del complesso aziendale può essere rilevato sia per l'imposizione sul reddito, nel quale ha un ruolo rilevante il corrispettivo della cessione, ai sensi degli artt. 58 e 86 TUIR, sia per

⁵³ G. PORCARO, D. STEVANATO, *La cessione di azienda*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, (a cura di) R.LUPI, D. STEVANATO

l'applicazione dell'imposta di registro, nel cui ambito applicativo funge da base imponibile il valore del bene ceduto.

Per tale motivo, vi è un forte dualismo tra le norme che concernono l'imposta sui trasferimenti e quelle inerenti alla disciplina dell'imposizione reddituale. Tale dualismo affonda le sue radici nel diverso valore di riferimento utilizzato per calcolare le differenti basi imponibili.

Difatti, nel caso delle imposte sui redditi risulta dirimente fare riferimento al prezzo della cessione, mentre per quanto concerne l'imposta di registro, l'art. 51 del d.P.R. n. 131/1986 fa espressa menzione del prezzo corrente del complesso aziendale.

Da ciò si comprende come la determinazione del valore corrente sia fortemente influenzato da regole estranee rispetto allo *status* come, ad esempio, i dati di mercato. Invece, il prezzo è calato in un contesto intersoggettivo ed è semplicemente la manifestazione delle scelte prese tra le parti in merito al valore economico di un dato bene.

Sorge, dunque, spontaneo chiedersi se, nel caso in cui vi fosse un calcolo delle base imponibile totalmente diversa, il Fisco fosse comunque legittimato ad interpersi nel calcolo della plusvalenza ai fini delle imposte sui redditi in sede di cessione d'azienda utilizzando elementi che tendenzialmente vengono impiegati nella determinazione dell'imposta di registro.

Questo quesito è stato più volte oggetto di pronunce in sede giudiziale, nella quale la Corte di Cassazione si è espressa sul punto con interpretazione a volte discordanti tra loro.

Difatti, all'inizio un orientamento della Suprema Corte⁵⁴ ha sancito la legittimità dell'accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate circa la congruità del prezzo enunciato dal contribuente per la cessione considerando il valore venale dichiarato ai fini dell'imposta di registro. Per questa interpretazione, di fatto, il valore che è stato oggetto di accertamento da parte del Fisco per l'applicazione di un'imposta vincolerebbe la stessa Agenzia.

In seguito, la Corte di Cassazione⁵⁵ è giunta ad una interpretazione opposta, nella quale è stato affermato che non vi è alcun collegamento automatico fra il valore

⁵⁴ Cass. Sez. Trib, 22 marzo 2002, n. 41117

⁵⁵ Cass. Sez. Trib, 8 agosto 2005, n. 16700

dell'azienda ed il corrispettivo fissato liberamente dalle parti, sostenendo che la prova del fatto che il valore del bene sia maggiore del prezzo accordato tra le parti potrebbe essere soltanto un segnale di un ipotetico aggiramento del prezzo reale, che nel caso andrebbe sostenuto da altri elementi, dal momento che autonomamente non è giustificativo di un accertamento induttivo il quale avrebbe l'obiettivo di ribaltare i risultati e verificare che la contabilità venga tenuta regolarmente dal contribuente.

Da ultimo sempre Corte di Cassazione⁵⁶, ha sancito che per quanto riguarda l'accertamento delle imposte sui redditi, il Fisco ha la possibilità di procedere in maniera induttiva all'accertamento del reddito da plusvalenza patrimoniale realizzata a seguito di una cessione d'azienda, facendo tesoro dell'accertamento di valore svolto nel momento dell'applicazione dell'imposta di registro. Inoltre, è il contribuente che ha l'onere di superare la presunzione di corrispondenza che sussiste tra la somma guadagnata ed il valore di mercato che è stato accertato definitivamente al momento dell'applicazione dell'imposta di registro, dando prova di avere in concreto venduto ad un prezzo inferiore.

Quest'ultima pronuncia giurisprudenziale desta maggiori dubbi qualora vengano considerate le evidenti distonie da un punto di vista letterale, segno netto di una impostazione differente, delle norme di cui agli artt. 86 TUIR e 52 del d.P.R. n. 131/1986. A tal proposito, la disposizione sull'imposta di registro, fa uso del termine valore, viceversa, per delle imposte dirette, si fa menzione al concetto di corrispettivo conseguito.

Dunque, sembra essere più in armonia con la disposizione normativa l'orientamento della Suprema Corte⁵⁷ che ha messo chiarezza su come un accertamento utilizzato per l'imposta di registro non possa trovare appiglio al mero cambio della somma pattuita rispetto al valore normale calcolato in sede di imposta di registro, dal momento che sarebbe necessario dare prova che il prezzo sia stato parzialmente occultato⁵⁸.

⁵⁶ Cass. Sez. trib. 21 febbraio 2007, n.4057 e 1 giugno 2007, n. 12899

⁵⁷ *ibid*

⁵⁸ M. BEGHIN *il trasferimento dell'azienda e l'imposizione sulle plusvalenze nei recenti arresti giurisprudenziali: alla ricerca di punti fermi e di schemi generali di ragionamento*, in *Riv. Dir. Trib.*, n.2

Invero, questo orientamento sarebbe l'unico ad essere in armonia con il principio espresso dall'art. 2697 c.c., per cui il Fisco è obbligato, essendo parte attrice sostanziale del rapporto fatto valere in processo, a dare prova degli elementi a base della propria richiesta⁵⁹.

Infine, la cessione d'azienda non rileva ai fini IVA in quanto espressamente esclusa dalla direttiva ma in ossequio al principio di alternatività che vige nel nostro ordinamento l'operazione viene comunque tassata attraverso l'imposta di registro⁶⁰.

Come già affermato in precedenza le operazioni sui beni sono tendenzialmente realizzative ovvero operazioni che determinano attraverso fattispecie traslative di beni l'emersione di una plusvalenza o minusvalenza dal punto di vista impositivo. Tali operazioni si caratterizzano per il fatto che il dante causa produce reddito soggetto ad imposta, eventualmente anche dovuto a plusvalenze ma l'avente causa può ottenere un vantaggio portando in detrazione quel costo fiscale attraverso meccanismi di maggior ammortamento fiscale o di minori tasse da pagare.

1.3 Conferimento d'azienda

Ulteriore operazione sui beni è rappresentata dal conferimento d'azienda, disciplinato dall'art. 176 TUIR. Questa operazione, a differenza della cessione d'azienda, soggiace invece al regime di neutralità fiscale. Nel patrimonio del conferente la partecipazione ricevuta in virtù del conferimento sostituisce l'azienda. La ragione per cui non si verifica l'emersione di plusvalenze o minusvalenze risiede dunque nel fatto che si ritiene che tra conferente e struttura produttiva il rapporto non cessi, ma continui per il tramite della partecipazione ricevuta. Ai fini impositivi, la disposizione in commento impone una forma di

⁵⁹ P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1996

⁶⁰ L. PEVERINI, *Operazioni straordinarie*, in *Diritto tributario delle attività economiche* (a cura di) L. SALVINI, 2021

continuità (salvo optare per il c.d. affrancamento fiscale) di valori tra la posizione del conferente e quella del conferitario⁶¹.

A mente del primo periodo del comma 1 dell'art 176 TUIR “ *i conferimenti di aziende effettuati tra soggetti residenti nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese commerciali non costituiscono realizzo di plusvalenze o minusvalenze*” e a queste norme, in virtù del seconda comma, “ *si applicano anche se il conferente o il conferitario è un soggetto non residente, qualora il conferimento abbia ad oggetto aziende situate nel territorio dello Stato*”

Tale forma di continuità permette al conferente di “*assumere, quale valore delle partecipazioni ricevute, l'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita*” ed al conferitario di subentrare “*nella posizione di quello conferente in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo dell'azienda stessa, facendo risultare da apposito prospetto di riconciliazione della dichiarazione dei redditi dati esposti in bilancio e i valori fiscalmente riconosciuti*”.

Si parla in questi casi di regime biosospensivo, spesso qualificato dalla dottrina come tale⁶², questo permette avvalendosi del regime di continuità dei valori fiscali, che non vi siano salti d'imposta sia per quanto riguarda il conferente dell'azienda che in quella del conferitario.

Rimane, invece, fuori dall'ambito di applicazione della norma in esame l'ipotesi in cui soltanto uno dei due contribuenti interessati all'operazione sia fiscalmente residente in Italia ed il compendio oggetto di cessione sia al di fuori del paese.

Successivamente, i plusvalori o minusvalori che sono temporaneamente sotto effetto del regime di neutralità ai sensi dell'art. 176 TUIR, potranno estrinsecarsi, nel caso di disposizione fatte in seguito aventi come oggetto la partecipazione acquistata dal conferente mediante l'apporto oppure gli elementi patrimoniali che fanno dell'azienda ricevuta dal conferitario.

Inoltre, il regime di neutralità fiscale comporta ulteriori conseguenze, le quali si possono ridurre al *roll over* del requisito dell'anzianità di possesso dell'azienda oggetto di apporto, infatti il comma 4 dell'art. 176 TUIR dispone espressamente

⁶¹ G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito di impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario parte speciale*, 2008

⁶² A. DI DIO, *La cessione, la permuta ed il conferimento di compendi aziendali*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI, L.MIELE, 2018

che “le aziende acquisite si considerano possedute dal soggetto conferitario anche per il periodo di possesso del soggetto conferente. Le partecipazioni ricevute dai soggetti che hanno effettuato i conferimenti si considerano iscritte come immobilizzazioni finanziarie nei bilanci in cui risultavano iscritti i beni dell’azienda conferita”, da ciò si può comprendere che da un lato la partecipazione ricevuta in cambio dal conferente sarà iscritta tra le immobilizzazioni finanziarie dal momento in cui è stata acquisita la proprietà dell’azienda apportata e che sarà considerato come posseduto dal soggetto conferitario “anche per il periodo di possesso del soggetto conferente”.

Questi profili sono molto rilevanti qualora vengano possi in essere atti di disposizione successivamente sia per l’azienda conferita che per la partecipazione ricevuta in cambio dal conferente. In tal caso sarà possibile permettere l’applicazione di istituti quali la rateizzazione dell’eventuale plusvalenza a mente dell’art. 86, comma 4, TUIR (computando in questo modo, per il periodo di detenzione triennale del compendio aziendale, anche quello maturato dal conferente) ovvero della *participation exemption* ex art. 87 TUIR (dovendosi considerare, ai fini del c.d. *minimum holding period*, il possesso già maturato con riguardo al compendio). Inoltre, per l’applicazione di questo regime e della relativa esenzione, è necessario che siano integrati sia il requisito dell’esercizio di un’effettiva attività commerciale che quello della residenza in uno stato differente da quelli a fiscalità privilegiata. Ci si è, inoltre, interrogati sulla possibilità di poter retrodatare sin dal momento immediatamente successivo all’attuazione dell’operazione anche questi due ultimi requisiti. A tal proposito, la dottrina maggioritaria⁶³ si è espressa con favore, considerando quindi integrati i presupposti della residenza e dell’esercizio dell’attività commerciale in capo a società di nuova costituzione solo se si siano realizzati presso il soggetto conferente. Nel caso in cui si sia realizzato il conferimento dell’unica azienda da parte dell’imprenditore individuale, la successiva cessione delle partecipazioni, ex art. 176.2-bis, permetterà l’applicazione il regime dei *capital gains*⁶⁴.

⁶³ V.FICARI, *I conferimenti in società a responsabilità limitata nella riforma tributaria*, in *Rass trib*, 2005

⁶⁴ A. DI DIO, *La cessione, la permuta ed il conferimento di compendi aziendali*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI, L.MIELE, 2018

Conferimento d'azienda ed il cosiddetto affrancamento fiscale dei maggiori valori fiscali

Il conferitario, successivamente alle modifiche apportate dall'art. 176, comma 2-ter, TUIR alle modifiche introdotte nel 2007, ha ottenuto la possibilità di avere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori attribuiti alle immobilizzazioni materiali ed immateriali oggetto dell'azienda ricevuta. Questa opportunità di affrancamento non è prevista per quei beni e/o diritti già nella titolarità del contribuente conferitario *ante* operazione.

Giova affermare che la norma in esame ha ad oggetto le sole immobilizzazioni materiali ed immateriali, escludendo in questa maniera dall'ambito applicativo della norma le immobilizzazioni finanziarie, gli oneri poliennali e tutti i componenti dell'attivo circolante. La disposizione principale che disciplina l'istituto del riallineamento va esaminato con un occhio alla disciplina attuativa prevista dal d.m. 25 luglio 2008. In concreto, il riallineamento fa sì che la conferitaria possa, nel momento della presentazione della dichiarazione concernente l'annualità di esecuzione dell'operazione o di quella immediatamente successiva, a scegliere per il riconoscimento per l'IRPEF, IRES ed IRAP dei maggiori valori iscritti a partire dalle immobilizzazioni materiali ed immateriali, nel quale va incluso l'avviamento iscritto in quanto comprato a titolo oneroso a mente dell'art. 2426, comma 1, n. 6, c.c, in relazione al compendio ricevuto. Di fatto, è possibile ottenere il riconoscimento al pagamento di una imposta sostitutiva la cui base imponibile è composta dai "*maggiori valori attribuiti in bilancio*". Questa imposta risulta essere proporzionale rispetto a questi, ed è del 12% per somme inferiori a 5 milioni di euro, e del 14% per le somme che eccedono tale soglia fino al raggiungimento di 10 milioni di euro, del 16% per le somme che addirittura oltrepassano il predetto limite. Il conferitario non è vincolato a scegliere se attivare o meno l'opzione, potendo pure di ottenere il riconoscimento dei maggiori valori iscritti soltanto parzialmente. Questo istituto si esplica ponendo le sue ragioni di esistere nelle differenze di valore che risultano dal relativo quadro della dichiarazione dei redditi alla fine del periodo d'imposta in cui è stata attivata l'opzione, essa non può essere selettiva giacché deve riguardare in modo uguale tutti gli elementi che

appartengono alla stessa categoria di immobilizzazioni materiali (mentre per le immobilizzazioni immateriali tale regola non trova applicazione). Affinché non vi siano dinamiche di arbitraggio tra l'aliquota dell'imposta sostitutiva e quello dei tributi ordinari sostituiti, è stata comunque prevista una norma di natura antielusiva per cui, assoggettando i maggiori valori ad imposta sostitutiva è possibile considerarli ,ai fini dell'ammortamento , come se fossero in esistenza a partire dal periodo d'imposta in cui è stata esercitata l'opzione, nel caso in cui vi sia stato il realizzo delle immobilizzazioni materiali o immateriali rivalutate prima del quarto periodo d'imposta successivo rispetto a quello in cui vi è stato avvenuto esercizio dell'opzione. Infatti, il costo fiscale viene ridotto dei maggiori valori soggetti ad imposta sostitutiva e del possibile maggiore ammortamento attuato. Pertanto, è possibile sostenere quindi l'esistenza di *recapture* del beneficio quando le attività oggetto di rivalutazione siano svolte nel periodo di sorveglianza previsto. L'imposta sostitutiva pagata fino a quel momento, in tal caso, ha la possibilità di essere scomputata come credito di imposta dalle imposte ordinarie che potrebbero sorgere

Regime di imposizione sostitutiva di cui all'art. 15 d.l. n. 185/2008

Le divergenze fiscali che tipicamente emergono in fase di conferimento meritano un adeguato allineamento ai sensi dell'art.15 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, il quale introduce uno strumento tendenzialmente derogatorio rispetto al tradizionale regime di cui all'art. 176 TUIR.

la novità risiede nel comma 10 di tale disposizione, il quale dispone che ciò che viene conferito possa – in applicazione di un'imposta sostitutiva del 16% – conseguire un maggiore valore fiscale sull'avviamento, i marchi e le altre onerosità immateriali (si tratta di un ambito di applicazione più esteso rispetto all'art. 176 TUIR).

In particolare, dal successivo comma 11 della disposizione in esame, si desume una possibilità di riallineare i valori relativi ad attività ulteriori e non previste dall'art. 176, comma 2-ter, TUIR (i.e., immobilizzazioni finanziari) rilevando come, in tale ipotesi, il contribuente sia tenuto a corrispondere l'imposta nella sua aliquota ordinaria (ovvero nella misura del 20% esclusivamente per i crediti). Tale assunto riduce l'attrattività del presente regime e per tale ragione, non merita un particolare

approfondimento in tal sede. Tuttavia, da un punto di vista effettivo, merita precisare che l'affrancamento integrale o parziale dei maggiori valori iscritti e delle immobilizzazioni immateriali (avviamento, marchi ed altre attività immateriali) non impone alcun obbligo di identificare eventuali categorie tra loro suscettibili di unica modalità di riallineamento. A riguardo, i valori assoggettati ad imposta sostitutiva maggiori, si riconoscono a partire dall'inizio del periodo d'imposta nel corso del quale è pagata l'imposta sostitutiva.

Nel merito, l'interpretazione erariale⁶⁵ dell'art. 15, comma 10, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, prescrive che, con riferimento ai possibili atti realizzativi di beni rivalutati, anche nei confronti della suddetta tipologia di affrancamento trova applicazione il noto periodo di sorveglianza, in coerenza con il disposto dell'art. 176 TUIR. Dunque, si desume che - anche in tale fattispecie - sussista il fenomeno di *recapture* del beneficio ove i beni siano realizzati prima del quarto periodo d'imposta successivo a quello di avvenuto versamento dell'imposta sostitutiva.

Non elusività dell'alienazione da parte della conferente della partecipazione nella conferitaria in esito al conferimento d'azienda.

È importante soffermarsi sul fatto che Il comma 3 dell'art. 176 TUIR sancisca a chiare lettere che non si integra una condotta abusiva allorquando il contribuente che conferisca in neutralità un compendio aziendale a beneficio di una società conferitaria di cui successivamente ne ceda le partecipazioni avvalendosi del molto favorevole regime di esenzione parziale *participation exemption*, ex art. 87 TUIR. Nonostante la norma richiami all'ambito applicativo dell'art. 37-bis, d.P.R. 600/1973 , si ritiene che ad oggi si debba far riferimento all'art. 10-bis l.n. 212/200 È chiara la *ratio* che soggiace a tale disposizione: il Legislatore non vuole che venga considerata come abusiva rispetto al regime ordinario la monetizzazione in regime di esenzione quasi totale delle plusvalenze latenti sul compendio⁶⁶. Si ritiene che tale norma si possa giustificare data la natura bisospensiva dell'apporto del conferimento, chi conferisce non può ottenere maggiori valori fiscali.

Difatti, il fatto che sia stata prevista dalla legge un'esplicita esclusione di abusività di ogni sfaccettatura di questa sequenza negoziale ha una rilevanza però circoscritta

⁶⁵ Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 28/E del 2009

⁶⁶ A. DI DIO, *La cessione, la permuta ed il conferimento di compendi aziendali*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, G. MARINI, L. MIELE, 2018

alla sola imposizione sui redditi. Ad oggi, nella pronunce dell’Agenzia delle Entrate e della giurisprudenza di legittimità si sostiene un’interpretazione per cui questa combinazione, è lecita da per la tassazione diretta, ma allo stesso tempo compirebbe un comportamento abusivo per quanto concerne la tassazione indiretta, giacché permette che la cessione di azienda, in astratto assoggettata ad imposizione proporzionale, muti in una sequenza negoziale di due atti soggetti al tributo in misura fissa.

Tuttavia, in questo modo il Fisco si potrebbe appigliare all’art 20 del D.P.R. n. 131/1986, ai fini di riqualificare l’intera operazione in una cessione d’azienda⁶⁷. Tale questione, modificata dalla l. n. 205/2017, ha subito un ridimensionamento della sua portata applicativa.

Responsabilità per debiti tributari del cessionario d’azienda

Successivamente risulta molto rilevante esaminare come il cessionario, in un caso di cessione d’azienda, possa, ai sensi dell’art. 14 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, essere ritenuto responsabile delle obbligazioni in solido, ad eccezione del *beneficium excussioni* del cedente ed entro i limiti del valore dell’azienda.

Questo potrebbe essere chiamato in solido, *in primis*, per il pagamento sia dell’imposta e che delle sanzioni connesse alle violazioni compiute durante l’anno in cui c’è stata la cessione e nei due precedenti.

Inoltre, per quanto riguarda le sanzioni già emesse e contestate durante lo stesso periodo di prima, anche se hanno ad oggetto violazioni commesse in un periodo anteriore.

Tutto sommato, questa responsabilità nei confronti del Fisco da parte del cessionario può essere attenuata nel caso in cui ottenga la certificazione per i carichi pendenti, a mente dell’art. 14 del d.lgs. n. 472/1997.

Questo non sarà utilizzabile nei casi in cui è stata attuata in frode dei crediti tributari,

⁶⁷ Cass. n. 8542/2016

Di fatto, questo certificato ha la funzione di segnare le possibili pendenze del cedente ancora in esistenza, le quali sorgono dagli eventuali provvedimenti impositivi notificatigli.

Questa certificazione, nei casi di cessione di azienda viene rilasciato entro 40 giorni dalla data in cui la richiesta giunge all'Ufficio corretto.

Qualora vi sia il mancato rilascio della certificazione entro il termine di 40 giorni, vi è un effetto liberatorio nei confronti del cessionario.

In conclusione, giova ricordare che l'operazione in menzione non è soggetta ad IVA, giacché *ex art 2.3 lett. B) d.p.r. n. 633/1972*, è esplicitamente esclusa dall'ambito applicativo di questa imposta.

1.4 Trasformazione

Prima tra le operazioni sui soggetti è la c.d. trasformazione, istituto che permette ad una società di “mutare di veste”, dal momento che permette ad un ente di passare da uno dei tipi societari previsti dall'ordinamento ad un altro⁶⁸.

Questo istituto evidenzia come l'autonomia privata, nello svolgere un'attività di impresa, ha completa discrezionalità circa la decisione della modalità organizzativa fatta in sede di costituzione. In aggiunta, essa ha addirittura la facoltà, *in itinere*, di cambiare idea ed eleggere un'altra modalità organizzativa prevista dalla legge. Giova, inoltre, affermare che tale istituto prevede la possibilità di proseguire l'attività sociale senza che vi sia la contestuale l'estinzione⁶⁹ del precedente soggetto, seguita dalla connessa nascita di uno nuovo, ciononostante quest'ultimo acquisti personalità giuridica⁷⁰.

Difatti, nelle operazioni di trasformazione si verifica una “novazione”⁷¹ del rapporto sociale, motivo per il quale l'attività di impresa non si interrompe.

⁶⁸ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 2020

⁶⁹ Sul punto cfr. Cass. 11 novembre 1975 n. 3790

⁷⁰ G. MARASÀ, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Rivista del notariato*, 2003, 3

⁷¹ G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, 1997

Pertanto, all'esito dell'operazione non vi sarà un cambiamento dell'ente ma semplicemente della disciplina applicabile a quest'ultimo, andando a condizionare gli atti dell'ente e anche la validità delle clausole statutarie dell'ente risultante dalla trasformazione⁷². La *ratio* di questo istituto è, infatti, quello di poter modificare l'assetto organizzativo, permettendo ad un ente di adattarlo all'emersione di esigenze sopravvenute senza che si verifichi l'estinzione del soggetto, tutelandone, allo stesso tempo, l'elemento di continuazione.

Il c.d. "cambio di veste", di fatto, si sostanzia in una modificazione dell'atto costitutivo o statuto della società trasformanda in modo da renderla conforme alle regole proprie del tipo societario prescelto.

La trasformazione è disciplinata dagli artt. 2498 s.s. c.c., questa dopo essere stata novellata dalla riforma del diritto societario del 2003, non è più applicabile alle sole società, bensì più in generale ad "enti".

Per "enti" si intendono le associazioni, le fondazioni, i consorzi, oltre al peculiare caso della comunione d'azienda, che non è esattamente qualificabile come tale⁷³.

La trasformazione, si può realizzare sia mediante la modifica della veste giuridica ma pur sempre in costanza dello stesso scopo sociale lucrativo, in questo caso la trasformazione prenderà il nome di "omogenea". A sua volta, la trasformazione omogenea può dividersi tra:

- Semplice (nell'ambito di società di persone o di società di capitali);
- Progressiva (da società di persone a società di capitali);
- Regressiva (da società di capitali a società di persone).

Inoltre, la trasformazione può anche consistere nel cambiamento che avviene da un tipo societario ad un altro totalmente differente, quindi da società di capitali ad ente non commerciale e viceversa (da "commerciale" in "non commerciale"), in questo caso si parlerà di trasformazione "eterogenea".⁷⁴

⁷² A. SERRA, I. DEMURO, *Trasformazione*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile*, 2021

⁷³ A. NIGRO, *Diritto delle operazioni straordinarie*, 2022

⁷⁴ M.CARAVANNA, *La trasformazione delle società*, in P. RESCIGNO (a cura di) *Trattato di diritto privato*, 2008

L'art 2498 c.c. enuncia il principio più importante in tema di trasformazioni societarie: la sua continuità nei rapporti giuridici. Questo principio ha una portata generale e svolge una funzione di minimo comune denominatore tra le differenti tipologie trasformative. Tale norma statuisce che: *“Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione”*.

Profili fiscali

Dal punto di vista fiscale, la trasformazione, in armonia con i principi che informano il reddito di impresa ha deciso di prevedere, come avviene nelle altre operazioni sui soggetti, il regime della neutralità fiscale. Tale regime è disciplinato dall'art 170.1 TUIR, sancendo che: *“la trasformazione della società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento”*. Ciò comporta che qualsiasi situazione giuridica, attiva o passiva che sia, sostanziale o processuale, reale o obbligatoria, imputata all'ente trasformato dovrà ritenersi imputata all'ente risultante dalla trasformazione.⁷⁵

Tale previsione è totalmente in linea con la natura della trasformazione omogenea, giacché quest'ultima si risolve in una mera modificazione dell'atto costitutivo, che ha come effetto la continuità della società trasformata, senza che vi siano trasferimenti dei beni dalla sfera soggettiva da cui appartenevano⁷⁶.

Tuttavia, i casi che destano maggiori problematiche dal punto di vista tributario, sono disciplinati ai commi due e ss. dell'art. 170 TUIR, ovverosia quelli che interessano le trasformazioni da società di capitali a società di persone e viceversa. Invero, in queste tipologie di operazioni, si verifica un mutamento da un regime tributario ad un altro, in quanto le società di capitali sono soggette all'IRES mentre le società di persone, non essendo dotate di soggettività tributaria, soggiacciono al regime di trasparenza⁷⁷.

⁷⁵ A. NIGRO, *Diritto delle operazioni straordinarie*, 2022

⁷⁶ F. CICOGNANI, *Profili tributari delle trasformazioni di società ed enti*, 2011

⁷⁷ E. DELLA VALLE, V. FICARI, G. MARINI (a cura di), *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, 2009

Pertanto, la trasformazione non genera di per sé redditi e né tantomeno perdite, a questi si aggiungono i valore relativi al realizzo di eventuali plus/minusvalori dei beni oggetto del patrimonio sociale, anche se, di fatto, non vi è alcun dal momento che i beni permangono nel medesimo patrimonio.

In aggiunta, il comma due, sancisce la regola secondo cui il periodo di imposta si interrompe alla data della trasformazione. In questo caso, vi saranno due singoli periodi imposta all'interno del periodo che viene previsto in via generale dalle norme del TUIR. Dunque, ciascuno dei periodi seguirà le regole del loro tipo societario concernenti la determinazione del reddito, infatti, come conseguenza di ciò per ogni periodo di imposta sorgerà il corrispondente obbligo di presentazione della dichiarazione tributaria.⁷⁸

Tale norma deroga al principio di annualità del periodo di imposta, la quale richiedendo la determinazione del reddito, deroga parzialmente a sua volta al principio di neutralità. L'operazione rappresenta la chiusura del periodo e per converso di realizzo del reddito fiscale. Di fatto, ciò impatta parzialmente in quanto la normativa impone la rilevazione del reddito fiscale maturato sia prima che dopo la trasformazione, duplicando così le obbligazioni a fronte dell'unico reddito dell'esercizio civilistico⁷⁹.

Giova, inoltre, fare menzione del peculiare caso concernente le trasformazioni omogenee progressive o regressive, ovvero sia quelle operazioni che comportamento il mutamento da società di persone a società di capitali o viceversa. Infatti, quest'ultime nonostante siano operazioni fiscalmente neutrali, fanno sorgere l'onere di frazionare il periodo di imposta in cui ha luogo l'operazione, obbligando i contribuenti a dichiarare in maniera separata i relativi redditi di periodo, al fine di poterli assoggettare ai differenti regimi fiscali previsti: per trasparenza (in capo ai soci per le società di persone) o in capo alla società (per le società di capitali).

L'art. 170, comma due del TUIR sancisce, che, qualora vi sia una trasformazione in società soggette ad imposte diverse *“il reddito del periodo compreso tra l'inizio del periodo d'imposta e la data in cui ha effetto la trasformazione è determinato*

⁷⁸ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, 2008

⁷⁹ G. LEONI, *La trasformazione*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e L.MIELE, 2018

secondo le disposizioni applicabili prima della trasformazione in base alle risultanze di apposito conto economico”.

Pertanto, il legislatore in questa norma afferma l'autonomia del periodo che intercorre tra l'inizio del periodo d'imposta e la data in cui è effettuata la trasformazione.

Per quanto riguarda la nozione fiscale di “trasformazione eterogenea”, questa ha un ambito più circoscritto a differenza della nozione accolta in ambito civilistico. Infatti, a mente dell'art. 171 TUIR, si verifica una trasformazione eterogenea solamente nei casi in cui una società soggetta ad IRES si trasformi in un ente non commerciale e viceversa⁸⁰, ciò si verifica giacché queste ultime sono equiparate ai fini dell'imposta sui redditi alle società di capitali aventi scopo di lucro.

Oggetto di particolare attenzione è la c.d. neutralità condizionata, regime applicabile ai casi di trasformazione di una società di capitali in ente non commerciale (c.d. “trasformazione eterogenea regressiva”), effettuata ai sensi dell'art. 2500-*septies* c.c.

L'art. 171.1 TUIR, dispone che *“i beni della società si considerano realizzati in base al valore normale, salvo che non siano confluiti nell'azienda o complesso aziendale dell'ente stesso”.*

L'operazione, dunque, comporta, diversamente da quanto previsto per la “trasformazione omogenea”, la presunzione che vi sia stato un realizzo dei beni della società trasformanda in base al valore normale degli stessi, salvo che questi ultimi non confluiscono nell'attività di impresa del soggetto non commerciale (c.d. “neutralità condizionata”). Ciò comporta che, in questo caso, il principio di neutralità fiscale verrà applicato unicamente in relazione ai beni appartenenti alle società di capitali che, *post* trasformazione, vengono destinati all'attività commerciale eventualmente esercitata in via marginale dall'ente non commerciale. La *ratio* sottostante questa previsione è quella di escludere la trasformazione dal generale regime di neutralità, nel caso in cui, per effetto della stessa, si verifichi una fuoriuscita dei beni dalla disciplina del reddito di impresa. Difatti, in tal evenienza, si configura una “destinazione dei beni a finalità estranee all'esercizio di impresa”,

⁸⁰ S.F. CROCIANI, *La trasformazione eterogenea nel diritto tributario. Primi spunti critici*, in Riv. dir. Trib., 2005

disciplinata a mente dell'art. 58, comma 3 TUIR, la quale rappresenta un tipico presupposto d'imponibilità dei maggiori valori latenti nei beni aziendali⁸¹.

Infine, ancora diverso risulta il regime fiscale dell'opposta "trasformazione eterogenea progressiva", effettuata ai sensi dell'art. 2500-*octies* c.c., ovvero sia la trasformazione di ente non commerciale in società soggetta all'IRES.

A mente dell'art 172, comma 2 del TUIR, tale operazione viene considerata alla stregua di un conferimento realizzativo in senso proprio. Questa equipollenza fa sì che le plusvalenze latenti nei beni inerenti all'attività istituzionale, vengano qualificate come realizzate sulla base del loro valore normale quali redditi diversi, ma sempre che sia stato rispettato uno dei presupposti di tassazione connessi a detta categoria reddituale.

Per ragioni di simmetria impositiva, i beni che hanno realizzato una plusvalenza in capo alla società di capitali risultante dalla trasformazione, dal momento che hanno già assolto all'imposta nel momento della trasformazione, possono assumere un valore fiscalmente riconosciuto che è pari al loro valore normale anziché al loro costo storico. Peraltro, in ogni caso la neutralità fiscale della trasformazione viene assicurata nell'ipotesi in cui i beni che sono posseduti dall'ente non commerciale siano già inglobati nell'eventuale attività commerciale svolta dall'ente stesso e ciò giacché, in questa ipotesi, la trasformazione non pregiudica la continuità del regime d'impresa. Per questa operazione, non viene riproposta la disciplina relativa al frazionamento del periodo di imposta illustrata per la "trasformazione omogenea". A differenza di quanto accade per la fusione e la scissione, non si rinviene in tema di trasformazione una norma simile in forza della quale si possono far retroagire gli effetti dell'atto ad una data precedente rispetto a quella dell'atto stesso. Su questo tema l'Amministrazione Finanziaria ha assunto una posizione particolarmente restrittiva, difatti, ritiene che in generale sia precluso attribuire effetti retroattivi sia pure ai soli fini fiscali all'operazione di trasformazione.

⁸¹ G. LEONI, *La trasformazione*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e L.MIELE, 2018

Trattamento fiscale delle riserve formate prima della trasformazione

L'art. 170.commi 3 e 4 TUIR, hanno ad oggetto il regime applicabile alle riserve costituite prima della trasformazione. Il comma 3 si occupa dei casi di trasformazioni da società di persone a società di capitali, le già menzionate trasformazione omogena progressiva, prevedendo la non produzione di reddito per i soci nel caso in cui le riserve costituite prima della trasformazione con utili, che sono stati imputati ai soci secondo il regime di trasparenza, vengano distribuiti dalla società di capitali, giacché hanno già partecipato alla formazione del reddito dei soci prima della distribuzione.⁸²

Inoltre, il Legislatore fiscale ha previsto questa norma per i casi che riguardano le riserve costituite con utili presenti nel patrimonio della società di persone trasformato in società di capitali, affinché venga evitata la doppia imposizione vietata a mente dell'art.163 TUIR, così confermando la tendenziale neutralità dell'operazione per le società e per i soci.

Dall'altro canto, il comma quattro regola il caso opposto, ovverosia quello che contempla la trasformazione da società di persone a società di capitali, il caso già menzionato di trasformazione omogenea regressiva. Tale norma, prescrive la tassazione in capo ai singoli soci al momento della distribuzione, difatti, nel caso di specie non è applicabile il regime di trasparenza, ma la disciplina propria del rapporto socio-società di capitali. Pertanto, la *ratio* di tale disposizione è quella di evitare una distorsione derivante dal potenziale salto di imposta funzionale al mutamento della disciplina tributaria da applicare.

Le perdite della società trasformata

Ai fini di una miglior riuscita di tale trattazione, giova affermare che gli artt. 170 e 171 TUIR non si soffermano sul trattamento riservato alle perdite fiscali pregresse rispetto all'operazione di trasformazione.

⁸² G. LEONI, *La trasformazione*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e L.MIELE, 2018

In questi casi, appare dirimente stabilire se le perdite della società trasformata siano compensabili con i redditi della società che risulta dalla trasformazione, ovviamente entro i limiti disciplinati dalle norme del TUIR⁸³.

Dal momento che le perdite pregresse attengono alla sfera giuridica dei soci, all'atto della trasformazione, non è possibile per la società di capitali risultante dalla predetta operazione beneficiare delle perdite della società di persone trasformata per compensare redditi propri⁸⁴.

Al contrario, nel caso concernente la trasformazione di società di capitali in società di persone, la problematica inerente al riporto delle perdite è stata oggetto di caldo dibattito. Difatti, la dottrina⁸⁵ ha sempre affermato che fosse possibile, in seguito all'operazione di scissione, utilizzare le perdite non usate del tutto dalla società mediante l'attribuzione *pro* quota ai soci.

L'Agenzia delle Entrate⁸⁶ esprimendosi sul punto, ha precisato che le perdite fiscali che si sono generate *ante* trasformazione non possono essere attribuite ai soci. Questa interpretazione fonda le sue radici nell'art. 84 TUIR, il quale non consente la compensazione intersoggettiva di utili e perdite. Pertanto, le perdite in questione, mantengono rilevanza fiscale in maniera circoscritta rispetto alla società che le ha prodotte. Dunque, anche se si è realizzato il mutamento di forma giuridica le perdite sopportate da una società di capitali possono essere compensate solo con utili della società che si è trasformata in società di persone.

Viceversa, per quanto concerne la disciplina sulle perdite nella trasformazione eterogenea, dal momento che la norma che la prevede non ha previsto alcuna normativa *ad hoc*, si ritengono applicabili le norme previste in via ordinaria, per quanto riguarda le perdite sopportate da società di capitali, a mente dell'art. 84 TUIR, diversamente in merito alle perdite conseguite dagli enti non commerciali, si applica l'art. 8, comma tre del TUIR, alla quale è collegata l'interruzione dell'attività commerciale effettuata fino a quel momento. Dunque, non è possibile

⁸³ C.FRANZESE, L. MIELE, *Un vademecum sulla gestione delle perdite nelle diverse ipotesi di trasformazione societaria*, in *Guida normativa*, 2004

⁸⁴ S. LOMBARDI, *Limiti al riporto delle perdite e trasformazione in società di persone*, in *Boll. Trib.*, 2000

⁸⁵ R.LUPI, *Trasformazione di società di persone, riporto perdite e norma antielusiva*, in *Riv. Dir. trib.*, 1992

⁸⁶ Risoluzione n. 60/E del 16 maggio 2005

far uso delle perdite di impresa che sono state ottenute prima della trasformazione essere utilizzate dall'ente commerciale che è stato trasformato, dal momento che riguardano le perdite che non possono essere compensati con redditi di natura diversa. Qualora, l'ente trasformato abbia deciso in ogni modo di continuare a svolgere, anche se in via del tutto marginale un'attività imprenditoriale, si può fare uso delle perdite anteriori alla trasformazione, avendo a mente che possono essere utilizzate soltanto per una compensazione con i redditi di impresa ottenuti in seguito la trasformazione⁸⁷.

Infine, diversamente, in tema di operazione di trasformazione di ente non commerciale in società di capitali, è possibile utilizzare le perdite di impresa, eventualmente conseguite prima trasformazione ai sensi dell'art. 8.comma tre del TUIR.

1.4 Fusione

L'art. 2501, comma 1 c.c. afferma che *“La fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società, o mediante l'incorporazione di una società di una o più altre”*. La prima viene chiamata “fusione propria”, la seconda “fusione per incorporazione”.

L'art. 2501c.c. non va a definire l'operazione, piuttosto indica le modalità e le forme attraverso le quali può essere attuata una fusione⁸⁸. Di centrale importanza è, l'art. 2504-bis, comma 1 c.c, il quale sancisce che *“La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione”*. Tale disposizione enuncia il c.d. principio di continuità, per mezzo del quale la società che risulta dalla fusione o l'incorporante assume i diritti e gli obblighi, rapporti sostanziali e processuali delle società partecipanti alla fusione⁸⁹. Per quanto riguarda i soci, l'effetto civilistico fondamentale è dato dal fatto che i soci delle società fuse ricevono, in cambio delle azioni o quote detenute, titoli della

⁸⁷ G. LEONI, *La trasformazione, in La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e L.MIELE, 2018

⁸⁸ A. NIGRO, *Diritto delle operazioni straordinarie*, 2022

⁸⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 2020

società risultante dalla fusione, al valore stabilito da un rapporto di cambio il quale, a mente dell'art 2501-ter 1 n. 3 c.c. deve emergere dal progetto di fusione, il quale viene analiticamente redatto dall'organo amministrativo delle società partecipanti. Nella fusione per incorporazione, invece i soci dell'incorporata ricevono, in cambio dei titoli posseduti, azioni o quote della incorporante. Si evidenzia come la posizione dei soci è fortemente influenzata dal rapporto di cambio che, se congruo, svolge un ruolo di elemento riequilibratore⁹⁰.

Congruità che deve essere verificata mediante metodi di valutazione adeguati all'operazione e alle peculiarità della singola società.

Inoltre, a lungo si è dibattuto circa la natura giuridica della fusione, da un lato vi era la giurisprudenza⁹¹ *ante* riforma del diritto societario del 2003 che sosteneva c.d. teoria estintiva, la quale qualificava la fusione come un fenomeno estintivo-costitutivo di tipo successorio assimilabile a quello *mortis causa*; dall'altro c'era chi invece fiancheggiava la c.d. teoria modificativa, la quale considera la fusione al pari di una modifica dell'atto costitutivo⁹². Inizialmente, si riteneva che il Legislatore *post* riforma, con la nuova formulazione dell'art. 2504-*bis*, avesse accolto la teoria modificativa della fusione, giacché nella sua formulazione aveva utilizzato il verbo "proseguire", escludendo, pertanto, l'estinzione e la contestuale nascita di un nuovo soggetto. Da ultimo, non è stata di questo avviso la Cassazione a Sezioni Unite⁹³, la quale, attenendosi ad un'argomentazione sistematica e alla disciplina comunitaria⁹⁴, ha riaffermato la natura estintiva della fusione.

Profili fiscali

Per quanto riguarda la disciplina fiscale di tale operazione straordinaria, invece, questa è contemplata dall'art. 172 TUIR, al primo comma è sancito il c.d. principio di neutralità fiscale, tipico come abbiamo già esaminato delle c.d. operazioni sui

⁹⁰ L.A. BIANCHI, *La congruità di rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002

⁹¹ Cass. 11 aprile, n. 5716 e 22 maggio 2001, n.6949

⁹² F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2003. Cass. Sez. Unite, n. 2637/2006

⁹³ Cass. S.U. 30 luglio 2021, n. 21970

⁹⁴ Dir. 2017/1132/UE, artt. 105 e 109

soggetti⁹⁵, che recita “*la fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze o minusvalenze delle società fuse o incorporate, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento*”.

Il principio di neutralità comporta che, qualora a fondersi fossero due società commerciali, i beni non fuoriescono dal circuito dell’impresa, i quali avranno solamente un perimetro diverso da quello in cui erano ricompresi in precedenza⁹⁶.

L’irrelevanza fiscale, nella fusione, opera su due livelli distinti: l’irrelevanza delle differenze di fusione per la società risultante dalla fusione, a mente dell’art. 172.2 TUIR e irrilevanza per i soci della società incorporante o fuse, ex art. 172.3 TUIR. È, in aggiunta, utile precisare che i c.d. “avanzi” e “disavanzi”, possono essere definite come differenze di natura contabile, e non è altro che la conseguenza del fatto che si verifica un’unione tra due patrimoni. Pertanto, queste sono le differenze che possono emergere dal rapporto di cambio tra le azioni e le quote di nuova emissione e quelle già in circolazione delle società partecipanti alla fusione.

Si è, infatti, soliti parlare di avanzi o disavanzi da concambio. Un disavanzo si verifica nei casi in cui vi è un aumento del capitale sociale dell’incorporante superiore al valore contabile del patrimonio netto dell’incorporata, viceversa se il valore è inferiore si ha un avanzo. Inoltre, qualora le partecipazioni dell’incorporata posseduta dall’incorporante vengano annullate con contestuale immissione nella contabilità di quest’ultima dei valori dell’attività e passività provenienti dalla prima, le differenze emergeranno laddove non vi sia coincidenza tra il valore contabile della partecipazione annullata rispetto al valore del patrimonio netto dell’incorporata. In questo caso si è soliti parlare di avanzo o disavanzo da annullamento. Dal momento che sia gli avanzi che i disavanzi da fusione, soggiacciono al principio di neutralità fiscale, questi non rileveranno ai fini IRES⁹⁷. Diretto corollario del principio di neutralità è il principio della simmetria fiscale, secondo cui sono fiscalmente irrilevanti i maggiori valori portati ad incremento del

⁹⁵ R.LUPI, *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989, ed in termini più generali, A. FANTOZZI, R.LUPI, *La società per azioni nella disciplina tributaria, Trattato delle società per azioni*, Torino, 1993

⁹⁶ G. ANDREANI, A. TUBELLI, *La fusione di società*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e L.MIELE, 2018

⁹⁷ M.BRUZZONE- B. BENAZZI, *La fusione di società*, in *Diritto tributario delle società*, (a cura di) G. SCHIANO DI PEPE

bilancio che sono sorti in ragione dell'allocazione del disavanzo di fusione. Essi sono assunti dalla società incorporante o risultante dalla fusione, alla luce dei medesimi valori fiscali ad essi attribuiti *ante* fusione. Inoltre, si constata come in seguito all'incremento della posta patrimoniale legata al disavanzo, si generi contestualmente un disallineamento tra il valore contabile e il rispettivo valore fiscalmente riconosciuto (c.d. doppio binario)⁹⁸. Avendo a mente il principio di continuità dei valori fiscali, elemento che contraddistingue l'operazione, il costo fiscalmente riconosciuto dei beni trasferiti per effetto della fusione rimane invariato anche successivamente all'esecuzione dell'operazione⁹⁹. Proprio da tale peculiarità, è possibile desumere la *ratio* dell'obbligo di predisporre un prospetto in sede di dichiarazione al fine di riconciliare le divergenze contabili che si sono formate¹⁰⁰. Il comma 3, dell'art. 172 TUIR invece, disciplina gli effetti nei confronti dei soci della società fusa o incorporata, fornendo in questa maniera un quadro di sistema delle differenze di fusione. A tal proposito, in questa norma il principio di neutralità fa sì che la fusione non produca alcun effetto traslativo nei confronti dei soci della società fusa o incorporata, permettendo ai soci di mantenere le proprie partecipazioni sociali nelle società fuse o incorporate attraverso le partecipazioni della società incorporante o risultante dalla fusione a loro assegnate in sede di concambio. In altri termini, la sostituzione delle partecipazioni nella società incorporata (o fusa) con le partecipazioni nella società incorporante (o risultante dalla fusione) non è imponibile, né i suoi costi sono fiscalmente deducibili in capo ai soci¹⁰¹. Le partecipazioni ricevute in contropartita assumono lo stesso valore fiscalmente riconosciuto e la relativa anzianità e qualità, aspetto che assume particolare rilevanza ai fini dell'applicazione del regime PEX *ex art.* 87 TUIR. Giova menzionare che un'eccezione al generale principio di neutralità è l'attribuzione di un conguaglio in denaro, il quale deve essere rispettoso delle regole

⁹⁸ G. ANDREANI, A. TUBELLI, *La fusione di società*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e L-MIELE, 2018

⁹⁹ *Risp. Int.*, 47/2020

¹⁰⁰ M.PELLECCHIA, *Le operazioni straordinarie*, in *Manuale di diritto tributario*, in G.MELIS, 2023

¹⁰¹ R. TOMBOLESI, *Fusione di società*, in *Regime fiscale delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e G. MARINI, 2009

disciplinate a mente dell'art. 2501-*ter* c.c.¹⁰². Invero, tale somma viene percepita a titolo di conguaglio da persona fisica al di fuori dell'attività di impresa, e dunque tassata come reddito di capitale *ex art.* 47, comma 7 TUIR¹⁰³.

L'art. 172, comma 4 TUIR ha voluto riproporre in chiave fiscale¹⁰⁴ il principio di continuità della fusione, disciplinato dall'art. 2504-*bis* c.c. . Tale principio sancisce la successione della società incorporante o risultante dalla fusione nei diritti delle società incorporate o fuse. In ambito fiscale, la successione si traduce nella continuità delle valutazioni delle attività e passività trasferite ed ogni altro aspetto rilevante ai fini della determinazione del reddito, questa regola è applicabile principalmente alle riserve. Queste, inoltre, possono essere distinte in particolare in due ipotesi: riserva libere e riserve tassabili, quest'ultime a loro volta si dividono in riserve tassabili a qualunque titolo e quelle tassabili solo in caso di distribuzione¹⁰⁵. A tal proposito, il legislatore fiscale all'art. 172, comma 5 TUIR ha voluto dettare una specifica e dettagliata disciplina in tema di riserve in sospensione di imposta. Essa prevede che subito dopo il compimento dell'operazione la riserva si ricostituiscia mediante l'utilizzo dell'avanzo¹⁰⁶ di fusione, nel caso in cui quest'ultime non dovessero essere ricostituite, saranno soggetta a tassazione, a meno che non siano quelle tassabili solo in caso di distribuzione.

Per ragioni antielusive, il Legislatore subordina l'opportunità di utilizzare in detrazione le perdite subite per effetto della fusione a determinati limiti e condizioni. In precedenza, era prassi consolidata quella di fondere società in attivo con società che in pancia avevano elevate perdite pregresse (c.d. bare fiscali)¹⁰⁷ al solo scopo di riportare a nuovo tali perdite e compensarle con i redditi prodotti negli anni successivi¹⁰⁸, così facendo era possibile aggirare il principio secondo cui è permesso riportare le perdite pregresse¹⁰⁹.

¹⁰² Non può in ogni caso essere superiore al 10% del valore nominale delle azioni o quote assegnate ai soci

¹⁰³ G. ANDREANI, A. TUBELLI, *La fusione di società*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e L.MIELE, 2018

¹⁰⁴ M.LEO, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, Milano, 2006

¹⁰⁵ M.PELLECCHIA, *Le operazioni straordinarie*, in *Manuale di diritto tributario*, G. MELIS, 2023

¹⁰⁶ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*,

¹⁰⁷ Ris., 337/E/2002, 116/E/2006, 143/E/2008, 9/E/2010, 54/E/2011; Cass. 1922/2019

¹⁰⁸ F. CROVATO, *Ripporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, in R.LUPI-D. STEVANATO (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie di impresa*

¹⁰⁹ G. ANDREANI, A. TUBELLI, *La fusione di società*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e L.MIELE, 2018

Al fine di ostacolare tali comportamenti elusivi, l'art. 172, comma 7 TUIR pone un limite di tipo quantitativo che corrisponde alla parte del loro totale che non eccede l'ammontare del loro rispettivo patrimonio netto, per come risultante dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-*quater* c.c., senza che vengano considerati i conferimenti che sono stati posti in essere durante gli ultimi ventiquattro mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa. Ancor prima, affinché le perdite, seppur nei suindicati limiti, possano essere utilizzate, deve essere soddisfatta una duplice condizione: dal conto economico della società in perdita deve emergere una somma di ricavi e proventi dell'attività caratteristica, ed un ammontare di spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi superiori al 40% di quello risultante dalla media dei due esercizi anteriori. Questi sono fattori che permettono di comprendere se la società è effettivamente operativa (c.d. *vitality test*), avendo, pertanto il potere di escluderla nei casi in cui tali presupposti non siano soddisfatti. Invero, nel caso in cui dovesse emergere la non operatività in seguito al test di vitalità, al fine di limitare la riportabilità di tali componenti alle consistenze patrimoniali delle società fuse o incorporate queste si sottopongono al c.d. *equity test*¹¹⁰. Come si è detto, la *ratio* dell'art. 172, comma 7 TUIR è di carattere antielusivo, ma in tale norma si prevede che le disposizioni in esso contenute possono essere disapplicate dall'Agenzia delle Entrate nel caso in cui il contribuente presenti un interpello ai sensi del comma 2 art. 11 l. n.212/2000, ovverosia il c.d. interpello disapplicativo di norme antielusive. Tramite tale interpello, il contribuente dovrà dare prova al Fisco che l'operazione non è caratterizzata da elusività, qualora la risposta dia esito negativo, al contribuente è fornita un'ulteriore *chance*, successivamente all'emissione dell'avviso di accertamento, di fornire tale dimostrazione dopo, ciò si verifica anche nella successiva fase amministrativa e contenziosa¹¹¹.

Risulta, in aggiunta, utile a questa trattazione ricordare che la fusione ha come effetto il venir meno delle società fuse o incorporate, e pertanto nel momento in cui si realizza l'operazione vi è una conclusione anticipata del periodo di imposta. Quindi, ai fini dell'imposizione reddituale, sarà necessario calcolare il

¹¹⁰ M.PELLECCHIA, *Le operazioni straordinarie*, in *Manuale di diritto tributario*, G. MELIS, 2023

¹¹¹ G. ZIZZO, *Forma e sostanza nella disapplicazione delle norme antielusive*, in *Rassegna tributaria*, n.3/2011

reddito prodotto dalle società fuse o incorporate tra la data di inizio del periodo di imposta e la data in cui ha effetto la fusione. La misurazione di tale reddito avverrà sulla base delle risultanze di un apposito conto economico¹¹².

Esaminando l'operazione da una inquadratura civilistica, *ex art. 2504-bis*, comma 2 “*la fusione ha effetto quando sono stati adempiuti tutti gli obblighi di registrazione a decorrere della registrazione dell'atto nel registro delle imprese*”, difatti, da questo preciso istante la fusione inizia a produrre i suoi effetti anche dal punto di vista tributario. Pertanto, proprio da questo momento, è possibile iniziare a calcolare la ricchezza prodotta dalla nuova entità scaturente dalla fusione. La facoltà di retrodatazione è sancita dal comma 9 dell'art. 172 TUIR, ed è un intreccio tra disciplina civile e fiscale. Infatti, gli effetti della norma in esame, nel caso in cui si tratti di una società di nuova costituzione, sono sottoposti alla condizione che essa sia stata espressamente indicata nell'atto di fusione, inoltre si specifica che la retrodatazione non potrà essere antecedente alla data di costituzione della incorporante¹¹³.

Sennonché, è qui che entra in gioco la volontà delle parti, nell'atto di fusione può essere, difatti, affermato che gli effetti dell'operazione decorrano da una data anteriore. Vi è un limite a questa facoltà, che coincide con il momento in cui si è chiuso l'ultimo esercizio di ciascuna delle società fuse o incorporate. Qualora ci si avvalga delle facoltà di retrodatare gli effetti della fusione, i risultati reddituali della stessa sono imputati, senza soluzione di continuità, alla società che emerge dalla fusione oppure all'incorporante. In questa maniera si impedisce che il periodo precedente alla fusione diventi un autonomo periodo di imposta.

1.5 Scissione

La scissione fa parte di quel novero di operazioni straordinarie che realizzano il trasferimento di un complesso aziendale al fine di ristrutturare e riorganizzare le imprese, esse hanno l'obiettivo di far cambiare il soggetto a cui spetta la gestione

¹¹² G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, 2018

¹¹³ R. TOMBOLESI, *Fusione di società*, in *Regime fiscale delle operazioni straordinarie* (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI e G. MARINI, 2009

dell'impresa¹¹⁴. Durante gli anni, si sono sviluppati tre filoni teorici circa la natura giuridica della scissione, molto affini a quelli già menzionati in tema di fusione¹¹⁵. Il primo, sostiene la teoria c.d. tradizionale, questa inquadra la scissione come un una successione della beneficiaria nei rapporti giuridici in capo alla scissa, la quale si estingue all'esito dell'operazione¹¹⁶. Tale elaborazione, però, è stata oggetto di critiche giacché, nei casi di scissione parziale, non è possibile che si verifichi alcuna estinzione e neanche alcuna costituzione nel caso in cui la società beneficiaria sia già esistente. Di fatto, in questa maniera il trasferimento patrimoniale funge da mero strumento attuativo¹¹⁷. Da questa critica trova fondamento la seconda interpretazione, la quale qualifica la scissione al pari di una modificazione del contratto sociale, che ha come effetto quello di comportare un cambiamento della struttura societaria¹¹⁸. La terza tesi, invece, assume una posizione intermedia, ritenendo l'assenza di antinomia tra le due elaborazioni precedentemente esposte e la correttezza di entrambi i filoni interpretativi prospettati¹¹⁹. Inoltre, pare che il Legislatore abbia aderito alla seconda teoria, la c.d. modificativa, da un lato sostituendo il termine "trasferimento" del patrimonio dalla scissa alla beneficiaria con "assegnazione", richiamando così la natura dichiarativa dell'atto¹²⁰. Dall'altro inserendo all'art. 2545-*novies*, comma 2, rubricato "Modificazioni dell'atto costitutivo", la norma che ha ad oggetto sia le operazioni di fusione e che quelle di scissione di società cooperative, la quale era disciplinata da un articolo ad *hoc ante* riforma, confermando implicitamente che la fusione e la scissione rientrano nelle modificazioni dell'atto costitutivo.

¹¹⁴ U. SOSTERO, *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, in M. MANCIN (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2020, p.2

¹¹⁵ F. SPERONELLO, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di "assegnazione" di quote alla scissa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, n.2

¹¹⁶ A. PICCIAU, *Commento, Sub 2506*, in A.L. BIANCHI (a cura di), *Trasformazione-Fusione-Scissione. Artt. 2498_2506-quater c.c.*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI e M. NOTARI, *Commentario alla riforma delle società*, 2006

¹¹⁷ E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, 2003; P. LUCARELLI, *La scissione di società*, 1999

¹¹⁸ E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione delle società*, in *Comm. Scialoja, Branca*, 1976; G. BAVETTA, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1994

¹¹⁹ C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, n.2

¹²⁰ E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, 2003

Nel nostro ordinamento non è presente una definizione compiuta di scissione, potendone rinvenire solamente una descrizione delle modalità con cui essa viene effettuata. In particolare, l'art. 2506, comma 1 c.c. afferma che “*con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci*”.

La disciplina della scissione ricalca fortemente quella della fusione basandosi sul presupposto che la materia sia sostanzialmente affine. È però opportuno specificare che la scissione comporta una frammentazione patrimoniale, dovendo applicare a quest'ultima un processo più complesso rispetto a quello della fusione, complessità che si estrinseca sia da un punto di vista operative che concettuale.

La scissione, pertanto, si sostanzia in una frammentazione di una società già esistente da cui possono scaturire due ipotesi: a) solo un frammento della società confluisce in una società preesistente o di nuova costituzione (c.d. newco) mentre l'altro frammento sopravvive autonomamente; b) i frammenti confluiscono tutti in altre società¹²¹. Nel primo caso saremo di fronte ad una scissione parziale, nel secondo, di scissione totale. In aggiunta, mediante la modalità con cui le azioni o le quote vengono ripartite fra i soci è possibile classificare la scissione in proporzionale o non proporzionale. Avremo una scissione proporzionale allorché a ciascun socio della scissa vengano attribuite azioni o quote della/e beneficiaria/e tenendo conto delle percentuali partecipative nella scissa, facendo sì che l'operazione non alteri gli equilibri di potere tra i soggetti che detengono, ovvero detenevano, le partecipazioni della scissa: da qui l'accezione di proporzionale¹²². Viceversa, si avrà una scissione non proporzionale nei casi in cui le azioni o le quote delle beneficiarie vengano assegnate ai soci della scissa senza considerare le originarie partecipazioni al capitale sociale. Di conseguenza, all'esito dell'operazione, i soci della scissa saranno soci delle beneficiarie con percentuali di partecipazioni differenti rispetto alla situazione *ante* operazione straordinaria¹²³. Il caso più estremo di scissione non proporzionale è rappresentato dalla c.d. scissione asimmetrica, questa viene descritta espressamente dal Legislatore all'art.

¹²¹ FERRO LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1991, n. 1, p.1070

¹²² MORANO, *La scissione non proporzionale*, in www.fondazione-notariato.it

¹²³ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2020

2506, comma 2 c.c. Tale norma sancisce che “È consentito inoltre che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni (o quote) di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni della società scissa”. Da ultimo, con il D.lgs. n.19/2023, in attuazione della Direttiva 2019/2121/UE, il Legislatore ha introdotto l’art. 2506.1 per disciplinare la c.d. scissione con scorporo. Tale disposizione afferma che “Con la scissione mediante scorporo una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote a sé stessa, continuando la propria attività”. Con questa operazione, le azioni della beneficiaria restano interamente nella titolarità della scissa, rendendola così molto simile alle operazioni di conferimento. Questa particolare affinità con l’operazione di conferimento ha creato non pochi dubbi circa la disciplina fiscale applicabile a questo istituto, sul punto però si rimanda ai capitoli successivi.

Profili fiscali

Dal punto di vista fiscale, la scissione viene disciplinata dal dall’art. 173 TUIR rubricato “Scissione di società”, ricalcando in buona parte l’art. 172 TUIR in tema di fusione. Questa affinità normativa non dovrebbe stupire dal momento che si ripercorre l’*iter* per realizzare una scissione, una volta che avviene il primo passo della frammentazione della società preesistente, il secondo si sostanzia in una fusione, necessariamente da intendere in senso atecnico al fine di non confonderla con la fusione vera e propria del predetto frammento all’interno di un’altra società. L’art. 173, comma 1 TUIR stabilisce che: “la scissione totale o parziale di una società in altre preesistenti o di nuova costituzione non dà luogo a realizzo né a distribuzione di plusvalenze e minusvalenze dei beni della società scissa, comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento”. Questa norma enuncia uno dei tratti principali della disciplina fiscale della scissione: la sua neutralità, ovvero la sua inidoneità a far emergere componenti reddituali imponibili¹²⁴.

¹²⁴ G. RAGUCCI, *La scissione di società nell'imposizione diretta*, 1997

Essendo anch'essa un'operazione sui soggetti¹²⁵, soggiace al principio di neutralità. Difatti, nella scissione non si verificano vicende traslative, con la conseguenza che è esclusa la realizzazione di plusvalenze o minusvalenze su beni trasmessi alla società beneficiaria, quest'ultima subentra negli stessi valori fiscalmente riconosciuti cui i beni erano iscritti presso la società scissa¹²⁶. Avendo a mente la c.d. teoria modificativa precedentemente esposta, la scissione è un atto di riorganizzazione con il quale l'attività di impresa sopravvive senza soluzione di continuità¹²⁷; pertanto, la neutralità non può che essere il regime fiscale applicabile¹²⁸. Difatti, il nucleo fondamentale del regime fiscale della scissione è la sua neutralità. Tale regime in relazione alla scissione opera su più livelli, sia con riferimento alle società che partecipano alla scissione sia a livello dei soci della società scissa. Questa norma trova la propria *ratio* nella natura riorganizzativa dell'operazione, la quale sancisce la mancanza di una soluzione di continuità nel ciclo giuridico dei beni di impresa che transitano dalla società scissa alla beneficiaria e ne prevede la sostanziale identità e prosecuzione.¹²⁹ In via generale, riproducendo la disciplina prevista per la fusione, vige il regime di neutralità per le differenze positive o negative da scissione, c.d. avanzi e disavanzi, questi possono essere da annullamento o da concambio. Difatti, ai sensi dell'art. 173, comma 2 TUIR: *“i maggiori valori iscritti per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo riferibile all'annullamento o al concambio di una partecipazione, con riferimento ad elementi patrimoniali della società scissa, non sono imponibili nei confronti della beneficiaria”* con la conseguenza che *“i beni ricevuti sono valutati fiscalmente in base all'ultimo valore riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi”*. Si evidenzia come il corollario secondo cui in virtù della determinazione del reddito della società beneficiaria non si prende in considerazione delle eventuali differenze di scissione che emergono dal rapporto di cambio delle azioni o quote ovvero del loro annullamento. Con la locuzione differenze di scissione si intende una categoria generale cui sono si possono ricomprendere le eventuali poste a titolo di disavanzo

¹²⁵ F. PAPARELLA, *Le operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario*, in G. MARINI, E. DELLA VALLE, V. FICARI (a cura di) *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, 2009

¹²⁶ R.LUPI, *Profili tributari della fusione di società*, 1989

¹²⁷ G. FALSITTA, *Fusione di società e iscrizione di avviamento*, in *Rassegna tributaria*, 1986, n.1

¹²⁸ M.MICCINESI, *Le plusvalenze di impresa*, 1993

¹²⁹ *Ibid*

o avanzo. Pertanto, ai fini di una adeguata comprensione di cosa comporti concretamente l'applicazione di questo principio presuppone una elucidazione circa la nozione di differenze di scissione¹³⁰. Tale nozione non è tipicamente tributaria ma costituisce un'elaborazione di matrice economico-contabile a cui fa riferimento anche il legislatore civilistico. All'esito di una operazione di scissione, potrebbero sorgere alcune poste di riallineamento contabile in capo alla beneficiaria, essa sarà riconducibile alla nozione di avanzo ovvero a quello di disavanzo.

È opportuno anche sottolineare che i soggetti che adottano gli *standard* contabili internazionali (i c.d. soggetti IAS *adopter*) utilizzano modalità di contabilizzazione delle operazioni straordinarie che non danno luogo alla realizzazione di differenze di scissione, concetto che va interpretato secondo il significato dato dall' OIC 4. In ogni caso, anche per i soggetti IAS/IFRS *adopter* le differenze di riorganizzazione eventualmente contabilizzate restano prive di qualsiasi rilevanza fiscale, facendo sì che la disciplina fiscale sia del tutto omogenea¹³¹.

Inoltre, giova ricordare che mentre l'incremento patrimoniale è deliberato dalla beneficiaria, quello da annullamento si ricollega invece all'elisione, senza che vi sia sostituzione della partecipazione nella scissa posseduta dalla società beneficiaria. In aggiunta, l'incremento sorge dalle differenze fra il costo della partecipazione che viene annullata a causa dell'operazione. La corrispondente frazione del patrimonio netto contabile della scissa viene attribuita alla beneficiaria. Nella scissione, in pratica, si verifica esclusivamente un subentro della beneficiaria nella posizione della scissa in relazione ad alcuni dei suoi elementi patrimoniali e ciò accade in virtù del processo riorganizzativo attuato senza che si realizzi alcuna soluzione di continuità giuridica fra la posizione della società scissa e della beneficiaria. La neutralità fiscale, pertanto, è idonea non solo ad assicurare la continuità dei valori nonostante il mutare dei soggetti ma anche a rinviare il prelievo al momento della sua monetizzazione attraverso cessione, non avendo così una finalità meramente incentivante¹³². Per quanto riguarda la posizione dei soci, il comma 3 dell'art. 173 TUIR afferma che per i soci della scissa “*il cambio delle*

¹³⁰ Così come elaborato dal principio contabile nazionale OIC 4

¹³¹ M.DI SIENA, *La scissione di società*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI, L.MIELE 2018

¹³² ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI ROMA, *Elusione fiscale e circolazione dell'azienda ai fini IRES nella scissione societaria*, 2016,p 10

partecipazioni originarie non costituisce né realizzo né distribuzione di plusvalenze o di minusvalenze né conseguimento di ricavi per i soci della società scissa, fatta salva l'applicazione, in caso di conguaglio, dell'articolo 47, comma 7, e, ricorrendone le condizioni, degli articoli 58 e 87". Ciò significa che di fatto si avrà un'identità tra i valori fiscali della nuova partecipazione nella beneficiaria e di quella detenuta dai soci *ante* scissione, avendo come effetto che le eventuali plusvalenze e minusvalenze latenti vengono trasferite nel valore delle nuove partecipazioni, senza alcuna conseguenza dal punto di vista reddituale per i soci della scissa.

Il patrimonio totale dei medesimi non viene modificato in termini assoluti, inoltre, i soci beneficiano di una sorta di ristoro, tendenzialmente sotto forma di titoli di una o più delle società che partecipano alla scissione, dal momento che sono obbligati a sopportare una decurtazione del patrimonio come effetto dell'impoverimento del patrimonio della società in cui partecipano. Tra l'altro, tale effetto permutativo, non prevede alcun effetto impositivo per espressa previsione normativa¹³³.

Nella scissione, così come nella fusione, gli effetti fiscali dell'operazione sono strettamente collegati alla decorrenza degli effetti civilistici. La scissione, difatti, a mente dell'art. 2506-*quater* c.c., produce i suoi effetti dall'ultima delle iscrizioni dell'atto di scissione nel registro delle imprese. In aggiunta, sempre in linea con la disciplina prevista per la fusione, anche per la scissione è prevista la possibilità di optare per la retrodatazione degli effetti dell'operazione *ex art. 173*, comma 11. Tale opzione, però, è prevista unicamente nei casi di scissione totale, sempre che vi sia coincidenza tra la chiusura dell'ultimo periodo di imposta della società scissa e delle beneficiarie¹³⁴. Da ciò è possibile evincere che questo è il limite massimo oltre il quale la retrodatazione non può operare. La *ratio* di tale istituto è, infatti, quello di evitare che sorga un autonomo periodo di imposta ed il relativo obbligo dichiarativo¹³⁵.

Inoltre, a tutela dei creditori della società scissa, è prevista la diminuzione del patrimonio della società debitrice e, nella scissione totale vi è, addirittura, la totale

¹³³ M.DI SIENA, *Scissione di società*, in *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie* (a cura di) E.DELLA VALLE, V.FICARI, G.MARINI, 2009

¹³⁴ *ibid*

¹³⁵ M.DI SIENA, *La scissione di società*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI, L.MIELE, 2018

scomparsa. Su questo argomento, l'art. 173, comma 13 TUIR prevede che *“le altre società beneficiarie sono responsabili in solido per le imposte, le sanzioni pecuniarie, gli interessi e ogni altro debito e anche nei loro confronti possono essere adottati i provvedimenti cautelari previsti dalla legge”*. Si tratta di una responsabilità solidale illimitata in luogo, la quale prende il posto della responsabilità limitata alla quota di patrimonio netto attribuito, disciplinata dalla normativa generale per i debiti civilistici.

In aggiunta, ai sensi dell'art. 173, comma quindici-bis TUIR, il principio dell'irrelevanza ai fini fiscali subisce una parziale deroga. Invero, tale norma sancisce che *“il regime dell'imposta sostitutiva di cui al comma 2 ter dell'articolo 176 può essere applicato, con le modalità, le condizioni e i termini ivi stabiliti, anche dalla società beneficiaria dell'operazione di scissione per ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori iscritti in bilancio a seguito di tali operazioni”*.

La norma in menzione consente alla beneficiaria di usufruire di una imposta sostitutiva. Difatti, per ottenere il c.d. affrancamento fiscale, ovvero la attribuzione di rilevanza fiscale ai maggiori valori che sono stati in contabilità in ragione dell'operazione, opera solo a condizione che vi sia stato il previo pagamento di una somma di denaro a titolo di imposta sostitutiva delle imposte dirette e dell'IRAP.

Inoltre, risulta molto interessante andare ad analizzare quale sia la disciplina fiscale della c.d. scissione con scorporo. Il Legislatore ha taciuto sul tale profilo, alimentando un acceso dibattito circa quale sia la disciplina fiscale applicabile a tale istituto di recente introduzione¹³⁶. Le maggiori incertezze derivano dal fatto che la scissione mediante scorporo ed il conferimento realizzano il medesimo risultato economico-aziendale rendendole tra loro fungibili¹³⁷. Ricondurre la scissione mediante scorporo in una di queste operazioni non è indifferente, dal momento che soggiacciono a due regimi fiscali sensibilmente diversi. A tal

¹³⁶ M. DI SIENA, *Lo scorporo nelle imposte sui redditi: i rapporti con la disciplina delle operazioni straordinarie “domestiche”*, in *Profili tributari dello scorporo*, G. FRANSONI, E. DELLA VALLE, 2024

¹³⁷ R. MICHELUTTI, E. IASCONE, *Scissione mediante scorporo alla prova dei benefici fiscali*, 2023

proposito, le SS.UU.¹³⁸ hanno affermato che la natura formale dell'operazione è dirimente al fine di comprenderne le implicazioni fiscali assicurando così maggiore certezza del diritto. Ciò detto, la dottrina¹³⁹ adottando un approccio concreto, afferma che la scissione mediante scorporo *ex art. 2506.1 c.c.*, sebbene sia sovrapponibile ad un conferimento in favore di una o più entità societarie di nuova costituzione, è pur sempre una scissione parziale, ed in quanto riconducibile al *genus* delle operazioni sui soggetti è assoggettabile al principio di neutralità a mente dell'art. 173 TUIR.

Nella scissione con scorporo, la neutralità subisce delle limitazioni, operando solamente su due fronti: quello della scissa e quello della beneficiaria. Infatti, l'attribuzione delle partecipazioni della beneficiaria neocostituita alla medesima scissa è del tutto irrilevante per i soci di quest'ultima, giacché non si realizza alcuna modificazione nella loro sfera soggettiva.

Ad oggi il Legislatore, in attuazione della Riforma fiscale si è occupato di questo tema, il quale verrà trattato nei prossimi capitoli.

¹³⁸ Cass. Sez. Un. 27 luglio 2022, n.23051

¹³⁹ M.DI SIENA, *Lo scorporo nelle imposte sui redditi: i rapporti con la disciplina delle operazioni straordinarie "domestiche"*, in *Profili tributari dello scorporo*, G. FRANSONI, E. DELLA VALLE, 2024

CAPITOLO II

L'abuso del diritto

2.1 Nozione di abuso e rapporto con l'interpretazione teleologica

Il termine elusione deriva dal latino “*eludère*”, che significa prendersi gioco di qualcuno o qualcosa, evitare, sfuggire o aggirare¹⁴⁰.

Questo comportamento è insito nella natura stessa dell'uomo, lo stesso Adam Smith affermava che rientra nella tendenza *dell'homo oeconomicus* massimizzare la propria utilità.

Difatti, il contribuente come un qualunque agente economico razionale, una volta sorta l'obbligazione tributaria, si attiverà affinché venga ridotto il suo apporto alle spese pubbliche. Questo comportamento elusivo viene inoltre facilitato dalla struttura e complessità dell'ordinamento tributario, il quale essendo fondato sulla determinazione legislativa del presupposto di imposta, deve tendere verso “*l'eshaustività e tipizzazione delle fattispecie impositive*”, creando così un sistema che concede la possibilità al contribuente di “*destreggiarsi tra le fitte maglie di una legislazione improvvisata*”¹⁴¹.

In generale, l'elusione dovrebbe essere analizzata come una categoria economica, il cui obiettivo è quello di descrivere la fattispecie¹⁴².

Sul piano del diritto, invece, l'istituto da esaminare sarebbe quello dell'abuso del diritto, giacché solo la violazione del divieto determina conseguenze giuridicamente rilevanti¹⁴³.

Ad oggi questo non è più un problema, dal momento che il Legislatore, con l'introduzione dell'art. 10-*bis* della L. 212/2000, ha equiparato in maniera definitiva l'abuso del diritto all'elusione fiscale, rendendoli uno sinonimo dell'altro.

¹⁴⁰ Voce Vocabolario Treccani

¹⁴¹ R.LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001

¹⁴² G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016

¹⁴³ A. GIOVANNINI

La giurisprudenza¹⁴⁴ ha affermato che si ha abuso del diritto quando “*il titolare di un diritto soggettivo, anche se privo di divieti formali, lo eserciti con modalità irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, comportando un ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, al solo fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri o facoltà furono attribuito*”.

Si configura una condotta abusiva quando un soggetto, nonostante stia agendo in virtù di un diritto riconosciuto da una disposizione legislativa non persegue un fine meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, dunque, questo diritto che in via astratta è riconosciuto e tutelato dall'ordinamento, in concreto viola le finalità che lo giustificano o determina situazioni che l'ordinamento non ammette¹⁴⁵.

Pertanto, con la locuzione abuso del diritto si tende ad indicare un limite esterno all'esercizio, potenzialmente pieno ed assoluto del diritto soggettivo, il quale rappresenta “*uno spazio di libertà, ma non di arbitrio*”¹⁴⁶. Uso anomalo del diritto che può condurre ad un comportamento del soggetto non rientrante nella sfera del diritto esercitato, ponendosi in contrasto con gli scopi etici e sociali per i quali il diritto stesso viene riconosciuto e protetto dall'ordinamento. Considerando che “*laddove finisce il diritto, inizia l'abuso*”¹⁴⁷ un soggetto non deve oltrepassare i limiti posti per l'esercizio di un diritto se non vuole correre il rischio di sconfinare nell'illecito.

A primo acchito, esaminando la locuzione “abuso del diritto” questa sembra essere una contraddizione, dal momento che con diritto si intende una libertà riconosciuta e garantita dall'ordinamento in una norma giuridica. Associando ad essa il termine abuso, l'esercizio di quella libertà riconosciuta e garantita dall'ordinamento diviene fonte di responsabilità: un fatto lecito si trasforma in un fatto illecito dal momento che ha oltrepassato il limite posto all'esercizio di quel diritto¹⁴⁸.

Dunque, si può definire l'abuso del diritto come un concetto trasversale alle categorie del diritto, che se calato nell'ambito del diritto tributario “*si traduce in un*

¹⁴⁴ Cass. sent. n. 20106/2009

¹⁴⁵ D.DEOTTO, *L'abuso del diritto non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta*, in *Corriere Tributario*, n.951/2013

¹⁴⁶ L.VITALE, *L'abuso del diritto quale nuovo principio antielusione dell'ordinamento tributario*, in *Il Fisco*, 44/2008

¹⁴⁷ F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, 2012

¹⁴⁸ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (1963)* in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, 2012, n.3

*comportamento contrario alle regole di condotta improntate alla buona fede in senso oggettivo; comportamento che il contribuente tiene a danno Stato per il raggiungimento di finalità estranee a quelle che lo Stato stesso protegge con la disciplina sostanziale del rapporto di imposta*¹⁴⁹.

Si avverte la necessità di individuare una definizione per qualificare la fattispecie di abuso del diritto, dal momento che queste condotte si collocano in una via di mezzo tra lecito ed illecito. Un comportamento abusivo non viola un precetto impositivo, piuttosto lo aggira, conseguendo in questo modo un beneficio *“conforme alla lettera, ma non alla ratio delle norme tributarie”*¹⁵⁰.

Una condotta abusiva ha la peculiarità di avvantaggiarsi delle difformità e contraddizioni del *corpus* fiscale al fine di ottenere un beneficio *indebito*, giacché dissonante con la *ratio* della norma. Pertanto, l’elusione fiscale *“si insinua nelle incrinature che l’ordinamento giuridico presenta, occupando quelle zone d’ombra che separa le aree dell’evasione e della lecita pianificazione fiscale”*.¹⁵¹

Il divieto di abuso del diritto non è altro che una regola di condotta, ispirata alla buona fede oggettiva, con funzione da un lato di criterio di governo dell’agire del contribuente e dall’altro di limite alla sua libertà negoziale¹⁵²: lo si può definire anche come *“l’opposto simmetrico della buona fede, dell’affidamento e della lealtà”*¹⁵³.

Tale dovere di correttezza ha anche la funzione di colmare alcune inevitabili lacune legislative, potendo essere utilizzato come strumento di *“chiusura del sistema legislativo”*¹⁵⁴.

Il contribuente adotta un comportamento abusivo a danno dello Stato, in ciò si distingue l’abuso del diritto nel diritto tributario rispetto a quello di diritto civile. Invero, il primo ha come fine quello di proteggere l’interesse pubblico su cui si

¹⁴⁹ S. ROMANO, *L’abuso del diritto*, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1958

¹⁵⁰ F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, Milano, 2023

¹⁵¹ G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, CEDAM, 2007

¹⁵² A. GIOVANNINI, *L’abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in Rivista di diritto tributario, 2014, n.1

¹⁵³ F. GALLO, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in Rassegna Tributaria, 2015, n.6.p. 1315

¹⁵⁴ F. GALGANO, *Diritto commerciale, volume II, Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 2004

fonda l'ordinamento tributario, il secondo invece è finalizzato a tutelare l'equilibrio contrattuale tra le parti.¹⁵⁵

Fattore comune tra i due è invece il “raggiungimento delle finalità estranee”. Obiettivo della disciplina antiabuso è quello di evitare che vi siano usi distorti della legge, al fine di impedire un esercizio di quel diritto in maniera difforme rispetto a quello pensato *ab origine* dal Legislatore¹⁵⁶. L'abuso del diritto tributario ha due ulteriori tratti caratterizzanti: dall'aggiramento di obblighi o divieti, prende forma la qualificazione come “indebito” del risparmio tributario realizzato, il quale è l'obiettivo principale dell'operazione in assenza di ulteriori ragioni economicamente apprezzabili¹⁵⁷.

Si evidenzia di come tali caratteristiche siano anche tipiche dell'elusione fiscale, le quali conducono ad un'inevitabile sovrapposizione di questa con l'abuso del diritto.¹⁵⁸

A riprova di quanto appena affermato, anche la Suprema Corte di Cassazione¹⁵⁹ ha delineato il concetto di abuso del diritto facendo riferimento ad i tratti salienti del suo *alter ego* economico: “*l'abuso costituisce una modalità di aggiramento della legge tributaria utilizzata per scopi non propri con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico*”. È quindi possibile per il Fisco disconoscere quelle pratiche ritenute abusive, nonostante siano formalmente ossequiose del diritto interno o comunitarie, se hanno come scopo principale quello di ottenere un vantaggio fiscale che sono in contrasto con le disposizioni che disciplinano il tributo o prevedono agevolazioni.¹⁶⁰

Giova ora soffermarci su quale sia il rapporto che lega l'abuso del diritto all'elusione fiscale.

¹⁵⁵ R. MATTERA, *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in *Contratto e Impresa*, 2020, n.1, p. 267

¹⁵⁶ *Ibid*

¹⁵⁷ A. CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamentali giuridici e connotati strutturali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2009, p.463

¹⁵⁸ M.BEGHIN, *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, 2008

¹⁵⁹ Cass. sent. n. 1465/2009

¹⁶⁰ Cass. sent. n. 1372/2011; Cass. sent. n. 35398/2021

Un primo collegamento fu individuato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea a seguito della celebre sentenza *Halifax*¹⁶¹, la quale è divenuta un vero e proprio *leading case* in materia.

Da questa sentenza si pongono le basi per un riconoscimento dell'abuso del diritto come un principio generale europeo affermando che *“perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della VI direttiva e dalla legislazione nazionale che le traspone, portare ad un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo, deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale”*.

Questo filone interpretativo fu adottato anche dalla giurisprudenza nazionale, la quale applicava il concetto di abuso del diritto derivante dalla Corte di Giustizia Europea sia alle fattispecie relative alle imposte armonizzate che a quelle non armonizzate, e avendo riguardo a quest'ultime, sia alle operazioni *ex art. 37-bis d.p.r. 600/1973* che quelle in esso non rientranti¹⁶². Orientamento che non fu esente da critiche¹⁶³ considerando che vi era un'estensione all'ordinamento italiano¹⁶⁴ di un concetto che non rientrava tra i principi dei Trattati UE senza che vi fosse un atto di recepimento da parte dell'ordinamento interno¹⁶⁵, il quale almeno per quanto concerne le imposte dirette ha una competenza esclusiva: pertanto è lecito parlare di *“abuso dell'abuso del diritto”*¹⁶⁶.

Altro nesso può essere individuato facendo discendere il divieto di abuso del diritto direttamente dalla Costituzione. Tale tesi esegetica pone le sue fondamenta da alcune pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2008¹⁶⁷, nelle quali

¹⁶¹ CGUE, 21 febbraio 2002, C-255/02, *Halifax*

¹⁶² F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, n.6

¹⁶³ M.BEGHIN, *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e “abuso del diritto”*, in *Corriere Tributario*, 2008,

¹⁶⁴ V.FICARI, *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra “diritto” giurisprudenziale e certezza normativa*, in *Bollettino Tributario*, 2008, p. 1773

¹⁶⁵ CGUE, C-321/05 (c.d. *Kofoed*)

¹⁶⁶ G. ZIZZO, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *Giurisprudenza Tributaria*, 2008, p. 465

¹⁶⁷ Cass. Sez. Un. nn. 30055-30056-30057/2008

è stato sancito che dai commi 1 e 2 dell'art. 53 Cost., relativi ai principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, deriva il principio per cui il contribuente non può ottenere vantaggi fiscali dall'utilizzo in maniera distorta di strumenti giuridici idonei a realizzare, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione.

Dunque, coloro che realizzano manifestazioni di ricchezza di pari sostanza economica devono essere assoggettati al medesimo trattamento fiscale, non è di ostacolo l'assenza di una norma di legge ordinaria che attribuisce all'Amministrazione questo potere al di fuori dei casi codificati.¹⁶⁸

Tale interpretazione è sostenuta anche da parte della dottrina¹⁶⁹, infatti il peculiare assetto giuridico posto in essere, se privo di valide ragioni economiche, non riesce a differenziare l'attitudine alla contribuzione dell'agente da quella che in realtà avrebbe manifestato, nel caso di operazioni "circolari" mentre per le operazioni "tortuose", se avesse fatto uso di uno strumento più diretto e lineare.

Pertanto, in questo caso l'art. 53 Cost. è funzionale ad un giudizio di tipo comparatistico tra la capacità contributiva dell'operazione effettivamente realizzata e quella che, a detta del Legislatore, si sarebbe dovuta configurare.

Se si verifica un'equivalenza nei due casi, si esclude l'attuazione della normativa "formalmente" applicabile e si riconduce l'operazione all'ambito di esecuzione della norma "elusa"¹⁷⁰, mediante un meccanismo non troppo difforme dall'analogia¹⁷¹. Facendo ovviamente le dovute specificazioni: l'analogia ha sempre come presupposto una lacuna, mentre nei casi di abuso esiste una disciplina applicabile almeno a livello formale.

Altra parte della dottrina¹⁷², invece, si è dimostrata fortemente contraria a tale approccio asserendo che in questa maniera si assegnerebbe ad una norma costituzionale un potere che non le spetterebbe, ovvero sia quello di "selezionare,

¹⁶⁸ V.FICARI, *Clausola generale antielusiva, art.53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p.390

¹⁶⁹ G. ZIZZO, *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, p.933

¹⁷⁰ G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016

¹⁷¹ G. FRANSONI, *Appunti su abuso del diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, p. 933

¹⁷² M.BEGHIN, *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, 20

*attraverso la lente della capacità contributiva e in assenza di una disposizione specifica, le fattispecie da accertare attraverso il principio del divieto di abuso del diritto e quelle che, invece, da tale accertamento debbono rimanere immuni*¹⁷³.

La Costituzione, infatti, assolve una funzione precettiva, di indirizzo al Legislatore. Quest'ultimo deve legiferare avendo a mente i principi costituzionali che orientano il nostro ordinamento, impressi nella nostra carta costituzionale.

Pertanto, in questo caso l'articolo 53 della Costituzione sarebbe attuale solamente nel caso in cui riuscisse ad individuare degli indici di capacità contributiva nelle specifiche norme impositive¹⁷⁴ e, di conseguenza non potrebbe intervenire direttamente nei singoli casi concreti di rapporto Stato-contribuente.

Tale concetto viene espresso a livello costituzionale dall'art. 23, il quale sancisce che *“nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”*. Questa norma disciplina il c.d. principio di riserva di legge, per maggiore chiarezza di riserva di legge relativa. Tale norma costituzionale assume *“la funzione di assicurare la democraticità delle scelte impositive, ma anche quella di creare le basi della certezza dei rapporti Fisco-contribuente”*¹⁷⁵

L'orientamento dottrinale finora esaminato è in forte contrasto con quanto affermato dalla giurisprudenza, la quale esclude del tutto possibili interferenze con il principio *testé* menzionato. Fondamento di tale esclusione è il fatto che un riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non comporterebbe l'applicazione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge¹⁷⁶.

Altra dottrina¹⁷⁷, invece, sostiene che sia più corretto parlare di *“abuso di dovere”*, giacché il versamento dei tributi è riconducibile a tale posizione giuridica soggettiva e non a quella del diritto. Sempre questa dottrina afferma che sarebbe più corretto ricollegare il fondamento dell'abuso all'art. 41 Costituzione, il quale sancisce la libertà di iniziativa economica. Così facendo si eleva questa libertà ad

¹⁷³ *Ibid*

¹⁷⁴ P. RUSSO, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.1, p.10001

¹⁷⁵ M.BEGHIN, *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, 2008

¹⁷⁶ *Ibid*

¹⁷⁷ P. RUSSO, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.1,

un vero e proprio diritto, non privo di limiti: non può essere esercitato in contrasto con l'utilità sociale. Pertanto, secondo tale filone interpretativo porre in essere una condotta abusiva viola la libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*, in quanto comportamento in contrasto con l'utilità sociale¹⁷⁸.

Infine, il Legislatore comunitario è intervenuto al fine di spazzare via ogni divergenza interpretativa sul punto. La Raccomandazione Europea del 6 dicembre 2012 n. 772 ha indirizzato i diversi legislatori nazionali ad individuare e disciplinare una normativa antiabuso, con l'obiettivo di unificare il metodo di contrasto all'elusione a livello comunitario, non dando adito a possibili interpretazioni confuse, contraddittorie o dissonanti dei medesimi testi e degli stessi principi tra i vari Stati Membri dell'UE.¹⁷⁹

L'abuso del diritto è strettamente connesso all'interpretazione teleologica del diritto tributario. Tale approccio è stato introdotto dalla dottrina tedesca¹⁸⁰ ed ha avuto la Scuola di Pavia¹⁸¹ come principale esponente in Italia. Essi sostenevano la tesi dell'interpretazione funzionale del diritto tributario, in contrapposizione all'interpretazione nominalistica o formale delle leggi.

Per tale dottrina, il diritto tributario persegue principalmente due scopi: procurare allo Stato maggiori introiti possibili e la tassazione del c.d. equivalente economico. Con riferimento al primo scopo, esso ha l'obiettivo di attuare un'applicazione sostanzialistica del diritto tributario al fine di colmarne le lacune e realizzare una vera e propria eguaglianza tra i contribuenti, sostenendo che le obbligazioni tributarie fossero lo strumento mediante il quale attuare una ripartizione equa della spesa pubblica, e di conseguenza anche l'interpretazione della norma tributaria aveva il compito ottenere un risultato esegetico che permettesse l'uguaglianza tra i contribuenti¹⁸². Il secondo, invece, è funzionale al raggiungimento del primo, avendo l'obiettivo di garantire il massimo gettito allo Stato, non già con imposizioni arbitrarie del Fisco, ma mediante un'interpretazione estensiva della norma tributaria

¹⁷⁸ *Ibid*

¹⁷⁹ G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Milano, 2022

¹⁸⁰ ENNO BECKER

¹⁸¹ I principali esponenti erano Benvenuto Griziotti ed i suoi allievi (tra cui Jarach, Pomini e Vanoni)

¹⁸² R. CORDEIRO GUERRA, *Corso di diritto tributario*, Torino, 2020

in modo da ottenere la tassazione di tutto ciò che è ”*economicamente equivalente*” per il Legislatore.

Si ritiene però, che il primo scopo entri in forte contrasto con quelle che è il naturale interesse del contribuente, ovverosia quello di pagare meno imposte possibili. Pertanto, tale approccio ha portato ad affermare che “*l’acquisizione del gettito è il motivo della legge, non il suo scopo*”.

Una volta definito quale sia lo scopo del diritto tributario, è doveroso andare ad analizzare il rapporto che intercorre tra l’interpretazione e l’elusione. Con elusione fiscale o abuso del diritto si fa riferimento a quel comportamento, contrario alla buona fede oggettiva, sebbene formalmente rispettoso della legge, secondo cui abusa di un diritto chi lo utilizza al fine di sottrarsi all’applicazione di una norma imperativa. In ambito fiscale, ci si riferisce a quel comportamento in cui il contribuente, dovendo perseguire un determinato obiettivo economico, aggira il connesso presupposto di imposta mediante l’utilizzo di un percorso “anomalo” rispetto a quello “diretto” predisposto dall’ordinamento¹⁸³. Così facendo, il contribuente, al fine di mitigare (o eliminare del tutto) l’onere fiscale connesso al presupposto mediante una diversa configurazione giuridica, ne può far sorgere uno diverso o addirittura non farne sorgere alcuno. Ottenendo così un medesimo risultato dal punto di vista economico ma un minore onere fiscale.

Autorevole dottrina¹⁸⁴, afferma che una fattispecie abusiva può realizzarsi in tre differenti maniere.

Nella prima forma il contribuente, al fine di raggiungere un determinato obiettivo economico, sceglie di effettuare un percorso A, nel quale si realizzano una serie di operazioni che conducono ad un indebito vantaggio fiscale in contrasto con la *ratio* della norma, piuttosto che un percorso B, che è più gravoso da un punto di vista fiscale, ma ideato dal Legislatore per conseguire il medesimo risultato finale.

Nella seconda, invece, vi è il sorgere di una disposizione legislativa che non permette al contribuente di usufruire di determinati vantaggi fiscali. In questi casi, il contribuente aggira la normativa attraverso il “travestimento” del reddito: ne è un

¹⁸³ G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, 2023

¹⁸⁴ *Ibid*

limpido esempio la trasformazione di plusvalenze da cessione di aziende in plusvalenze da cessione di partecipazioni, che vantano un regime fiscale più mite. Ulteriore tipologia di aggiramento è quella in cui il contribuente reagisce dinanzi ad una situazione legislativa che gli preclude determinati vantaggi.

In fine, l'ultima tipologia si realizza attraverso una "strumentalizzazione" delle norme tributarie a proprio favore. Per esempio, ciò può accadere creando componenti negative di reddito o recuperando perdite rilevanti dal punto di vista fiscale.

Va, inoltre, precisato che le operazioni devono essere reali e volute al fine di non rientrare nel fenomeno simulatorio e quindi essere qualificate come evasive.

Tornando ora al rapporto interpretazione-elusione, il quale ora dovrebbe apparire più chiaro, si può sancire che non si avrà elusione fin quando la fattispecie realizzata dal contribuente possa essere ricondotta all'interno dell'alea della norma elusa, non verificandosi così un fenomeno elusivo ma una legittima interpretazione estensiva¹⁸⁵, da qui la celebre frase: "l'elusione inizia là dove finisce l'interpretazione"¹⁸⁶.

2.2 Elusione fiscale, legittimo risparmio d'imposta ed evasione

Vi è stata sempre molta confusione relativamente ai concetti di lecito risparmio di imposta, elusione ed evasione fiscale. Minimo comune denominatore tra questi è il risparmio fiscale ottenuto realizzando determinate operazioni, individuandone, invece, come *discrimen* la modalità con cui questo risparmio viene realizzato¹⁸⁷. Risulta, dunque, dirimente la modalità mediante cui tale risparmio viene attuato al fine di poter identificare quale tra le tre fattispecie si sia realizzata, tracciando così un confine tra lecito ed illecito.

¹⁸⁵ *Ibid*

¹⁸⁶ ALBERT HENSEL

¹⁸⁷ G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016

Il concetto di elusione fiscale può essere ricondotto a quello di “pianificazione fiscale”, ovverosia tutte quelle condotte poste in essere dal contribuente al fine di diminuire il proprio carico fiscale.

Questa può assumere una connotazione “aggressiva”, in tal caso il Legislatore ne deve limitare la portata qualora presenti profili di contrarietà rispetto allo “*spirito del nostro sistema*”¹⁸⁸.

Il legittimo risparmio di imposta è riconducibile alla libertà del contribuente di pianificare al meglio la propria attività, sfruttando vantaggi fiscali, quali frutti di regimi tributari ideati dal Legislatore. Nel tempo questa prerogativa è stata rafforzata, soprattutto in seguito ad alcune sentenze della Corte di Giustizia, in particolar modo la sentenza *Halifax*¹⁸⁹ ha sancito che “*un imprenditore che ha la scelta tra operazioni esenti ed operazioni soggette ad imposta può basarsi su un insieme di elementi, in particolare su considerazioni di natura fiscale attinenti al regime obiettivo dell'IVA. A un soggetto passivo che ha la scelta tra due operazioni la sesta direttiva non impone di scegliere quella che implica un maggiore pagamento IVA. Al contrario, [...], il soggetto passivo ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale*” L’orientamento unionale è stato accolto anche dalla giurisprudenza italiana, la quale ha riconosciuto al contribuente il diritto di poter scegliere “*l’operazione negoziale che risulti fiscalmente meno gravosa*”, senza che ciò costituisca *ex se* condotta contraria allo scopo della disciplina normativa tributaria, laddove sia lo stesso ordinamento tributario a prevedere tale facoltà di scelta¹⁹⁰. Allo stesso tempo, è fatto divieto di ottenere un vantaggio fiscale “*mediante l’uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un’agevolazione o un risparmio di imposta, in difetto di ragioni economiche apprezzabili, che giustifichino l’operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici*”¹⁹¹.

È chiaro ormai che elusione fiscale e legittimo risparmio d’imposta abbiano la radice comune del risparmio d’imposta, il quale, tuttavia, se conseguito attraverso

¹⁸⁸ M.BEGHIN, *Diritto tributario per l’Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*. Padova, 2013

¹⁸⁹ CGUE, 21 febbraio 2002, C-255/02, *Halifax*

¹⁹⁰ Cass. sent. n. 17175/2015

¹⁹¹ Cass. Sent. 30335/2018

strumenti appositamente costruiti dal legislatore, viene automaticamente ricoperto di un'aura di liceità, mentre se è il contribuente che ricorre agli strumenti consentiti dallo stesso legislatore, non viola formalmente alcuna norma, ma li utilizza per ottenere vantaggi contrari a quelli per cui gli stessi istituti sono stati ideati, ecco che si cade in quella “zona grigia”¹⁹² ove il contribuente riesce ad ottenere un risparmio d'imposta riconducibile all'area dei vantaggi indebiti, i quali sono caratterizzati dal non essere espressamente previsti dal legislatore e, di conseguenza, da limitare il più possibile.

Occorre, però, sottolineare che la libertà negoziale non è sconfinata: l'ordinamento deve porre sia limiti interni alla disciplina, il cui superamento può comportare vizi di annullabilità o disconoscimento dei vantaggi fiscali ottenuti, relativamente al singolo atto stesso, con vincoli generali, che se violati possono generare conseguenze distorte nei confronti dei terzi¹⁹³.

Caso emblematico di confusione tra elusione e lecita pianificazione fiscale è la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 28 aprile 2008, n. 177/E, con la quale il Fisco ha riconosciuto come elusiva un'operazione di trasformazione di una società per azioni in società a responsabilità limitata effettuata al fine esclusivo di poter esercitare l'opzione per la determinazione del reddito agrario su base catastale, ai sensi di una specifica disposizione agevolativa prevista a favore di alcune società agricole. Nel caso di specie, il Fisco ha qualificato l'operazione come elusiva semplicemente perché per mezzo di essa, il contribuente avrebbe potuto avvalersi di un regime fiscale più favorevole. Pertanto, può essere affermato che l'operazione di trasformazione in esame rientra nell'ambito della lecita pianificazione fiscale, non dunque nell'elusione¹⁹⁴.

Per quanto riguarda la relazione che sussiste tra elusione ed evasione fiscale, la prima consiste in un comportamento formalmente rispettoso della legge, ma di fatto si pone l'obiettivo di aggirarla. Si configura, invece, evasione fiscale quando vi è una vera e propria violazione delle norme fiscali al fine di sottrarsi al pagamento

¹⁹² M.BEGHIN, *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*. Padova, 2013

¹⁹³ A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n.1, p.234

¹⁹⁴ E. MANONI, *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del d.p.r n. 600 del 1973)*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2019, n.1

del tributo, mediante l'occultamento, totale o parziale, della base imponibile del presupposto¹⁹⁵. Per semplificare, il contribuente, al fine di pagare un'imposta inferiore, nasconde un reddito che ha prodotto, un patrimonio esistente o il suo volume d'affari, confidando di non essere scoperto¹⁹⁶. Con l'elusione invece l'imposta che viene versata è stata calcolata sulla base dell'operazione realizzata, non invece quella che, a detta dell'Amministrazione Finanziaria, avrebbe dovuto porre in essere per raggiungere quel determinato obiettivo economico senza aggirare la legge. Dunque, il contribuente sceglie di effettuare un determinato percorso A, il quale è caratterizzato da una serie di operazioni previste dall'ordinamento giuridico, ma che nel complesso comportano un indebito vantaggio fiscale aggirando la *ratio* della normativa fiscale, piuttosto che un percorso B, più oneroso da un punto di vista fiscale, ma previsto dal Legislatore per realizzare quel medesimo risultato economico.

Quindi principale discriminazione tra le due operazioni è la condotta del contribuente.

Al fine di meglio comprendere la differenza tra questi due concetti, giova richiamare il brocardo "*Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*"; pertanto, si può affermare che l'evasione è *contra legem*, mentre l'elusione è *extra legem*¹⁹⁷.

Una fattispecie *border line* tra l'elusione e l'evasione è la simulazione¹⁹⁸. Tale istituto è riconducibile all'evasione ma spesso viene confusa con l'elusione. La simulazione è fondata sul presupposto che gli effetti dell'atto formalmente realizzato sono in contrasto con quelli concretamente voluti dalle parti. A mente dell'art. 1414 c.c., avremo simulazione quando le parti stipulano un contratto (c.d. simulato) prevedendo, nei rapporti interni, che esso non produca i suoi effetti. Inoltre, le parti hanno anche la possibilità di stabilire che la realtà giuridica sottostante non subisca alcun cambiamento (c.d. simulazione assoluta) oppure che

¹⁹⁵ R. CORDEIRO GUERRA, *Corso di diritto tributario*, Torino, 2020

¹⁹⁶ M.BEGHIN, *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*. Padova, 2013

¹⁹⁷ M.BEGHIN, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario* (a cura di) G. MAISTO, Milano, 2009

¹⁹⁸ Cass. sent. n.41755/2015

venga modificata mediante la stipula di un diverso negozio giuridico. (c.d. simulazione relativa).

Dunque, tratto caratteristico della simulazione è quella della fittizietà del negozio simulato. I contraenti, infatti, non vogliono realizzare i suoi effetti, lasciando la situazione immutata, ovvero che si modifichi ma non secondo gli effetti del contratto opponibili ai terzi.

Indossando gli occhiali del fiscalista, possiamo affermare che la simulazione è un'operazione rientrante nel *genus* dell'evasione e non in quello dell'elusione, giacché il contribuente, celando all'Amministrazione Finanziaria gli effetti che si producono in concreto tra le parti, applica il trattamento fiscale a sé più favorevole, violando così la normativa tributaria¹⁹⁹.

Nell'elusione, invece, non vi è contrasto tra l'atto apparentemente posto in essere dalle parti e gli effetti sostanziali voluti, dinamica che è tipica della simulazione. Anzi, nell'elusione accade esattamente il contrario: il contribuente realizza quelle operazioni proprio al fine di ottenerne gli effetti a loro collegati, dal momento che la loro combinazione gli permette di aggirare un trattamento fiscale più oneroso e di ottenere un risparmio fiscale.

A differenza della simulazione, l'elusione consiste in un comportamento effettivo e reale²⁰⁰ messo in atto dal contribuente²⁰¹, consistente nell'uso di mezzi negoziali che permettono di ottenere determinati effetti sul piano tributario e allo stesso tempo il risultato economico prefissato, o comunque producono conseguenze economiche irrilevanti ovvero a cui il contribuente è indifferente²⁰².

Per riassumere, con una condotta simulatoria e quindi evasiva, il contribuente opera "a valle" sulla verifica del presupposto impositivo, occultandolo al Fisco fraudolentemente. Mentre con una condotta elusiva il contribuente opera "a monte",

¹⁹⁹ S.P. DI GIACOMO, *L'eterno ritorno dell'uguale: la Suprema Corte torna a confondere abuso del diritto e simulazione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n.3

²⁰⁰ L.CASTALDI, *Il "dividend washing" integra "ex se" abuso del diritto- La Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo*, in *GT- Rivista giuridica tributaria*, 2016

²⁰¹ F. TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario. Parte Generale*, Torino 2020

²⁰² D.STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, n.5

evitando così di far sorgere il presupposto stesso o generando un presupposto diverso, sottoponendosi ad un trattamento fiscale più lieve²⁰³.

Al fine di meglio specificare la differenza tra elusione e simulazione giova analizzare le operazioni di *dividend washing* e del *dividend stripping*²⁰⁴, le quali in passato venivano qualificate come simulazioni. Ponendo maggiore attenzione, ci si accorge che nelle operazioni appena menzionate, i contribuenti sono proprio interessati a quei contratti e a quegli effetti: l'acquisto dei titoli e la loro cessione a termine nel *dividend washing*; il diritto di usufrutto temporaneo nel *dividend stripping*. Permettendo così di poter beneficiare del diritto alla percezione dei dividendi e con essi il relativo credito di imposta²⁰⁵.

Infine, ultimo esempio circa la differenza tra elusione e simulazione è quello dell'interposizione fittizia di persona, ovverosia quell'istituto con cui si crea l'apparente titolarità di un reddito in capo ad un determinato soggetto in luogo di chi ha realmente prodotto quel reddito, con l'obiettivo di evitare la maggior tassazione che graverebbe sull'interposto. Infatti, in tale istituto il reddito grava sul soggetto interposto e non su colui il quale ha prodotto effettivamente il reddito.

Sul punto, l'art. 37, comma 3 del d.p.r. 600/1973 sancisce che “*in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni, gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona*”.

In passato a tale norma era stata assegnata una funzione antielusiva dalla giurisprudenza²⁰⁶. Questo filone interpretativo fu però fortemente criticato in quanto in tale norma non vi è segno di alcun riferimento né al conseguimento di vantaggi tributari indebiti, né all'elusione di norme di norme di legge. Tale norma

²⁰³ F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario*, 2021

²⁰⁴ La prima operazione consiste in una compravendita con retrocessione a termine effettuata tra un fondo comune di investimento e una società di capitali, mediante la quale il fondo trasforma un dividendo, che è in via di pagamento su un titolo in suo possesso, in una plusvalenza, mentre la società di capitali incassa il dividendo. Scomputa la ritenuta di acconto e il credito di imposta e imputa al conto economico una minusvalenza da negoziazione. Diversamente, la seconda consiste nella costituzione di usufrutto su azioni di società operativa italiana, possedute da società estere non residente in favore di altra società italiana. In tale operazione il vantaggio fiscale è relativo alle deduzioni del costo di acquisto del diritto da parte dell'usufruttuario ed all'attribuzione al medesimo del credito di imposta pertinente i dividendi percepiti.

²⁰⁵ D.STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, n.5

²⁰⁶ Cass. sent. n. 12788/2011, Cass. Sent. n. 5937/2015

è di tipo procedimentale e si interessa solamente di individuare l'effettivo soggetto passivo sia nelle fattispecie di interposizione reale che fittizia²⁰⁷. Orbene, sostenere che la norma in questione abbia una finalità antielusiva potrebbe “*aprire scenari inquietanti sul piano della certezza del diritto, rischiando di incrinare gravemente la sicurezza dei traffici giuridici e gli effetti fiscali di tutte le interposizioni reali*”²⁰⁸. L'interposizione fittizia non può essere ricondotta all'elusione, dal momento che il soggetto che appare titolare della ricchezza non corrisponde al possessore reale. Dunque, l'interposizione fittizia non è altro che una declinazione dell'evasione fiscale, in quanto si può nascondere all'Amministrazione Finanziaria parte della ricchezza tassabile. Nell'elusione fiscale, invece, la situazione formale e sostanziale coincidono facendo sì che l'oggetto dell'indagine si concretizzi sull'operazione che, a detta dell'Agenzia, il contribuente avrebbe dovuto mettere in atto in sostituzione di quella effettuata, la quale gli ha concesso di ottenere un indebito vantaggio fiscale²⁰⁹.

Chiarito, pertanto, il perimetro di ciascuno di questi istituti, è vitale capire quale fattispecie si ha di fronte. Sul tema, si è sviluppato un curioso filone interpretativo²¹⁰, secondo cui per riuscire a comprendere se si sta affrontando un caso di abuso del diritto, legittimo risparmio ovvero di evasione, è necessario tenere in considerazione tre differenti fini:

- 1) Fine della condotta dell'agente, ovverosia l'interesse acquisitivo, modificativo, costitutivo ad un bene della vita;
- 2) Fine tipico, vale a dire la finalità prevista dall'ordinamento in vista del quale è attribuito a quel determinato atto quel particolare effetto giuridico;
- 3) Fine economico, ovvero la finalità dell'operazione rispetto alle normali logiche di mercato.

²⁰⁷ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2023

²⁰⁸ D.STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, n.5

²⁰⁹ G. CORASANITI, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.2.

²¹⁰ M.MISCALI, *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n.4, p. 1385

Per quanto riguarda il lecito risparmio di imposta, i tre fini corrispondono. In quanto l'agente economico desidera raggiungere quel determinato obiettivo, l'ordinamento glielo permette e l'operazione si realizza secondo normali logiche di mercato.

Nell'abuso i primi due fini coincidono mentre quello economico diverge, questo accade perché il contribuente realizza una determinata operazione lecita per conseguire il risultato, però il percorso intrapreso non è conforme a logiche di mercato.

Infine, nell'evasione corrispondono il fine dell'agente e quello economico, si discosta però quello tipico. Ciò si verifica quando il soggetto attua una specifica azione economica secondo le normali logiche di mercato, ma essa non è prevista dalla legge.

Ad ogni singola fattispecie è collegata un determinato effetto dal punto di vista giuridico. Infatti, nella liceità non vi è né violazione né inopponibilità né recupero di imposte né irrogazione di sanzioni.

Per quanto riguarda l'abuso, non vi è violazione, non vi è irrogazione di sanzioni ma vi è inopponibilità consistente nel recupero delle sole maggiori imposte dovute alla "destrutturazione" dell'operazione nel perseguimento del fine economico.

Infine, nella illiceità vi è la violazione che comporta il recupero delle imposte ordinarie e l'irrogazione di sanzioni.

Esaminando la questione da un punto di vista pratico, giova analizzare una sentenza di merito della Commissione Tributaria di Grosseto²¹¹. Questa ha tracciato il percorso da compiere al fine di poter agevolmente rilevare l'abuso del diritto.

Innanzitutto, è necessario sin da subito valutare le scelte del contribuente, al fine di verificare se ci trovi di fronte ad un caso di "legittimo risparmio di imposta".

Pertanto, "dopo aver verificato se il vantaggio conseguito dal contribuente sia legittimo o meno, e se si tratta di vantaggio illegittimo, dopo aver ulteriormente verificato che tale beneficio non sia ascrivibile all'evasione".

Verificato che il vantaggio sia riconducibile a questa "zona grigia residuale", è necessario che esso risulti "indebito, cioè non voluto dall'ordinamento ovvero in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento fiscale".

²¹¹ Comm. Trib. Prov. Toscana Grosseto, Sez. II Sent., 31 gennaio 2020 n. 4

Da ciò è desumibile che indipendentemente dalla sostanza economica e dalle ragioni extrafiscali, il contribuente può “scegliere una condotta semplicemente perché questa determina un vantaggio fiscale lecito”, riconosciuto dall’ordinamento.

2.3 Excursus storico normativo della disciplina antiabuso

Al fine di meglio comprendere il concetto di abuso del diritto, pare opportuno ripercorrere un *excursus* storico-normativo della disciplina antiabuso nel nostro ordinamento.

La prima disposizione normativa su tale argomento nel nostro ordinamento è stata l’ormai abrogato art. 8, comma 1, r.d. 3269/1923 sull’imposta di registro. Essa affermava che “*Le tasse sono applicate secondo l’intrinseca natura degli atti e dei trasferimenti, se anche non vi corrisponda il titolo o la forma apparente*” Qui il tema dell’elusione apre le porte al problema della relazione tra diritto tributario e diritto civile. Tale rapporto era intrecciato in una prospettiva autonomista, nel quale il risultato civilistico fungeva da mero punto di partenza non vincolante per l’interprete, permettendo così di attribuire proprie qualificazioni attraendo alla norma elusa anche quei negozi non espressamente enunciati, ma aventi una forza economica equivalente ai negozi enunciati. In merito, sorgeva una critica circa la possibile confusione tra giuridico e metagiuridico ed inoltre la volontà di impossessarsi di una prerogativa propria del Legislatore, ovvero sia quello di colmare le lacune del diritto²¹².

Successivamente, si sviluppò un filone di pensiero che si avvaleva in chiave antielusiva della frode alla legge *ex art. 1344 c.c.* Tale approccio comportava un problema principale ai fini dell’applicazione di questo articolo: era complicato qualificare le norme tributarie come imperative²¹³. Le norme fiscali non venivano considerate come disposizioni che potessero sancire direttamente obblighi e divieti. Inoltre, questo approccio puniva l’operazione considerata come elusiva con la

²¹² G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, 2023

²¹³ F. GALLO, *Elusione, risparmio d’imposta e frode alla legge*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1989, n.3

nullità, ciò però era eccessivamente gravoso in ambito tributario, essendo sufficiente la c.d. “inefficacia relativa”, che semplicemente rende inopponibile l’operazione al Fisco.

Data la grande confusione che si era andata a creare intorno all’argomento, il Legislatore iniziò a riflettere circa la possibilità di introdurre, nel nostro ordinamento, sul modello tedesco e francese, una norma generale antielusiva, contrastando l’elusione con norme speciali.

In questo modo si è arrivato all’ art. 10, l.n. 408/1990, il quale sanciva che: “È consentito all’amministrazione finanziaria disconoscere i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di concentrazione, trasformazione, scorporo, cessione d’azienda, riduzione di capitale, liquidazione, valutazione di partecipazioni, cessione di crediti o cessione o valutazione di valori mobiliari, poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta”. La norma *testé* menzionata aveva una portata “quasi-generale”, nel senso che da un lato aveva una struttura generale giacché prevedeva che, ai fini dell’applicazione della norma, vi fossero: lo scopo di ottenere un risparmio di imposta fraudolento, la mancanza di valide ragioni economiche e l’effetto di disconoscimento²¹⁴. Dall’altro, la norma aveva grossi limiti relativi all’ambito di applicativo abbastanza ridotto, in quanto era vincolata dal fatto che l’operazione posta in essere rientrasse nell’elenco tassativamente previsto dal Legislatore²¹⁵.

Ulteriore problema si manifestava circa la gravosità degli oneri probatori gravanti sull’Amministrazione Finanziaria per dimostrare il carattere fraudolento dell’operazione realizzata²¹⁶.

Invero, nonostante fossero stati adottati comportamenti abusivi, se l’operazione era al di fuori del novero di quelle ricomprese nella lista questa non veniva punita in quanto ci si trovava di fronte a casi di “elusione fiscale legale”.

Per meglio specificare, Il concetto di “elusione fiscale legale” non deve essere confuso con quello di legittimo risparmio di imposta. Quest’ultimo non perfeziona

²¹⁴ F. GALLO, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, n 6

²¹⁵ G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, 2023

²¹⁶ P. RUSSO, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n.1, 2016

i presupposti affinché si configuri un comportamento elusivo, ma raggiunge un risparmio di imposta mediante una scelta ammessa dall'ordinamento. Tuttavia, tale disposizione avendo inserito l'avverbio "fraudolentemente" aveva fatto sorgere non pochi problemi, giacché aveva ingenerato in alcuni un rimando all' "oggettivo aggiramento" ex art. 1344.c.c. e quindi alla frode alla legge, in altri alla frode in accezione penalistica²¹⁷.

Negli anni '80 si svilupparono una serie di pratiche abusive: il c.d. *dividend washing* ed il c.d. *dividend stripping*. Come già esaminato in precedenza, ma *repetita iuvat* il primo comportava un beneficio derivante dal credito di imposta sui dividendi altrimenti non spettanti da parte dei fondi comuni. Il secondo, invece, era inerente ad operazioni poste in essere da società controllanti estere per beneficiare del credito di imposta sui dividendi altrimenti non spettanti ed evitare altresì la ritenuta sui dividendi. Pertanto, il Fisco provò a contrastare tali operazioni avvalendosi dell'art.1344 c.c. La Suprema Corte dal canto suo adottò un'interpretazione *contra fiscum* che negava la portata di norme imperative delle norme tributarie. Per la 6specifiche norme antielusive.

In seguito, fu introdotto l'art. 37-*bis*, d.p.r. 600/1973.

Tale disposizione portò alla:

- riaffermazione della struttura "quasi generale" della norma antielusiva;
- eliminazione di ogni riferimento all'avverbio "fraudolentemente";
- introduzione come effetto l'inopponibilità all'Amministrazione Finanziaria;
- affermazione che per esserci elusione le operazioni devono essere prive di "valide ragioni economiche";
- deduzione delle imposte già pagate;
- previsione di una serie di garanzie procedimentali a favore del contribuente (richiesta di chiarimenti prima di emanare l'avviso di accertamento pena la nullità dell'atto, nella specifica motivazione sulle giustificazioni sempre, e nell'iscrizione al ruolo solo dopo sentenza favorevole;
- introduzione dell'istituto dell'interpello "disapplicativo" di norme antielusive.

²¹⁷ G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, 2023

Per parte della dottrina²¹⁸, l'introduzione di questa norma aveva il compito di delimitare l'ambito di applicazione della normativa antiabuso, la quale seppure indicata come legge generale, era sempre limitata ad uno specifico ambito impositivo e ad un *numerus clausus* di fattispecie.

Tuttavia, la Suprema Corte²¹⁹, nel 2005 mutò improvvisamente interpretazione a favore del Fisco. Inizialmente, iniziò ad affermare che nelle operazioni considerate come abusive mancherebbe qualsiasi interesse economico, essendo così assimilabili ad atti privi di causa, e per questo puniti con la nullità. A seguito della celebre sentenza *Halifax*²²⁰, la Cassazione ha deciso di sancire la diretta applicabilità del principio di abuso del diritto di fonte europea. Tale approccio non fu scevro da critiche giacché la summenzionata sentenza era in tema di IVA, fondando dubbi sulla possibile estensione dei principi elaborati su tributi armonizzati a tributi non armonizzati.

Essendosi così creato un principio generale antiabuso di origine pretoria, i giudici di piazza Cavour²²¹ valutarono che ruolo ancora svolgesse l'art.37-*bis* nel nostro ordinamento, affermando che rappresentava un “*mero sintomo dell'esistenza di una regola generale*”. Questa interpretazione aveva dato vita ad un “doppio binario”, il quale aveva come conseguenze la disparità di trattamento tra le operazioni rientranti nell'art. 37-*bis* e quelle estranee, non prevedendo per queste ultime alcune garanzie procedurali. La Suprema Corte²²², inoltre, avrebbe voluto eliminare tali garanzie sollevando questione di legittimità costituzionale in quanto questo contraddittorio era fonte di irragionevoli disparità di trattamento. La Consulta²²³, tuttavia, rigettò seccamente la questione. Successivamente, la Corte di Cassazione²²⁴, però, ritornò sui suoi passi, riconoscendo l'essenzialità del contraddittorio anche nell'abuso del diritto di matrice giurisprudenziale.

²¹⁸ *Ibid*

²¹⁹ Cass. sent. n. 20398/2005 e 229327/2005

²²⁰ CGUE, 21 febbraio 2002, C-255/02, *Halifax*

²²¹ Cass. sent. n. 8772/2008

²²² Cass. sent. n. 24793/2013

²²³ Corte. Cost. sent. n. 132/2015

²²⁴ Cass. sent.n. 605/2015

A mettere fine a queste interpretazioni discordanti sul tema fu l'intervento della Cassazione a Sezioni unite²²⁵, in merito ad operazioni di *dividend stripping* e *dividend washing*, sancendo che in tema di tributi non armonizzati la fonte del principio antiabuso non va rinvenuto nella giurisprudenza europea bensì negli stessi principi costituzionali, in modo particolare il principio di capacità contributiva ex art. 53 Cost., che informano il nostro ordinamento tributario. A detta della Suprema Corte, inoltre, non vi è nessun contrasto con la riserva di legge ex art. 23 Cost., dal momento che l'introduzione di un principio generale antiabuso non collide con il divieto di imporre ulteriori obblighi contributivi in assenza di una specifica disposizione legislativa, ma piuttosto essa ha l'obiettivo di disconoscere gli effetti abusivi di negozi realizzati al solo fine di eludere l'applicazione di norme fiscali. Al fine di scongiurare possibili usi distorti in sede di accertamento del nuovo principio antiabuso, considerata la sua estrema genericità, la Corte²²⁶ ha sentito la necessità di fissare dei confini dell'abuso del diritto e di specificare gli oneri probatori in capo al Fisco e al contribuente.

In questa sede fu affermato che:

- a) il Fisco dovesse verificare l'esistenza di un vantaggio fiscale che costituisse il fine predominante ed assorbente dell'operazione realizzata;
- b) il Fisco dovesse inoltre provare sia il disegno elusivo che le modalità di alterazione degli schemi negoziali classici perseguiti per ottenere un risultato fiscale;
- c) incombe sul contribuente l'onere di provare l'esistenza di valide ragioni economiche che giustificano l'operazione.

Da questa impostazione si può comprendere come all'Amministrazione Finanziaria sia precluso contestare genericamente una fattispecie per abuso del diritto, dovendone invece dare prova rigorosa.

²²⁵ Cass. Sez. Un. n. 30055, 30056 e 30058/2008

²²⁶ Cass. sent. n.20030/2010 e 1465/2009

Ciononostante, la Corte di Cassazione²²⁷ fece un tentativo di riaffermare una clausola “quasi generale” con la conseguente esclusione delle operazioni tipizzate dalla legge.

2.4 L’art 10-bis, l. n. 212/2000

Non essendoci unitarietà tra gli indirizzi giurisprudenziali, era vitale che vi fosse un intervento legislativo che circoscrivesse in maniera chiara e definitiva una disposizione che individuasse “*quelle regole e quei criteri che permettono di tracciare una sicura linea di confine tra il comportamento rispettoso della regola costituzionale dell’equo riparto e quello che da tale parametro esorbita a causa della sua fraudolenza, tortuosità e assenza di ragioni economiche*”²²⁸.

Questo auspicato intervento si è concretizzato con il d.lgs. 128/2015, il quale ha introdotto il nuovo art.10-bis alla l. n. 212/2000 (di seguito anche Statuto dei diritti del contribuente), rubricando tale norma “*Disciplina dell’abuso del diritto o elusione fiscale*”.

La norma in commento è quella attualmente in vigore ed ha il pregio di aver unificato i concetti di abuso ed elusione sostenendo che vi fosse una sovrapposizione degli elementi del primo, per come delineati dalla giurisprudenza, con il fondamento del secondo.

Peculiare è stata la scelta del Legislatore di inserire di questa norma all’interno dello Statuto dei diritti del contribuente piuttosto che adottare una più semplice modifica dell’art. 37-bis. Il Legislatore, infatti, è intervenuto in questa maniera al fine di rendere tale clausola meno vulnerabile alle creazioni giurisprudenziali, dal momento che la l. 212/2000 è espressione di principi costituzionali, in particolar modo del principio di capacità contributiva. Ciò non fa altro che accrescere i valori

²²⁷ Cass. sent. 27087/2014 ;406/2015 e 24024/2015

²²⁸ F. GALLO, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, n 6

di certezza, affidamento e buona fede su cui si deve fondare il rapporto Fisco-contribuente²²⁹.

Il nuovo art. 10-*bis* si compone di una parte sostanziale ed una procedimentale.

Per quanto riguarda la prima, si riprendono sia gli elementi strutturali delineati dalla giurisprudenza di legittimità che quelli enunciati dalla raccomandazione della Commissione UE 2012/772 sulla pianificazione fiscale aggressiva, rendendo applicabile la nuova norma antiabuso a tutto il *corpus* fiscale (ad eccezione dei tributi doganali). Ai sensi dell'art. 10-*bis* l. n. 212/2000, affinché si realizzi una fattispecie abusiva devono essere presenti cumulativamente tre presupposti: la realizzazione di una o più operazioni prive di sostanza economica, il conseguimento di un vantaggio fiscale indebito e che questo vantaggio sia essenziale nel disegno dell'atto compiuto.

La norma in questione non fornisce una definizione puntuale di abuso del diritto, piuttosto ne indica i presupposti affinché si realizzi, affermando che” *Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*”. Dunque, le operazioni qualificate come abusive non violano alcuna norma fiscale, e per questo motivo non possono essere contrastate mediante una mera attività ermeneutica.

Gli elementi strutturali dell'abuso sono caratterizzati dalla: anomalia strutturale della condotta (operazione prive di sostanza economica) e riprovevolezza del risultato (vantaggi indebiti).

Al fine di chiarirne la portata, è necessario fare riferimento al comma 2. Infatti, il comma 2, lettera a) fornisce due definizioni, nella sua prima parte il concetto di “operazione priva di sostanza economica”, come “*i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali*”, evidenziando come non sia il tipo di contratto che qualifica la normativa bensì l'insieme di tutti gli atti e i fatti attraverso i quali si estrinsecano gli interessi del contribuente, appunto l'“operazione economica”²³⁰. Vengono poi individuati due indici della mancanza di sostanza economica nella “*non coerenza della*

²²⁹ G. ZIZZO, *La nozione di abuso nel nuovo art.10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, n.11

²³⁰ G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Milano, 2019

qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme” e nella “non conformità dell’utilizzo degli strumenti giuridici a normali regole di mercato”, da interpretare come l’utilizzo di un percorso “anomalo”, non diretto, non congruo rispetto all’obiettivo che il contribuente si era posto di raggiungere.

Ultimo presupposto richiede che le operazioni vengano eseguite “nel rispetto formale delle norme fiscali” e contemporaneamente realizzino “essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”, intendendosi tali “i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o dei principi dell’ordinamento”.

Quest’ultimo presupposto è un deciso cambio di rotta rispetto alla previgente normativa, nella quale l’assenza di valide ragioni economiche extrafiscali dell’operazione era sufficiente per configurare un’operazione come elusiva, dando così valenza marginale al perseguimento di un ingiustificato risparmio fiscale²³¹. Dunque, non appare di per sé illecito ottenere un vantaggio fiscale, bensì ottenerlo, a mente dell’art. 10-bis.2. lett. B), “in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell’ordinamento tributario”²³². La finalità deve essere essenziale e non esclusiva come previsto in altri ordinamenti. Parte della dottrina sostiene che l’avverbio “essenzialmente” è stato utilizzato dal Legislatore per attenuare il carattere indebito dell’abuso del diritto, come se fosse “quasi lecito”²³³.

Da ciò deriva che non vi è abuso del diritto in mancanza di antinomia tra il beneficio conseguito e la *ratio* della disciplina applicata per raggiungerlo.

Le ragioni fiscali potrebbero anche non essere le uniche che inducono un contribuente a porre in essere determinate operazioni, giacché potrebbero esserci altre motivazioni di carattere extrafiscale che, nonostante la compresenza di tutti i presupposti per l’applicazione della normativa antiabuso, faccia venire meno quella patina²³⁴ di elusività. A tal proposito, il Legislatore, all’art. 10.bis.3 l. n. 212/2000,

²³¹ F. GALLO, *La nuova frontiera dell’abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2015

²³² G. ZIZZO, *La nozione di abuso nel nuovo art.10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *il Corriere Giuridico*, 2015, n.11

²³³ A. GIOVANNINI, *L’abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n. 1

²³⁴ M.BEGHIN, *L’elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, 2013

sancisce che “*non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell’impresa ovvero dell’attività professionale del contribuente*”. Tale esimente mette in evidenza il principio di fondo di questa disciplina: la libertà di iniziativa economica, la quale può essere limitata solo in presenza di quei comportamenti patologici che violano i principi di buona fede e affidamento, ex art.10 dello Statuto dei diritti del contribuente, posti a presidio dalla normativa antiabuso. Le ragioni extrafiscali devono essere “*valide*”, nel senso che deve sussistere un nesso teleologico tra la ragione extrafiscale e lo strumento per il conseguimento della stessa, affinché le motivazioni siano evidenti e ben riconoscibili²³⁵. Si evidenzia però che, essendo tale accezione molto ampia, potrebbe essere oggetto di un giudizio altamente discrezionale da parte del Fisco portando così ad atteggiamenti di chiusura. Inoltre, non è del tutto chiaro quale sia il rapporto che sussiste tra le “*valide ragioni extrafiscali*” e l’assenza di sostanza economica, nella sua accezione di essere “*inidonea a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali*”. Risulta dirimente comprendere se i due concetti *testé* menzionati operino sullo stesso piano. Sul piano soggettivo circa i motivi che hanno indotto il contribuente ad agire secondo quel determinato schema²³⁶, e su quello oggettivo circa l’adeguatezza e congruità degli strumenti utilizzati dal contribuente, o se si tratta di concetti che operano sullo stesso piano e sono riferiti al medesimo fenomeno²³⁷.

Ulteriore dubbio interpretativo sussiste per la locuzione “*non marginali*”, a tal riguardo la relazione ministeriale di accompagnamento all’articolo 10-*bis* l. n. 212/2000 ha chiarito che “*le valide ragioni economiche extrafiscali non marginali sussistono solo se l’operazione non fosse stata posta in essere in loro assenza*”. Occorre, appunto, dimostrare che “*l’operazione non sarebbe stata compiuta in assenza di tali ragioni*”²³⁸. Si potrebbe quindi affermare che “*non marginale*” sia sinonimo di “*determinante*”, imponendo, quindi, una valutazione di apprezzabilità

²³⁵ G. ZIZZO, *La nozione di abuso nel nuovo art.10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, n.11

²³⁶ *Risp. Int.* 242/2020

²³⁷ *Assonime*, *Circ.* 21/2016

²³⁸ M.BEGHIN, *Diritto tributario per l’Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, 2013

e significatività del ruolo decisivo o meno assolto dalle ragioni extrafiscali nell'operazione.

A riprova della natura giuridica di esimente delle valide ragioni extrafiscali non marginali, l'art. 10-*bis*.8 l. n. 212/2000 fa gravare sul contribuente l'onere di provarle.

Inoltre, al comma 4 dell'art.10-*bis* l.n. 212/2000, il Legislatore si premura di specificare i confini rispetto ad altri concetti, dal momento che sovente la giurisprudenza non li aveva tenuti in considerazione. Tale disposizione ribadisce e rafforza il principio di libertà di iniziativa economica riconoscendo il legittimo risparmio di imposta. Affermando che “*Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale*”. Da tale disposizione si evince la libertà di scelta del contribuente che può, in maniera del tutto legittima, scegliere quelle operazioni che comportano un carico fiscale inferiore, senza che si ricada nell'abuso del diritto²³⁹. Invece, al comma 12 si afferma che la possibilità di contestazione per abuso del diritto “*solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche norme tributarie*”, si tratta in questo caso di violazione diretta della disposizione, quindi riconducibile all'evasione fiscale.

Per quanto riguarda il rapporto con l'interposizione reale, inizialmente si riteneva applicabile all'art 37, comma 3, d.p.r. 600/1973 i casi di interposizione fittizia²⁴⁰ la tesi che è prevalente, recente giurisprudenza²⁴¹ ha invece affermato che, avendo in considerazione il principio di abuso del diritto o divieto di elusione²⁴², estende l'applicabilità anche ai fenomeni di interposizione reale. In questa maniera si è consentito, in via del tutto eccezionale, di imputare il reddito all'imponente piuttosto che all'imposto.

Dunque, volendo riassumere quanto detto finora, si può affermare che affinché vi sia applicazione della nuova normativa antiabuso a mente dell'art. 10-*bis* l.n. 212/2000 “*configurano abuso del diritto una o più operazioni (...) inidonee a*

²³⁹ A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, Giappichelli, 2023

²⁴⁰ Cass. sent. n. 3979/2000; 8671/2011

²⁴¹ Cass. sent. n. 12788/2011

²⁴² Cass. sent. n. 433/2013; 449/2013; 15830/2016; 2083/2021

produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali (...) che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”.

Questa nuova disposizione ha certamente il pregio sia di prevedere una nozione di elusione/abuso molto “sintetica”, quindi idonea a superare il dualismo che era stato creato dal Legislatore circa la differenza tra abuso del diritto ed elusione, che la diversa legittimazione prevista dalla Cassazione per i tributi armonizzati e non armonizzati. Inoltre, accentua la centralità della natura indebita del vantaggio perseguito, che non dipende dalla presenza o meno di valide ragioni economiche²⁴³. Nonostante vi siano questi tratti innovativi, rimangono comunque inevitabili margini di indeterminatezza, propri di una clausola generale antielusiva.

Passando ai profili procedimentali, la nuova disposizione mette fine alle lacune che si erano andate a creare intorno al concetto di abuso del diritto di matrice pretoria. Nonostante vi fossero alcuni riferimenti alla disciplina procedimentale già all’ art. 37-*bis*, questi sono stati precisati nella nuova normativa. Innanzitutto, è necessario specificare che l’art. 10-*bis* sanziona le operazioni ritenute abusive con l’inopponibilità relativa al Fisco, previo c.d. contraddittorio endoprocedimentale²⁴⁴, ovvero sia un procedimento “partecipato” da contribuente e Fisco il cui fine è quello di prevedere un corretto esercizio della funzione impositiva nell’ambito dell’abuso del diritto. Esso viene instaurato mediante la notifica, a pena di nullità²⁴⁵, di una richiesta di chiarimenti al contribuente da fornire entro 60 giorni, così come disciplinata dai commi 6 e 7 della norma in esame, questo passaggio è fondamentale perché così il contribuente avrà la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa già nella fase amministrativa. Di riflesso, l’Agenzia è obbligata a consentire l’intervento difensivo e valutare la fondatezza degli argomenti presentati dal contribuente prima di emettere l’atto impositivo, che non potrà essere notificato prima dello spirare dei 60 giorni. Fattore davvero innovativo è l’introduzione, per una maggior effettività del contraddittorio, di un termine necessario di 60 giorni tra la data del ricevimento dei chiarimenti e quella di decadenza dal potere di notifica del Fisco. Per tale ragione, in deroga alla disciplina ordinaria, se questo lasso di

²⁴³ G. MELIS, *Manuale di diritto tributario.*, 2023

²⁴⁴ G. CORASANITI, *Le garanzie procedurali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un’estensione ad altre forme di accertamento*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.5

²⁴⁵ Ragionevolezza della nullità in caso di mancato contraddittorio è stata sancita anche dalla Corte Costituzionale con sent. n.132/2015.

tempo dovesse risultare inferiore, la decadenza per la notifica dell'atto è in automatico prorogata fino alla concorrenza dei 60 giorni²⁴⁶.

In caso di un eventuale rifiuto, questo deve essere motivato, a pena di nullità, sul mancato accoglimento dei chiarimenti medesimi, motivazione così specifica da essere stata definita da parte della dottrina come “supermotivazione²⁴⁷”. Pertanto, il Legislatore ha previsto che devono essere indicati:

- a) l'operazione posta in essere e le ragioni per cui essa è priva di sostanza economica;
- b) indebito vantaggio;
- c) le norme e i principi elusi;
- d) la risposta alle allegazioni del contribuente, ove non rimasto inerte.

Sul punto, la giurisprudenza²⁴⁸ ha adottato una posizione più rigorosa, sostenendo che la motivazione non possa essere integrata da un mero rinvio al processo verbale di contestazione (c.d. “pvc”), anche quando quest'ultimo si traduca in un rilievo privo di carattere innovativo delle motivazioni del contribuente (c.d. motivazione apparente), il quale si tradurrebbe in una mera clausola di stile, in palese contrasto con l'onere motivazionale specifico imposto dalla norma. Contraddittorio che deve necessariamente sussistere tra contribuente e Agenzia, in ossequio del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e del buon andamento della Pubblica Amministrazione, a mente dell'art. 97 Cost.

Si può affermare che in questo caso il Legislatore sia stato più garantista rispetto a quanto era stato previsto nella Legge Delega; infatti, andando a descrivere la motivazione del provvedimento impositivo aggiunge la condizione della “specificità” e la sanzione della “nullità”²⁴⁹.

È giusto sottolineare tale concetto in quanto la previsione di un contraddittorio obbligatorio a pena di nullità è indice della delicatezza dell'argomento trattato.

²⁴⁶ G. FRANSONI e F. COLI, *Abuso del diritto e proroga del termine per l'accertamento*, in *Corriere Tributario*, 2016

²⁴⁷ M. BEGHIN, *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, 2008

²⁴⁸ Cass, sent. 1561672016; 2396/2018

²⁴⁹ A. CONTRINO, A. MARCHESELLI, *Procedimento di accertamento dell'abuso, contraddittorio anticipato e scelte difensive*, in C. GLENDI, C. CONSOLO e A. CONTRINO (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016

Come stiamo esaminando, il perimetro dell'abuso del diritto non è di semplice tratteggio e può variare di caso in caso dal momento che soggiace ad un elevato grado di discrezionalità. Dunque, coinvolgere il privato non fa altro che semplificare la delimitazione e identificazione della fattispecie. Sotto un altro profilo, questo contraddittorio funge da contraltare rispetto al carattere eccessivamente generico e all'ambiguità di alcuni concetti, al fine di assicurare la certezza del diritto. Ed infine è utile controbilanciare il potere di accertamento dell'Amministrazione Finanziaria²⁵⁰.

Da una lettura della disposizione, si comprende come l'accertamento antiabuso abbia la natura di "accertamento parziale"²⁵¹, potendo dunque trovare fondamento non solo sulla base di segnalazioni interne o esterne o a seguito di accessi, ispezioni o verifiche, ma anche sulla base di informazioni bancarie e finanziarie oppure da atti, documenti, dati e notizie forniti dal contribuente come risposta a questionari o inviti a comparire.²⁵²

Infine, viene prevista a mente del comma 10 l'iscrivibilità al ruolo solamente una volta che è intervenuta la sentenza di primo grado.

Gli accertamenti *ex art.10-bis* sono di tipo *comparativo-sostitutivo*²⁵³: comparativo in quanto l'individuazione di un vantaggio fiscale presuppone che le due operazioni, produttive di simili risultati economici, vengano messe a confronto; sostitutivo giacché l'imposizione riferita all'operazione realizzata in concreto viene, ad opera del provvedimento, sostituita dall'imposizione sull'operazione che, a detta dell'Agenzia, il contribuente avrebbe dovuto compiere²⁵⁴.

In merito alla distribuzione dell'onere probatorio, l'Amministrazione Finanziaria deve dare prova degli elementi strutturali dell'abuso, i quali sono espressamente non rilevabili d'ufficio, rispettando il principio di parità delle armi che informa anche il processo tributario. Sul punto, la giurisprudenza ha sancito che nel caso in cui l'Agenzia qualifichi come abusiva un'operazione, questa non solo deve dare

²⁵⁰ G. COMPORI, *La capacità contributiva tra abuso del diritto e legittimo risparmio d'imposta*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2021, n.2

²⁵¹ G. CORASANITI, *Le garanzie procedurali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.5

²⁵² *Ibid*

²⁵³ M.BEGHIN, *Scorporo ed elusione*, in *Profili tributari dello scorporo*, G. FRANSONI e E. DELLA VALLE, 2024, Giappichelli

²⁵⁴ *Ibid*

prova che il vantaggio sia indebito, ma anche dimostrare che tale vantaggio indebito sia anche essenziale²⁵⁵, essendo comunque obbligata ad indicare le diverse soluzioni alternative per raggiungere il medesimo risultato²⁵⁶.

Dall'altro lato, il contribuente versa in uno stato conoscitivo differente ed opera solo successivamente alla contestazione del Fisco, può smantellare questa argomentazione andando a provare le valide ragioni extrafiscali. Queste sono allegazioni di tipo organizzativo ed imprenditoriali, che devono essere oggettivamente quantificabili, e che rappresentano elementi diversi ed ulteriori rispetto a quelli apportati dall'Amministrazione.

Se l'operazione dovesse essere davvero priva di sostanza economica, l'allegazione delle ragioni extrafiscali sarebbe davvero ardua per il contribuente²⁵⁷.

Parte della dottrina²⁵⁸, preferisce parlare di "onere di allegazione" piuttosto che di onere della prova, in quanto si parla di fatti realmente accaduti e di solito vi sono pochi dubbi circa il fatto che siano stati realizzati dal contribuente. Al contrario, l'indagine è volta ad esaminare se le operazioni realizzate hanno prodotto o meno un vantaggio fiscale indebito.

Dunque, da un lato l'Agenzia deve allegare all'atto di accertamento le operazioni ritenute abusive ed il correlato vantaggio fiscale indebito. Dall'altro, il contribuente da prova delle ragioni con le quali dimostra che in realtà il vantaggio fiscale non risulta indebito.

Esaminando questa disciplina da una diversa prospettiva, si può intravedere una tutela del contribuente al fine di evitare che per l'Amministrazione Finanziaria fosse sufficiente allegare una prova della condotta elusiva per far gravare l'onere di disciplina interamente sul privato.

Ulteriore spunto critico, mette in luce come la disciplina in esame fosse in linea con il principio civilistico di riferibilità o di vicinanza della prova, secondo il quale è

²⁵⁵ Cass. sent. 4603/2014

²⁵⁶ Cass, sent n.5155/2016

²⁵⁷ D.STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, n.5,

²⁵⁸ M.PROCOPIO, *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2019, n. 4, p. 1445

più agevole per chi pone in essere un'operazione individuare e argomentare le ragioni economiche poste a suo fondamento²⁵⁹.

Una novità della disciplina in esame, di particolare interesse, risulta essere la non rilevabilità d'ufficio della condotta abusiva, che ha posto così fine alle incertezze generate dalla giurisprudenza²⁶⁰ sul tema, che al contrario prevedeva la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la fattispecie in ogni stato e grado del giudizio.

Difatti, l'Amministrazione Finanziaria consuma il suo potere con l'emissione del provvedimento, nel quale ha inserito i motivi dell'accertamento. Da quel momento in poi, non è più ammesso né per il giudice né per il contribuente inserire delle integrazioni, salvo la possibilità del giudice ex art 112 c.p.c. di pronunciarsi d'ufficio solo su eccezioni proposte dalle parti.

Di questo avviso è anche una dottrina²⁶¹ che sosteneva che la rilevazione d'ufficio di un elemento costitutivo della domanda fosse in contrasto con il principio processuale delle "corrispondenza tra chiesto e pronunciato". Difatti, l'art. 112 c.p.c. afferma che il giudice può rilevare d'ufficio un'eccezione, a condizione che non vi sia una norma espressa che lo escluda. Dunque, il giudice non potrà eccepire d'ufficio, sostituendosi all'Agenzia, una ragione giuridica che non sia già stata preventivamente inserita nell'avviso di accertamento.

Nel caso in cui un'operazione dovesse essere qualificata come abusiva, si avrà come effetto l'inopponibilità relativa al Fisco.

Pertanto, l'effetto giuridico si può ricondurre al solo profilo fiscale della fattispecie senza che venga alterato anche il versante civilistico, quindi le operazioni ed i contratti posti in essere rimangono in essere sul piano civilistico, mentre non sono capaci di produrre effetti dal punto di vista tributario²⁶². Questo tipo di tutela riesce a bilanciare gli interessi di entrambi i soggetti chiamati in causa "quello del contribuente a conservare comunque gli effetti giuridici del contratto e quello del

²⁵⁹ M.BOSI, *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, 2016

²⁶⁰ Cass.sent. 7393/2012

²⁶¹ F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Rassegna Tributaria*, 2012

²⁶² M.BEGHIN, *Diritto tributario per l'Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*, 2008

*Fisco al superamento della forma contrattuale utilizzata a fini elusivi per far emergere l'effettiva operazione economica ad essa sottesa*²⁶³.

Da un punto di vista operativo il Fisco emana un avviso di accertamento al fine di tassare l'operazione elusa, scomputando quanto già versato dal contribuente per l'operazione elusiva

L'ultimo comma della disciplina antiabuso tratta delle possibili sanzioni penali ed amministrative applicabili alle condotte abusive. Questa afferma che “*le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili dalle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie*”. Tema molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza. Un filone giurisprudenziale²⁶⁴ ha sostenuto che le operazioni abusive potessero assumere rilevanza penale, facendo appiglio al reato di dichiarazione infedele, ma solo nel caso in cui si verifici un contrasto con specifiche disposizioni.

In merito alla configurabilità dell'abuso, inoltre, è stata prevista una procedura di interpello ad *hoc* per il contribuente, oltre all'interpello disapplicativo di norme antielusive specifiche.

2.5 Brevi cenni sull'istituto dell'interpello in tema di abuso

Innanzitutto, l'interpello è quell'istituto che consente al contribuente di chiedere preventivamente all'Amministrazione Finanziaria un parere circa un regime fiscale di un fatto, atto o negozio, al fine di scongiurare il rischio, *a posteriori*, di eventuali errori nell'applicazione della disposizione fiscale ed eventuali contenziosi²⁶⁵.

Essendo il nostro sistema fiscale fondato sull'adempimento spontaneo del contribuente, risulta necessario prevedere uno strumento che consenta al Fisco di svolgere una funzione di consulente giuridico dei contribuenti medesimi.

Tale attività di consulenza, può essere sia di tipo generale (mediante circolari predisposte dalle Direzioni centrali e rivolte alla generalità dei contribuenti) che di

²⁶³ F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2012, n.1

²⁶⁴ Cass. sent. n.7739/2021, caso “Dolce & Gabbana”

²⁶⁵ G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, 2023

carattere particolare (accordi, pareri e risoluzioni su specifiche fattispecie su richiesta dei contribuenti interessati a conoscere la posizione dell’Agenzia sul punto).

Nel nostro ordinamento sono presenti diverse figure di interpello, che si differenziano tra loro per oggetto, procedura ed effetto della risposta.

Giova specificare che il contenuto dell’interpello non potrà mai essere vincolante per il contribuente, il quale potrà anche non conformarsi al parere reso²⁶⁶. Questo sarà, invece, vincolante per gli uffici dell’Amministrazione stessa. A tal proposito è prevista la nullità degli atti, anche a contenuto sanzionatorio o impositivo, che sono in contrasto con la risposta o dell’interpretazione resa dal contribuente anche nei confronti dei soggetti che sono legati alla fattispecie concreta in maniera inscindibile²⁶⁷. Tale regola della vincolatività delle risposte positive non è altro che un riflesso *“del principio di tutela dell’affidamento, che ha diretto fondamento costituzionale e carattere generale ed immanente anche nell’ordinamento tributario.”*²⁶⁸

Nello specifico, l’interpello antiabuso è disciplinato dall’art.11.comma 1, lettera c), ed è lo strumento attraverso il quale il contribuente può richiedere un parere del Fisco circa l’applicazione della disciplina antiabuso su una specifica operazione. In questo caso, quindi, il contribuente è interessato a sapere se si configurino o meno i presupposti costitutivi dell’abuso del diritto ai sensi dell’art. 10-*bis* l.n.. 212/2000. Pertanto, l’Agenzia applicherà il seguente il ragionamento²⁶⁹:

- a) per prima cosa verificare l’esistenza di un indebito vantaggio;
- b) in caso di riscontro positivo procederà con l’analisi della sussistenza dell’assenza di sostanza economica e dell’essenzialità del vantaggio;
- c) In caso di compresenza di tutti i presupposti, si procederà con la verifica della fondatezza e della non marginalità delle ragioni extrafiscali.

²⁶⁶ Corte Cost., sent. n. 191/2007

²⁶⁷ Corte.Cass. 8740/2021

²⁶⁸ Corte. Cass. 17010/2012

²⁶⁹ Ris., 97/E/2017

In caso di mancata risposta dell'Amministrazione Finanziaria entro il termine di 120 giorni dall'interpello si integra il silenzio-assenso, senza che sia più necessaria la diffida del contribuente come nella previgente disciplina.

Diversa funzione, invece, è assolta dall'interpello per la disapplicazione di norme antielusive. Questo è disciplinato dall'art.11, comma 2, ed è lo strumento mediante il quale il contribuente chiede all'Amministrazione Finanziaria la disapplicazione di norme tributarie, che con intenti antielusivi, limitano deduzioni, detrazioni e crediti di imposta, dimostrando che in quella specifica fattispecie gli effetti abusivi che la norma intendeva precludere non si verificano.

Infine, la nuova disciplina antiabuso prevede il diritto al rimborso anche per soggetti diversi dal contribuente quando l'accertamento stesso sia diventato definitivo in capo al contribuente.

CAPITOLO III

Prassi dell'agenzia delle entrate in tema di abuso

Una volta esaminate singolarmente ciascuna operazione straordinaria e tratteggiati i lineamenti fondamentali dell'abuso del diritto, che per rammendare consta di una condotta artificiosa contrario alle regole della buona fede oggettiva, sebbene formalmente rispettoso della legge, il cui obiettivo principale è quello di realizzare un vantaggio fiscale per il contribuente, che però collide con la legge e con i principi dell'ordinamento²⁷⁰, è opportuno andare ad analizzare quale sia l'approccio adottato dall'Agenzia delle Entrate circa le decisioni sull'abusività o meno di alcune operazioni straordinarie.

Una condotta qualificata come abusiva non è ritenuta meritevole di tutela e viene punita con la sanzione dell'inopponibilità relativa al Fisco se nell'operazione sono rinvenibili solamente finalità vantaggiose di natura fiscale, a meno che il contribuente non dimostri di aver realizzato l'operazione per ragioni extrafiscali sostanziali non secondarie.²⁷¹

Nei capitoli precedenti abbiamo illustrato come dalle operazioni straordinarie possano emergere dei benefici, questi saranno illeciti quando configurano fattispecie abusive, oppure legittime quando rientrano nel lecito risparmio di imposta.

Come già esaminato in precedenza, il contribuente può porre all'attenzione dell'Amministrazione Finanziaria una questione per mezzo dell'interpello.

Le risposte ad interpello più recenti hanno tutte la medesima struttura abbastanza delineata e uniforme.

Di fatto, nella loro prima parte vi è il c.d. "quesito". Ovverosia la descrizione con dovizie di dettagli del caso proposto dal contribuente, al fine di rappresentare tutti i tratti salienti dell'operazione. In seguito, si ha la "soluzione interpretativa prospettata dal contribuente", nella quale quest'ultimo fornisce la sua interpretazione inerente alla fattispecie prospettata.

²⁷⁰ G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, 2023

²⁷¹ A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n.1

Infine, nell'ultima parte vi è il "parere dell'Agenzia delle Entrate", nel quale il Fisco emette una sua considerazione ed una illustrazione sul caso su cui è stata chiamata a pronunciarsi.

Quest'ultima ha una struttura standard: all'inizio è presente un richiamo all'art.10-bis 1.212/2000, mediante un'illustrazione dei tre presupposti che se compresenti qualificano l'operazione come abusiva e successivamente un riferimento al comma 3 per quanto riguarda l'esimente delle valide ragioni extrafiscali. Nella premessa, si può comprendere quale sia l'approccio improntato dall'Amministrazione per verificare la sussistenza della fattispecie abusiva.

Innanzitutto, si procede *“prioritariamente alla verifica della possibilità di effettuare la valutazione antiabuso richiesta e, in caso affermativo, alla verifica dell'esistenza del primo elemento costitutivo -l'indebito vantaggio fiscale- in assenza del quale l'analisi antiabusiva deve intendersi terminata. Diversamente, al riscontro della presenza di un indebito vantaggio, si proseguirà nell'analisi della sussistenza degli ulteriori elementi costitutivi dell'abuso (assenza di sostanza economica ed essenzialità del vantaggio indebito). Infine, solo qualora si dovesse riscontrare l'esistenza di tutti gli elementi. L'Amministrazione Finanziaria procederà all'analisi della fondatezza e della non marginalità delle ragioni extrafiscali”*.

Successivamente, mediante due sottoparagrafi distinti, vengono presentati i giudizi dell'Agenzia con annesse motivazioni circa l'abusività dell'operazione sia da un punto di vista delle imposte dirette che di quelle di registro.

3.1 Profili elusivi della scissione

Al fine di meglio comprendere quale sia il rapporto che sussiste tra le operazioni straordinarie e le possibili contestazioni per abuso del diritto, sembra opportuno analizzare l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate in merito.

Per iniziare la nostra analisi, partiamo dalla scissione, forse la più problematica nel novero delle operazioni straordinarie dal punto di vista di possibili contestazioni per abuso del diritto.

Questa problematicità fonda le sue radici nella particolare duttilità di questa operazione ed al relativo regime tributario di favore previsto: la neutralità fiscale. Il Legislatore ha previsto il regime della neutralità fiscale per la scissione affinché gli operatori economici avessero a disposizione uno strumento che ne permettesse una ristrutturazione ed una riorganizzazione aziendale agevole anche fiscalmente. Tuttavia, il Fisco, proprio per tali ragioni, ha sempre visto con sospetto tale operazione, comportando un'alta percentuale di contestazioni per abuso del diritto. I contribuenti, infatti, potrebbero realizzare operazioni di scissione al solo fine di ottenere i medesimi risultati economici che si otterrebbero con altri metodi, fiscalmente più onerosi potendo così incorrere in condotte abusive. In aggiunta, la scissione è uno degli strumenti tipici con cui costituire un nuovo soggetto, giacché civilisticamente parlando la costituzione è lecita sia che avvenga ex novo che mediante scissione, essendo entrambe disciplinate sia da un punto di vista civilistico che fiscale²⁷².

Prima di addentrarci in questa intricata analisi, giova evidenziare un intervento fatto dal Legislatore con il d.lgs. 358/1997, con il quale ha abrogato il vecchio comma 16 dell'art. 123-*bis* del TUIR, il quale sanciva espressamente la natura abusiva delle scissioni che non avevano come oggetto aziende e di quelle non proporzionali²⁷³. Pertanto, da qui è possibile registrare un primo passo del Legislatore verso il riconoscimento della non elusività delle operazioni di scissione, sia che esse coinvolgano o meno un'azienda e sia che siano o meno proporzionali, non giustificando la diffidenza di fondo che talvolta sembra accompagnare alcune operazioni di scissione²⁷⁴.

Andando ad analizzare la singola scissione, ovverosia quella non seguita da altre operazioni, ci si interrogava se tale operazione potesse essere un'alternativa alla liquidazione volontaria e all'assegnazione dei beni ai soci o se ci fossero gli estremi per ravvisare l'elusività fiscale dal momento che ci sarebbe il rischio di aggirare tali operazioni.

²⁷² P. FORMICA, D. DODERO, *Scissioni: abuso del diritto se i beni fuoriescono dal regime dei beni di impresa*, in *Il Fisco*, 2021, n. 34, p. 3249

²⁷³ F.DE ROSA, *Scissione e abuso del diritto, due casi ancora da chiarire*, in *Corriere Tributario*, 2021, n.8-9. P. 796

²⁷⁴ *Ibid*

La scissione, considerata la sua particolare duttilità e flessibilità, può essere realizzata in diversi modi: scissione proporzionale; la scissione non proporzionale; le scissioni a favore di controllanti o di controllate; le scissioni aventi ad oggetto singoli beni.

Ora andremo ad analizzare ogni singola operazione di scissione per verificare se sussistono incertezze circa possibili contestazioni *ex art. 10-bis l.n. 212/2000*.

Scissione Proporzionale

Per quanto riguarda la scissione proporzionale, questa non presenta grandi profili circa sue possibili contestazioni di elusività.

Solitamente, tale operazione ha il fine di suddividere i rami aziendali senza che si creino stravolgimenti all'interno della compagine sociale, giacché questa tipologia di scissione non comporta alcuna variazione nei rapporti partecipativi.

Già prima della riforma del 2015, il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive (di seguito anche "il Comitato") aveva sancito la non elusività dell'operazione effettuata. Questo Comitato era dipendente al Ministero dell'Economia e delle Finanze, ed aveva il compito di emettere pareri su casi concreti proposti dal contribuente.

Ad esempio, il Parere n.5/2005, verteva su un caso in cui i due socie al 50% della società scindenda, la quale operava nell'ambito del commercio al dettaglio e all'ingrosso di articoli di regalo, mobili, ecc., i soci però erano giunti alla conclusione che volevano separare le attività commerciali da quelle di gestione immobiliare. Questa riorganizzazione doveva essere attuata mediante una scissione parziale proporzionale in una società beneficiaria di nuova costituzione. Quest'ultima doveva ricevere il ramo operativo dell'azienda, mentre il patrimonio immobiliare le veniva successivamente dato in locazione a prezzo di mercato, rimanendo quindi la società scissa come titolare. In questo parere, *in primis*, il Comitato ha tenuto a mente che la scissione è un'operazione fiscalmente neutrale e di per sé non elusiva, soprattutto quando il passaggio dell'attività della scissa alla beneficiaria avviene in regime di continuità dei valori fiscali ed in assenza della sottrazione delle stesse al regime dei beni di impresa e quando effettivamente ci

trova di fronte un'operazione di riorganizzazione aziendale che risponde determinate finalità imprenditoriali, pur che non venga usata per conseguire indebiti vantaggi fiscali.

Dal momento che la scissione in esame avveniva in regime di continuità, i soci persone fisiche non intendevano cedere successivamente le loro partecipazioni, la scissione aveva realmente come obiettivo quello di separare il ramo aziendale da quello immobiliare; il Comitato ha affermato che *“l'operazione di scissione parziale proporzionale in esame non presenta caratteri di elusività, in quanto sorretta da valide ragioni economiche e non rivolta all'aggiramento di norme tributarie, salvo che in concreto vengano posti in essere atti, fatti, o negozi, diversi od ulteriori rispetto a quelli rappresentati nell'istanza, che incidano sulla struttura e/o sulle finalità dell'operazione, configurandone ex post un carattere elusivo”*.

Anche successivamente all'introduzione dell'art.10-bis l.n. 212/2000, l'Amministrazione Finanziaria con la risposta ad interpello n. 2172018, esaminando il caso della società Alfa, la quale possedeva un compendio immobiliare formato da fabbricati civili e strumentali, svolgendo comunque un'attività industriale.

Nel caso di specie, la società Alfa intende effettuare una scissione parziale proporzionale, scorporando questo compendio immobiliare per assegnarlo alla società Beta che svolge attività di gestione di immobili.

I soci delle due società sono gli stessi, ma con percentuali differenti nell'una e nell'altra.

Al fine di attuare questa scissione, la società Beta effettuerà un aumento di capitale attribuendo poi le quote ai soci di Alfa in proporzione alle loro partecipazioni in quest'ultima.

Sul caso in commento, l'Agenzia delle Entrate si è pronunciata per la non abusività dell'operazione, dal momento che non si rinviene alcun vantaggio fiscale indebito. Difatti, la beneficiaria mantiene gli immobili ricevuti agli stessi valori fiscali che avevano nella scissa, come disciplinato dall'art. 173 TUIR.

Difatti, l'operazione non genera salti di imposta dal momento che la società Beta non gode di regime di tassazione agevolata. Le plusvalenze latenti sui beni della

scindenda Alfa saranno oggetto di tassazione ordinaria per Beta quando ci sarà la loro cessione, senza differenze qualora la cessione fosse stata realizzata da Alfa.

Il Fisco, in questa risposta ad interpello, afferma che l'operazione in questione è uno strumento fisiologico per realizzare la riorganizzazione che si vuole porre in essere, al fine di separare l'attività industriale dal patrimonio immobiliare, potendo così diversificare i rischi.

Scissione Non Proporzionale

In merito alla scissione non proporzionale, invece, la questione è parzialmente più sfumata.

Innanzitutto, è possibile parlare di un prima e dopo la riforma del 2015.

Difatti, secondo l'orientamento prevalente *ante* riforma del 2015 queste tipologie di operazioni erano particolarmente sotto il mirino dell'Amministrazione Finanziaria giacché mediante queste operazioni si può modificare gli assetti proprietari delle società coinvolte, comportando una divisione definitiva dei beni della scissa tra i soci di questa, avvantaggiandosi del regime di neutralità fiscale, attraverso una distribuzione differente delle partecipazioni nella scissa e/o nelle beneficiarie²⁷⁵.

Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 10-*bis* l. n. 212/2000, fu pubblicata la Risoluzione n. 98/E/2017, la quale ha compiuto un vero e proprio cambio di passo in materia. Questa, appunto, ha dettato una linea definitiva in relazione alla scissione non proporzionale, che ha avuto seguito anche nelle risposte successive.

Nel caso di specie, abbiamo una società immobiliare di gestione, proprietaria di una serie di immobili concessi in locazione ai propri soci e familiari, in quanto aveva il fine di assegnare questi beni ai propri soci a mente della disciplina prevista dalla l. n. 208/2015²⁷⁶.

²⁷⁵ P.S. MONFREDINI, *Operazione di scissione e abuso del diritto: l'Agenzia delle entrate detta la linea*, in *Corriere Tributario*, 2018, n. 47-48

²⁷⁶ Questa prevedeva l'assegnazione dei beni ai soci dietro pagamento di un'imposta sostitutiva dell'8% ovvero del 10,5% in caso di società di comodo.

Tuttavia, non essendo tutti i soci favorevoli all'operazione, questi decisero di effettuare una scissione parziale non proporzionale in favore di una società di nuova costituzione, partecipata dai soci dissenzienti.

Così facendo si sarebbe separato il patrimonio della scissa tra gli immobili, che in seguito sarebbero stati assegnati ai soci, e gli altri trasferiti alla beneficiaria per darle poi in locazione.

L'Amministrazione Finanziaria in questo caso si è pronunciata per l'esclusione dell'esistenza di un indebito vantaggio fiscale, giacché la scissione, la quale era prodromica all'assegnazione agevolata dei beni, non si considera essere in contrasto con la *ratio* della disciplina agevolativa, dal momento che si pone l'obiettivo di permettere l'assegnazione dei beni solo ad alcuni soci.

Inoltre, il Fisco ha posto un accento sulla questione inerente al regime di neutralità fiscale affermando che fosse ulteriormente garantito dal fatto che la scissione non avrebbe comportato la fuoriuscita dei beni attribuiti alla beneficiaria dal regime di impresa.

In aggiunta, al fine di non incorrere in fattispecie abusive, il Fisco ha evidenziato la necessità, di fatto, che la scissione non proporzionale volta all'assegnazione di beni della scissa o della beneficiaria non avvenisse mediante la formale assegnazione dei medesimi a società di "mero godimento", ovvero sia di quelle società che non sono caratterizzate da nessuna operatività.

Da tale risposta ad interpello, si è possibile osservare come questa operazione non sia stata dichiarata abusiva nonostante fosse propedeutica alla fruizione, da parte di alcuni soci, di un regime tributario meno gravoso. Dando in questo modo la possibilità di evidenziare che nel caso in esame non viene resa come finalità dell'operazione quella di risolvere dissidi tra soci ma verificare l'assenza di vantaggi fiscali indebiti. Di riflesso, è possibile sancire che le valutazioni circa l'abusività o meno di un'operazione si basino sull'assenza di vantaggi fiscali indebiti, risultando irrilevante l'esistenza di conflittualità nella compagine sociale²⁷⁷.

²⁷⁷ I.GAIANI, *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in *Il Fisco*, 2019, n.11, p. 1007

Questa pronuncia rappresenta l'apripista per il riconoscimento della non elusività di questa operazione, dal momento che, come già descritto, in passato vi sono state contestazioni per abuso del diritto per operazioni fiscalmente neutrali e meramente prodromiche all'avvalersi di un regime fiscale meno oneroso²⁷⁸.

Sulla stessa linea il Fisco, nella Risposta ad interpello n.233/2023 si è pronunciato per la non abusività di una scissione parziale asimmetrica. È opportuno segnalare che tale pronuncia è in controtendenza rispetto ad alcuni precedenti orientamenti della stessa Amministrazione Finanziaria. Invero, prima che vi fosse l'introduzione della normativa antiabuso ex art. 10-bis dello Statuto dei Contribuenti, le operazioni di scissione asimmetriche venivano qualificate come abusive, ad esclusione dei casi in cui si rinvenivano valide ragioni extrafiscali, giacché venivano considerate come operazione che si potessero facilmente prestare alla mera assegnazione di beni ai soci in regime di neutralità fiscale²⁷⁹.

Con l'avvento della nuova normativa antiabuso, difatti, è possibile registrare un cambio di passo, un'interpretazione più innovativa, nel cui alveo è possibile annoverare la summenzionata Risposta ad interpello n. 233/2023²⁸⁰.

Il caso oggetto di interpello verteva su una complessa operazione di riorganizzazione, che si poneva l'obiettivo di separare l'attività "caratteristica" dal ramo immobiliare. La riorganizzazione in esame, aveva il fine di permettere ad ogni socio di soddisfare i propri progetti imprenditoriali, nonché formare un assetto idoneo per un futuro passaggio generazionale. A tal proposito, si intendeva realizzare una scissione parziale della società Alfa, avendo come beneficiaria Beta, la quale è totalmente partecipata da Caio, senza che vi sia alcuna attribuzione di quote di questa a favore di Tizio, destinato ad essere il futuro socio unico di Alfa. Nel dettaglio, non avendo l'Agenzia riscontrato alcun vantaggio fiscale indebito, ovvero sia in contrasto con la *ratio* di alcuna norma o principio dell'ordinamento tributario, e della non volontà dei soci di voler distogliere il ramo immobiliare ed i contratti annessi dall'attività di impresa, questa ha affermato che l'operazione in esame fosse fisiologica alla separazione dell'attività "caratteristica" della società

²⁷⁸ G. ALBANO, A. CONTI, *Scissione mediante scorporo: il principio di neutralità fiscale detta la disciplina applicabile*, il Fisco n.25, 2023

²⁷⁹ G. SALVI, *Scissione parziale, non proporzionale e "asimmetrica": valutazione antiabuso*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 12/2023, p.7

²⁸⁰ *Ibid*

dalla gestione del ramo immobiliare, in rispetto delle diverse esigenze imprenditoriali dei soci.

Ad esito di quanto esaminato finora, è possibile sancire che le operazioni di scissioni, se prese singolarmente non configura quasi mai una fattispecie abusiva. Difatti, indipendentemente dalla forma giuridica assunta: sia essa proporzionale, non proporzionale o addirittura asimmetrica, ed indipendentemente dal fatto che la beneficiaria sia partecipata o partecipante della scissa, o dalla natura giuridica del patrimonio che viene trasferito. Questa tipologia di operazione, come già si è avuto modo di osservare nell'analisi delle posizioni dell'Agenzia sul tema, non comportano la creazione di un indebito vantaggio fiscale. Abbandonando così l'approccio *ante* riforma del 2015 che prevedeva l'analisi in prima istanza della sussistenza di eventuali ragioni extrafiscali. Il vecchio approccio, difatti, faceva sì che ad essere investigato fosse il carattere fisiologico o meno dell'operazione ideata, esaminando il nesso tra obiettivo perseguito ed il percorso prescelto per perseguirlo²⁸¹. Pertanto, l'indagine circa la sussistenza di valide ragioni extrafiscali deve essere svolta in un secondo momento. Dunque, ruolo dirimente viene assolto dalla verifica circa l'assenza di indebiti risparmi di imposta, ovvero sia contrari alla ratio di una norma fiscale o di un principio generale dell'ordinamento tributario. A riprova della loro fondamentale importanza, le risposte ad interpello si concludono una volta che questi non sono stati rinvenuti, senza indagare ulteriormente sulla sussistenza degli altri presupposti. Tale approccio pone le sue basi nel principio di libera scelta del contribuente disciplinato a mente del comma 4 dell'art. 10-*bis* dello Statuto del Contribuente, non sussistendo un nesso tra l'illiceità del vantaggio e l'anormalità del percorso prescelto per ottenere un vantaggio fiscale²⁸².

Per quanto concerne le scissioni asimmetriche, il Fisco ha affermato che qualora l'operazione comporti la creazione di una o più beneficiarie di mero godimento, queste sono da qualificare come abusive²⁸³. Questo perché con la creazione di “meri contenitori” i beni posseduti verrebbero sottratti dal regime di impresa, realizzando,

²⁸¹ E. FERRARA, *Scissione per riorganizzazione d'azienda e passaggio generazionale: profili di (non) elusività*, in *Il Fisco*, 2019, n.43. p.4107

²⁸² A. CARINCI, *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo all'abuso di diritto*, in *Il Fisco*, 2018, n. 43, pag. 4107

²⁸³ F.DE ROSA, *Scissione e abuso del diritto, due casi ancora da chiarire*, in *Corriere Tributario*, 2021, n.8-9. P. 796

di fatto, un'assegnazione dei beni in regime di neutralità, senza che venga attuato il consueto trattamento fiscale²⁸⁴.

Scissione seguita da circolazione indiretta di un complesso aziendale

Se da un lato per i casi di singola scissione ormai sembra pacifica la loro non abusività, dall'altro risulta più problematica, invece, il caso della scissione seguita da una cessione di partecipazioni. Tale operazione pone le sue radici nella annosa questione tra *share deal* e *asset deal*, in cui il primo indica la circolazione indiretta dei beni viceversa il secondo quella diretta. Questa contrapposizione è strettamente connessa al diverso trattamento fiscale previsto per le due operazioni, creando così spazi per un possibile legittimo risparmio di imposta, in quanto, se si realizza uno *share deal* vi sarà un meno gravoso onere tributario mediante la cessione di partecipazioni, dal momento che si potrà usufruire, se si configurano i presupposti dell'art. 87 TUIR, del regime di esenzione PEX.

Da ciò si desume che mediante un *asset deal* il cessionario potrà dedurre maggiori valori, corrispondenti alla somma pagata, nel corso dell'esercizio fiscale.

Al contrario il cedente preferirà la cessione di partecipazioni, considerata la disciplina più vantaggiosa dal punto di vista fiscale prevista per la loro circolazione. Giova evidenziare, sin dall'inizio di questa trattazione, che non vi è un chiaro orientamento circa l'abusività di questa combinazione di operazioni.

Si precisa che in passato l'Agenzia ha optato con abbastanza nettezza per l'abusività di un complesso aziendale seguita da cessione di partecipazioni.

Tuttavia, successivamente all'introduzione dell'art.10-*bis* l. 212/2000 il Fisco ha iniziato a cambiare l'interpretazione in merito sancendone anche la legittimità.

Difatti, a titolo esemplificativo, *ante* Riforma del 2015, con la Risoluzione n. 256/E del 2009, si poneva l'attenzione su un caso di scissione totale e proporzionale con successiva cessione delle partecipazioni. Nel caso di specie Tizio e Caio sono entrambi proprietari al 50% della società Alfa Snc, la quale opera sul mercato della fabbricazione e commercio di mobili. Ad ogni modo, i due soci avevano intenzione

²⁸⁴ G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito di impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, 2023

di scindere la componente immobiliare dell'azienda produttiva, con la sua successiva cessione e la contestuale concessione in locazione dell'opificio al cessionario dell'azienda. Dunque, per realizzare ciò, assegnano ad una società il complesso immobiliare e all'altra l'immobile.

Pertanto, ponendo in essere tale operazione, i soci della scissa avrebbero sostituito alla partecipazione in quest'ultima quelle nelle due beneficiarie, composte dall'apporto del patrimonio proveniente dalla scissa, cedendo le partecipazioni in un momento successivo con il ramo operativo.

L'Amministrazione Finanziaria in questa risoluzione affermò innanzitutto che *“l'operazione di scissione potrebbe assumere valenza elusiva qualora la stessa rappresentasse sola la prima fase di un più complesso disegno unitario volto alla creazione di una società “contenitore” (di immobili, di azienda, ecc.) e alla successiva vendita delle partecipazioni in essa detenute da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili, l'azienda, ecc.) ai beni di secondo grado (titoli partecipativi) soggetti ad un più mite regime impositivo (capital gain)”*²⁸⁵.

Dunque, dalla disamina del caso, il Fisco rilevò che per come era stata concepita l'operazione non assumeva le finalità giuridico-economiche tipiche della scissione, ma più che altro sembrerebbe ricadere in finalità proprie di operazioni più onerose da un punto di vista tributario.

Inoltre, la scissione totale e proporzionale ideata non avrebbe il fine di suddividere due complessi aziendali autonomamente funzionanti, ma *“rappresenterebbero solo una fase intermedia di un più complesso disegno unitario finalizzato alla creazione di una mera società contenitore destinata ad accogliere il ramo operativo dell'azienda da far circolare successivamente sotto forma di partecipazioni”*²⁸⁶.

Da ciò consegue che, in questo caso, i contribuenti avrebbero realizzato un indebito risparmio di imposta, giacché avrebbero potuto usufruire del meno oneroso regime tributario dei *capital gains* mettendolo a confronto di quello previsto in materia di cessione d'azienda o ramo d'azienda. Pertanto, non essendoci valide ragioni economiche, l'Amministrazione Finanziaria ha qualificato l'operazione come

²⁸⁵ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n.256/E/2009

²⁸⁶ Ibid

abusiva, in quanto ha ritenuto che fosse solamente un modo per aggirare la disciplina prevista per la cessione d'azienda.

Andando ad analizzare la posizione dell'Agenzia *post* Riforma del 2015, risulta funzionale mettere a confronto la Risoluzione n.97/E del 25 luglio 2017 e la 98/E del 26 luglio del 2017. Con quest'ultima non verificò un cambio di rotta rispetto alle posizioni *ante* Riforma, giacché ci fu essenzialmente un rinvio a quello che era già stato affermato nella Risoluzione 256/E/2009, ovvero che *“l'operazione di scissione, tuttavia, potrebbe assumere valenza elusiva qualora, ad esempio, la stessa rappresentasse sola la prima fase di un più complesso disegno unitario volto alla creazione di una società “contenitore” (di immobili, di azienda, ecc.) e alla successiva vendita delle partecipazioni in essa detenute da parte dei soci persone fisiche, con l'esclusivo fine di spostare la tassazione dai beni di primo grado (gli immobili, l'azienda, ecc.) ai beni di secondo grado (titoli partecipativi) soggetti ad un più mite regime impositivo (capital gain)”*²⁸⁷.

Tuttavia, A destare davvero stupore, è stata la Risoluzione n. 97/E/2017, pubblicata appena il giorno prima, con cui la posizione del Fisco sul tema fu totalmente ribaltata²⁸⁸.

Il caso verteva su la società X S.p.a., la quale operava nel mercato dei servizi sanitari ed allo stesso tempo era proprietaria di un compendio immobiliare.

Ad ogni modo, i soci della scissa avevano l'intenzione di cedere le partecipazioni di quest'ultima in favore di una società terza, che in passato si era resa artefice di un'offerta di acquisto del solo compendio operativo. Sulla base di questi elementi, il Fisco, non rilevando alcun contrasto con la *ratio* di alcuna norma o principio dell'ordinamento e non essendoci nessun vantaggio indebito, decise per la non abusività dell'operazione. L'Agenzia, innanzitutto riconobbe che sia la circolazione diretta che indiretta di un ramo di azienda sono alternative valide, messe a disposizione dal sistema tributario per il contribuente, aventi pari dignità fiscale.

Pertanto, la decisione del contribuente di preferire l'uno o l'altro percorso non è altro che un riflesso di quella libertà di scelta che il Legislatore ha concesso al contribuente a mente del comma 4 dell'art.10-*bis* l. n. 212/2000.

²⁸⁷ Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 98/E/2017

²⁸⁸ G. ALBANO, S.DI CAVE, *L'abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale*, in *Corriere Tributario*, n.42/2017, p.3259

A detta del Fisco, non è possibile rilevare alcun vantaggio fiscale indebito, giacché non è sufficiente che l'operazione conduca ad un beneficio per il contribuente, piuttosto è necessario che si attesti anche la sua natura indebita affinché si possa ravvisare una fattispecie abusiva.

Per giunta, un altro elemento fondamentale affinché un 'operazione non venga qualificata come abusiva è il non far venire meno il regime d'impresa né nelle società scissa né nelle beneficiarie, come appunto è stato sancito nella Risoluzione 97/E/2017 *“resta inteso che, affinché non siano ravvisabili profili di abuso del diritto, la scissione deve caratterizzarsi come un'operazione di riorganizzazione aziendale finalizzata all'effettiva continuazione dell'attività imprenditoriale da parte di ciascuna società partecipante”*²⁸⁹.

A tal proposito, il Fisco pone la sua attenzione sulla continuazione dell'attività piuttosto che sui soggetti che la proseguiranno, dando così maggiori giustificazioni sul piano fiscale.

Di tale avviso è anche Assonime, la quale ha messo in evidenza come la scissione, anche nel caso in cui dovesse essere seguita dalla cessione di partecipazioni nella beneficiaria o nella scissa, non comporta alcun trasferimento realizzativo dei beni di primo grado, i quali rimangono nel regime di impresa²⁹⁰.

Assonime afferma come questa combinazione di operazioni ha il mero obiettivo di permettere il mutamento da una cessione diretta dei beni di impresa ad una loro cessione indiretta, essendo quest'ultime entrambe delle opzioni che godono di pari dignità fiscale.

La Risoluzione 97/E/2017, dunque, rappresenta il superamento di un orientamento passato, per il quale ci si trovava di fronte ad una fattispecie abusiva nei casi di scissioni seguite dalla cessione delle quote nelle beneficiarie o nella scissa.

Scissione preceduta da altra operazione

²⁸⁹ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 97/E/2017

²⁹⁰ Circolare Assonime del 3 agosto 2017, n.20

In questo paragrafo si va ad analizzare l'orientamento dell'Agenzia in merito al rapporto che sussiste tra le operazioni che sono precedute da una scissione e possibili contestazioni *ex art. 10-bis* dello Statuto dei contribuenti.

Andando ad esaminare un'operazione di scissione preceduta da un conferimento di partecipazioni, giova menzionare la Risposta ad interpello n. 30/2018. Il caso oggetto di interpello verteva sulla società Alfa, la quale svolge la funzione di *holding*-immobiliare, la cui compagine sociale è composta da quattro fratelli (Tizio, Caio, Sempronio e Mevio) i quali detengono ciascuno il 25%.

In aggiunta, Alfa aveva una partecipazione rilevante nella società quotata Beta, le cui azioni soggiacevano ad un impegno di *lock-up*²⁹¹ da parte di Alfa nei confronti degli altri soci di Beta.

L'obiettivo dei soci era quello di ottenere un assetto composto da quattro società, ciascuna per ogni fratello, avendo così (Alfa 1 con unico socio Tizio, Alfa 2 con unico socio Caio, Alfa 3 con unico socio Sempronio ed Alfa 4 con unico socio Mevio) ognuna con una partecipazione del 25% in Alfa, a sua volta titolare di azioni nella quotata Beta, affinché i soci potessero svolgere la loro attività imprenditoriale nella maniera a loro più congeniale e per facilitare un futuro passaggio generazionale. Tale riorganizzazione doveva avvenire in questa maniera: inizialmente a) conferimento unitario da parte dei quattro soci dell'intero del capitale (25% ognuno) del capitale di Alfa in una società di nuova costituzione Alfa 1; b) scissione parziale asimmetrica di Alfa 1 con creazione di Alfa 2, Alfa 3 ed Alfa 4, assegnando il 25% delle partecipazioni in Alfa ad ogni beneficiaria, al fine di liberare Alfa dal controllo di alcun singolo soggetto.

In aggiunta, tale assetto non sarebbe raggiungibile attraverso la scissione asimmetrica di Alfa, con la suddivisione del suo patrimonio in quattro società, giacché sarebbe stato in violazione dell'accordo parasociale su Beta, le cui azioni, sarebbero divise in quattro distinte società. A tal proposito, risultava fondamentale mantenere una subholding intermedia tra le quattro singole *holding* personali dei fratelli e la quota di Beta.

²⁹¹ "Impossibilità per un investitore di vendere, per un determinato periodo di tempo, le quote di un investimento effettuato", in Enciclopedia Treccani

Il Fisco si è pronunciato per l'abusività dell'operazione appena descritta, dal momento che avrebbe prodotto vantaggi fiscali indebiti. Per precisione, vi sarebbe un aggiramento del regime di tassazione a valore normale a mente dell'art. 9 TUIR, in tema di conferimenti di partecipazioni non di controllo. L'argomentazione dell'Amministrazione Finanziaria si fondava sul fatto che l'obiettivo perseguito potesse raggiungersi in modo più lineare con il conferimento da parte dei quattro soci di una quota del 25% di Alfa in quattro *holding*, avendo così un carico fiscale più gravoso.

Questa risposta ad interpello è stata fortemente criticata, in quanto l'operazione in oggetto era molto affine tra la scissione di singoli immobili e la scissione di partecipazione²⁹². Queste operazioni, difatti, non vengono qualificate come abusive dal momento che i beni non fuoriescono dal regime ordinario di impresa.

Da questo, ci può affermare che le scissioni di *holding* aventi come oggetto partecipazioni siano da considerare come altre operazioni di questo tipo aventi ad oggetto singoli immobili, e che quindi non possono produrre vantaggi fiscali indebiti.

Peculiarità di tale operazione è che dà la possibilità alla conferitaria di acquisire il controllo di una società, come disciplinato dall'art. 177 TUIR, al fine di poter usufruire della neutralità, per poi tornare ad una condizione in cui ogni società nata dalla scissione, è titolare di partecipazioni non di controllo.

A detta di Assonime, in questo giudizio, la decisione del Fisco potrebbe essersi fondata anche in luce di un possibile uso strumentale della normativa in questione e non si è tenuto in considerazione solo l'esistenza di una soluzione più semplice ma più gravosa sotto un profilo tributario. Inoltre, la ricerca delle possibili alternative valide che il contribuente avrebbe potuto porre in essere non è del tutto in armonia con la normativa antiabuso introdotta nel 2015, difatti Assonime ritiene che questo tipo di approccio sia più coerente con l'ormai abrogato art. 37-*bis* del d.p.r. 600/1973. La normativa abrogata prevedeva un test che si fondava su un'operazione alternativa, più coerente e scusabile da un punto di vista economico, qualificando l'operazione non abusiva soltanto nel caso in cui vi fossero valide

²⁹² A. GARCEA, *La scissione delle holding e l'abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, 2018, n.44, p.3386

motivazioni economiche. Tale approccio, però, stride vistosamente con la vigente normativa antiabuso, soprattutto con il principio di libertà di scelta del contribuente sancito dal comma 4.

In aggiunta, è possibile evidenziare come questa pronuncia collida con quanto sancito dalla stessa Agenzia in precedenza, richiamando tra tutte la Risoluzione 97/E/2017²⁹³. Essa, infatti, come già sottolineato nei paragrafi precedenti ha segnato un cambio di rotta circa il complicato rapporto che sussiste tra abuso del diritto e operazioni di scissione societaria. Questo approccio, effettivamente, è sorto in seguito alla riforma del 2015 ed ha qualificato per la prima volta una operazione di scissione come non abusiva, facendo uso di un metodo che non poneva le sue basi sull'esistenza di valide ragioni economiche come in precedenza ma su aspetti che concedono un maggior margine di scelta per il contribuente²⁹⁴.

Tuttavia, è fondamentale ricordare che, con la normativa vigente, il problema della possibile elusione si sarebbe potuto evitare già dal principio. Dal momento che nel 2019 c'è stata l'introduzione del comma 2-bis dell'art. 177 TUIR²⁹⁵, è sorta la *chance* di creare *holding* unipersonali in regime di neutralità indotta, nel caso in cui venissero conferite delle partecipazioni "qualificate". Pertanto, in questa maniera il Fisco non avrebbe potuto eccepire l'aggiramento di alcuna norma fiscale, giacché vi sarebbe stata una soluzione più diretta mediante il conferimento nella *holding* unipersonale in regime di realizzo controllato²⁹⁶.

Scissione mediante scorporo

Come già esaminato nel primo capitolo, ora ci interessiamo di un istituto di recentissima introduzione. Difatti, *repetita iuvat*, la scissione mediante scorporo è stata introdotta dal nostro Legislatore con il D.Lgs. n. 19 del 2 marzo 2023, in recepimento della Direttiva UE 2019/2121. Questo nuovo istituto, ad oggi, viene

²⁹³ I.GAIANI, *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in *Il Fisco*, 2019, n.11, p. 1007

²⁹⁴ R. MATTERA, *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in *Contratto e Impresa*, 2020, n.1, p.267

²⁹⁵ Introdotta dall'art.11-bis. Comma 1, d.l. n. 34/2019, convertito, con modifiche, dalla l. n. 58/2019

²⁹⁶ P. FORMICA, F. AURIEMMA, *Il nuovo regime del realizzo controllato alla prova dell'abuso del diritto*, in *Il Fisco*, 2021, n.10, p. 913

disciplinato dall'art. 2506.1 c.c. che recita “*Con la scissione mediante scorporo una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé le relative azioni o quote a sé stessa, continuando la propria attività*”, la quale la rende molto affine all'istituto del conferimento.

Assonime con la circolare n.14 dell'11 maggio 2023, ha analizzato i profili fiscali del nuovo istituto della scissione mediante scorporo, disciplinata dall'art. 2506.1 c.c.

Tale particolare forma di scissione, ha la peculiarità di assegnare delle quote o azioni della beneficiaria alla società scissa e non ad i suoi soci.

Per effetto di tale operazione, il patrimonio netto della scissa non subisce alcuna riduzione ed al posto degli assets trasferiti verrà iscritta un importo corrispondente a titolo di partecipazione nella beneficiaria.

In caso di patrimonio netto negativo, il patrimonio della scissa potrebbe incrementarsi, sostituendo un elemento patrimoniale di voce negativa con una partecipazione che ha valore necessariamente positivo.

Questa operazione, di fatto, è assimilabile al conferimento di beni mediante apporto.

In entrambe le operazioni, difatti, gli elementi patrimoniali provenienti dal dante causa sono trasferiti all'avente causa a fronte di una corrispondente attribuzione di partecipazioni nella stessa società beneficiaria.

Altri elementi in comune sono il fatto che le società beneficiarie devono essere obbligatoriamente di nuova costituzione e che sussiste una limitazione quantitativa del patrimonio trasferibile.

Per di più, la società scissa può trasferire solamente una parte del proprio patrimonio alla beneficiaria, continuando così la propria attività di impresa.

Difatti, tale operazione la si può far rientrare nel *genus* delle scissioni parziali, essa si configura come un'operazione che non prevede alcun concambio e non fa emergere plusvalori relativamente ai beni attribuiti alla beneficiaria ed è in regime di continuità dei valori contabili²⁹⁷.

²⁹⁷ G. ALBANO, A. CONTI, *Scissione mediante scorporo: il principio di neutralità fiscale detta la disciplina applicabile*, in *il Fisco*, n.25/2023

In più, non essendo stata prevista una disciplina fiscale per tale istituto, la circolare di Assonime prova colmare tale lacuna mettendo chiarezza sulle principali questioni applicative²⁹⁸.

Nonostante le verosimiglianze con l'istituto del conferimento, che, come sappiamo, è fiscalmente realizzativa, la scissione mediante scorporo rimane comunque annoverabile tra le operazioni di scissione. Quindi, non avendo il Legislatore previsto una disciplina specifica per tale istituto, alla stessa non può che soggiacere alle regole previste dall'art. 173 TUIR, potendosi, in questo modo, avvalere del principio di neutralità, il quale è il minimo comune denominatore di tutte le operazioni di scissione e in più in generale di tutte le operazioni sui soggetti²⁹⁹.

Tale principio ha come riflesso che l'operazione è inidonea al realizzo di plusvalenze/minusvalenze in capo ai soggetti coinvolti.

In questa circolare viene puntualizzato come, nella scissione mediante scorporo, non vi è una ripartizione di un valore fiscale già esistente tra la scissa e la beneficiaria, ma soltanto la sostituzione tra i beni di primo grado e beni di secondo grado, come accade nel conferimento.

Ad ogni modo, Assonime³⁰⁰ ritiene che la miglior soluzione sia quella di attribuire alle partecipazioni ricevute dalla scissa i medesimi valori fiscali dei beni di primo grado. Inoltre, fa sì che l'applicabilità della regola enunciata dal comma 4, dell'art. 176 TUIR, mediante la quale le partecipazioni assegnate alla scissa avranno in eredità il periodo di possesso dei beni trasferiti, per quanto concernente l'*holding period*, venga estesa ai fini dell'applicazione del regime PEX.

Come evidenziato, la scissione mediante scorporo, rispetto al conferimento, ha il vantaggio di permettere il conseguimento di alcuni vantaggi fiscali sia ai fini delle imposte dirette che indirette. Da un punto di vista delle imposte dirette, giova evidenziare che il conferimento dei singoli beni rientra nelle operazioni fiscalmente realizzative, con la tassazione delle eventuali plusvalenze, ciò, invece, non accadrebbe se il trasferimento avvenisse mediante scissione per scorporo per via della sua neutralità.

²⁹⁸ Ibid

²⁹⁹ M.DI SIENA, *Lo scorporo nelle imposte sui redditi: i rapporti con la disciplina delle operazioni straordinarie "domestiche"*, in *Profili tributari dello scorporo*, G. FRANSONI, E. DELLA VALLE, 2024

³⁰⁰ Assonime, circolare n.14 dell'11 maggio 2023

Per quanto riguarda le imposte indirette, il conferimento è soggetto ad IVA a differenza della scissione mediante scorporo. Inoltre, anche in merito all'imposta di registro si verificano situazioni più gravose nei casi di conferimento di beni.

Per Assonime³⁰¹, l'utilizzo della scissione mediante scorporo, piuttosto che del conferimento, si dovrebbe considerare legittima nonostante sia idonea a far ridurre il carico fiscale, in linea con il principio di libertà di scelta sancito dal comma 4, dell'art.10-*bis*, L.n. 212/2000.

Questa tipologia di scissione sarebbe comunque considerata come non abusiva anche se fosse seguita da una successiva cessione della partecipazione nella beneficiaria. Se questa scissione avesse un ramo d'azienda come oggetto, essa sarebbe identica al conferimento d'azienda con successiva cessione a cui viene applicato il regime PEX. Tale operazione viene espressamente qualificata come non elusiva ai sensi dell'art.176, comma 3, ultimo periodo, del TUIR.

Se, al contrario, avesse ad oggetto un singolo bene, quasi sicuramente la cessione non rispetterebbe i requisiti PEX, giacché emergerebbe l'assenza di attività commerciale e pertanto non si verificherebbe alcun vantaggio fiscale ai fini dell'applicazione della normativa antiabuso.

Più sfumato, invece, risulta il caso in cui la scissione mediante scorporo è seguita dalla cessione delle partecipazioni nella beneficiaria, ed abbia come oggetto i beni singoli minusvalenti, ovverosia quei beni che presentano un plusvalore superiore rispetto a quello contabile. In questa tipologia, vi è un alto tasso di probabilità di ottenere una contestazione per abuso del diritto, in quanto la minusvalenza latente dell'*asset* trasferito alla beneficiaria viene replicata sulle partecipazioni assegnate alla scissa, creando i presupposti per una doppia deduzione³⁰².

A detta di Assonime³⁰³, la problematica dell'operazione diventa più evidente se si considera che il fenomeno della doppia deduzione non si realizza nelle scissioni tradizionali e quindi appare difficilmente coordinabile con il regime fiscale della neutralità fiscale.

³⁰¹ *Ibid*

³⁰² G. ALBANO, A. CONTI, *Scissione mediante scorporo: il principio di neutralità fiscale detta la disciplina applicabile*, in *il Fisco*, n.25/2023

³⁰³ Assonime, circolare n.14 dell'11 maggio 2023

Dunque, la circolare qualifica, salvo l'applicazione dell'esimente delle valide ragioni economiche extrafiscali, come abusiva tale operazione se ha ad oggetto singoli beni minusvalenti, i quali *post* scissione presentano un valore fiscale superiore di quello contabile.

Sulla stessa linea d'onda è la Risposta ad interpello n.13/2019, nella quale si prospettava una scissione parziale proporzionale a favore di una beneficiaria neocostituita seguita dalla cessione della partecipazione totalitaria nella società scissa ad un soggetto terzo. A tal riguardo, il Fisco ha riaffermato che il trasferimento di un ramo di azienda o di un ramo di essa possa realizzarsi anche per mezzo di una cessione delle partecipazioni della società contenente l'azienda, anche se preceduta da una scissione che contiene l'azienda, senza che si configuri una fattispecie abusiva *ex art. 10-bis* l.n. 212/2000.

L'amministrazione finanziaria ha sostenuto l'assenza di un indebito vantaggio fiscale, non essendo in contrasto con la *ratio* della disciplina tributaria o dei principi che informano l'ordinamento tributario.

Ulteriore questione attiene la relazione tra la norma antiabuso e l'art. 20 d.p.r. n. 131/1986 (di seguito anche "TUR").

Solitamente, gli operatori preferiscono la circolazione indiretta delle aziende, Ma dal suo lato, l'Amministrazione Finanziaria individuava gli effetti economici delle operazioni per l'applicazione dell'imposta di registro, in questa maniera però il Fisco riqualicava la scissione seguita da cessione delle partecipazioni in cessioni d'azienda, comportando così una parificazione di una operazione tassabile in maniera fissa ad una soggetta ad imposta proporzionale³⁰⁴.

A tal proposito, il Fisco ha sancito che non è necessario esprimere osservazioni circa la qualificazione abusiva dell'operazione *ex art. 10-bis*, alla luce della sua natura residuale, applicando l'art. 20 del TUR.

Pertanto, l'Agenzia afferma che la scissione seguita dalla cessione di partecipazioni va valutata in conformità alla giurisprudenza di legittimità in materia di riqualicazione degli atti collegati di conferimento e cessione di partecipazioni³⁰⁵.

³⁰⁴ G. ALBANO e S.DI CAVE, *L'abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale*, in *Corriere Tributario*, n.42/2017, p.3259

³⁰⁵ Di fatto, nella Risoluzione 97/E/2017 richiama le sentenze Cass. sent. n. 25487/2015; Cass. sent. n.9582/2016; Cass.sent. n. 6758

In merito, Assonime³⁰⁶ sancisce che questa giurisprudenza non si può estendere anche alle operazioni di scissione e cessione di partecipazioni, dal momento che mentre nelle operazioni di conferimento e conseguente cessione di partecipazioni il soggetto conferente ottiene una somma di denaro come contropartita dell'alienazione del ramo d'azienda, dall'altro lato se l'operazione propedeutica alla cessione è una scissione, la società scissa non otterrà niente in cambio e a loro volta i soci, per effetto della medesima operazione, possederebbero una partecipazione la cui cessione non potrebbe ricevere un trattamento differente da quello che si sarebbe verificato se i soci avessero ceduto la partecipazione precedente alla scissione.

Questa interpretazione relativa all'imposta di registro è stata successivamente superata dalla Risposta ad interpello n. 13/2019, nella quale veniva sancito che la cessione indiretta di un ramo d'azienda, posta in essere mediante scissione *“non configura il conseguimento di un vantaggio indebito realizzato in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario”*³⁰⁷, giacché *“la tassazione in misura fissa nell'ambito delle imposte di registro risponde ad esigenze che nulla a che vedere con la tassazione di capacità contributiva e che quindi non possono ritenersi “vantaggi fiscali” concessi dal legislatore a fronte della manifestazione di una capacità contributiva”*. Quindi *“i contribuenti che, anche motivati dalle finalità di minimizzare il loro carico impositivo, scelgono di trasferire l'azienda mediante la cessione delle partecipazioni, previo loro conferimento in un apposito veicolo, non può essere ritenuto abusivo, difettando proprio il contrasto con la ratio di disposizioni o principi desumibili dall'imposta di registro”*³⁰⁸.

Riassumendo, abbiamo visto come si è passato da interpretazioni differenti circa l'elusività o meno delle operazioni di scissione seguite da cessione delle partecipazioni della scissa o della beneficiaria: inizialmente questa combinazione di operazioni era sempre qualificata come abusiva, al contrario al giorno d'oggi pare essere quasi sempre considerata come non abusiva, in quanto già prima dell'introduzione dell'art.10-bis l.n. 212/2000 il precedente orientamento era

³⁰⁶ Circolare Assonime del 3 agosto 2017, n.20

³⁰⁷ Risposta ad interpello n. 13/2019

³⁰⁸ *Ibid*

fortemente contestato dalla dottrina³⁰⁹. Il fondamento su cui pone le radici questo orientamento è il comma 3, dell'art. 176 del TUIR, il quale espressamente afferma la non abusività del conferimento d'azienda seguito dalla cessione di partecipazioni. La norma in oggetto equipara il regime dei soggetti già titolari di azienda per mezzo di partecipazioni a quello di soggetti che non godono di tale schermo³¹⁰, dando la possibilità di legittimare la circolazione indiretta di rami d'azienda con successiva cessione delle partecipazioni.

In questo modo, il trasferimento avviene in regime di neutralità, non comportando maggiori ammortamenti in capo al conferitario, oppure sarebbero giustificati dal pagamento di un'imposta sostitutiva previsto dall'ordinamento stesso ai fini di ottenere l'affrancamento ai fini fiscali dei valori rivalutati dei beni conferiti.

In poche parole, questo orientamento affermava che ciò che era previsto per il conferimento fosse anche applicabile alla scissione, sostenendo che la mancanza di una norma *ad hoc* fosse il frutto di “difficoltà legislative che sarebbero occorse nell'individuare l'ambito di applicazione dell'esimente in questione”³¹¹.

Ciò però non è possibile sostenerlo da un punto di vista giuridico, dal momento che la scissione ed il conferimento conducono sì al medesimo effetto economico, ma hanno funzioni totalmente diverse sul piano giuridico, le quali hanno anche dei riflessi rilevanti sul lato fiscale.

Da ciò è possibile evincere che non sia questo il motivo che rende la scissione seguita da cessione delle partecipazioni come non elusivo.

A tal proposito, è stata dirimente l'introduzione dell'art.10-*bis* l.n. 212/2000, in quanto tale norma si è focalizzata sull'importanza della ricerca delle valide ragioni economiche e all'esistenza di un indebito vantaggio fiscale.

In merito, Assonime ha definito “monodimensionale” la prassi dell'Agenzia avallata dalla giurisprudenza maggioritaria *ante* riforma, dal momento che era

³⁰⁹ S. CHIRICHIGNO e S. CACACE, *Elusività della scissione finalizzata alla divisione di un complesso aziendale*, in *Corriere Tributario*, 2009, n.45, p.371

³¹⁰ G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito di impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, 2023

³¹¹ CHIRICHIGNO e S. CACACE, *Elusività della scissione finalizzata alla divisione di un complesso aziendale*, in *Corriere Tributario*, 2009, n.45, p.371

³¹¹ G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito di impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, 2023

principalmente concentrato sulla verifica dell'esistenza di valide ragioni economiche e non del reale aggiramento delle finalità del meno gravoso regime tributario scelto dal contribuente.

In questa maniera, si individuava l'operazione che sembrava la più naturale in termini economici per raggiungere l'obiettivo che il contribuente si era prefissato di ottenere, ed in base a ciò, si andava a verificare se l'operazione fosse elusiva dal momento che non conseguiva valide ragioni economiche.

Attualmente, invece, viene applicato un approccio diverso.

Inizialmente si verifica la sussistenza dell'indebito vantaggio fiscale, la sua essenzialità nell'operazione e l'assenza di sostanza economica, qualora tutti e tre i presupposti coesistano contemporaneamente allora si continua per controllare l'esistenza di valide ragioni extrafiscali.

Per concludere, ad oggi sulla base dell'orientamento del Fisco in materia, si può affermare che il contribuente abbia due scelte sul come far circolare un ramo d'azienda senza incorrere nel rischio di contestazioni per abuso del diritto: una diretta, ovvero sia mediante la cessione del complesso dei beni aziendali, oppure in via indiretta, per mezzo della cessione della partecipazione della società che possiede tale ramo d'azienda. Dando, in questo modo, pari dignità ad entrambe le alternative, rendendole così liberamente accessibili³¹².

Da ultimo, la bozza di Dlg.s di revisione IRPEF e IRES inerenti al riordino delle operazioni straordinarie di impresa introduce rilevanti novità da un punto di vista fiscale in tema di scissione mediante scorporo andando ad integrare l'art. 173 TUIR a conferma delle teorie *testé* riportate.

Da ora in avanti, successivamente alla scissione mediante scorporo, la società scissa assume, come valore delle partecipazioni ricevute, una somma che è eguale alla differenza tra il valore riconosciuto fiscalmente delle attività e quello della passività oggetto dell'operazione di scorporo, anche nel caso in cui non configurino un'azienda. Inoltre, le attività passiva e attiva, compreso avviamento se lo scorporo ha ad oggetto un'azienda, in ossequio al principio di neutralità fiscale, assumono i

³¹² G. ALBANO, *La linea interpretativa del fisco sui profili anti-abuso delle scissioni*, in *Il Fisco*, 2019, n.4, p. 307

valori fiscalmente riconosciuti che esse avevano in capo alla società scissa alla data di efficacia della scissione.

Ai fini del computo del periodo di possesso, le attività e passività oggetto di scorporo si considerano possedute già dalla società scissa ed al fine del calcolo del periodo di possesso delle partecipazioni della società scissa, si tiene in considerazione anche il periodo di possesso delle attività e passività oggetto di scorporo.

Per quanto concerne le riserve, invece, queste sono iscritte nel bilancio dell'ultimo esercizio della società scissa chiuso prima della data di efficacia della scissione. In aggiunta, mantengono il regime fiscale al patrimonio netto delle società beneficiarie, rilevato al momento della loro costituzione, si applica il regime fiscale del capitolo e delle riserve ai sensi dell'art. 47, comma 5 TUIR.

In tema di riparto delle posizioni soggettive, l'art. 173, comma 4 TUIR impone il criterio di ripartizione delle posizioni soggettive nelle operazioni di scissione. Pertanto, il valore netto contabile delle attività e passività oggetto di scorporo deve essere rapportato al patrimonio netto contabile (in assenza di coerenza sistematica, in quanto in tema di fusione si parla di "valore economico del patrimonio netto") della società scissa quale risultante dal bilancio relativo all'ultimo esercizio chiuso prima della data di efficacia della scissione. Si sottolinea, comunque, che tra le posizioni soggettive da ripartire con il criterio proporzionale non vengono ricompresi i crediti di imposta e le eccedenze di imposta a credito della società scissa.

Sul tema, vi è una recentissima Risposta ad interpello, la n.48/2024, nella quale l'Amministrazione Finanziaria ha precisato che, al fine di stabilire il corretto criterio di attribuzione di ogni singolo credito, è necessario verificare se gli stessi sono qualificabili come una posizione soggettiva o meno. A tal proposito, è necessario verificare se tale posizione sia connessa in maniera specifica o per insiem i agli elementi del patrimonio scisso. In tal caso, avrà gli stessi risultati dell'elemento o degli elementi a cui è connessa, viceversa si utilizzerà il riparto secondo il criterio proporzionale. Invece, nel caso in cui non sia possibile ricondurre i crediti tra le posizioni soggettive, essi dovranno ritenersi disponibili dalle parti in base a quanto sancito nel progetto di scissione.

Andando ora ad analizzare i singoli aspetti, se lo scorporo ha ad oggetto un'azienda, le partecipazioni ricevute dalla società scissa si considerano iscritte come immobilizzazioni finanziarie se iscritte come tali nel bilancio della società scissa. Infatti, come già è stato precisato nella bozza di Decreto ai fini dell'applicazione della disciplina antiabuso *ex art. 10-bis*, L. n. 212/2000, non rileva la scissione avente ad oggetto un'azienda e la successiva cessione della partecipazione ricevuta. Le partecipazioni che hanno i requisiti per l'esenzione di cui all'art. 87 TUIR, le partecipazioni ricevute dalla società scissa conservano i medesimi requisiti delle partecipazioni attribuite alla beneficiaria. Il Notariato ha affermato che la scissione mediante scorporo avente ad oggetto aziende/partecipazioni dà la possibilità di raggiungere il medesimo risultato che si può conseguire con un'operazione di conferimento, specificando che da un lato il conferimento in senso stretto realizza la creazione di nuovo capitale, dall'altro lo scorporo crea nuovo capitale solamente quando è a beneficio di una società di nuova costituzione, ed anche quando una beneficiaria già esistente aumenti il proprio capitale con il valore dei beni ricevuti per emettere azioni o quote da assegnare alla società scissa.

Successivamente, per quanto concerne beni, attività o passività che non fanno parte di aziende o partecipazioni che non rispettano i requisiti di cui all'art. 87, comma 1, lettera c) e d) TUIR, inerenti alla residenza fiscale/localizzazione della società partecipata e al requisito della commercialità, le partecipazioni ricevute dalla società scissa sono ammesse al regime di esenzione qualora maturino i relativi requisiti.

Se la società scissa non è residente in Italia e lo scorporo ha ad oggetto la sua stabile organizzazione nel territorio dello Stato che viene assegnata ad una società residente di nuova costituzione l'assegnazione alla scissa delle partecipazioni nella beneficiaria, in forza del principio di neutralità, non comporta alcuna tassazione a prescindere dalla permanenza in Italia di una *permanent establishment* della società scissa che contiene nel suo patrimonio tali partecipazioni.

Infine, nel caso di scissione mediante scorporo di una società in altre preesistenti sono applicabili le norme sulla riportabilità delle perdite ai sensi del comma 10 dell'art. 173 TUIR.

Sul punto, il Consiglio Notarile di Milano, Massima n.209/2023, ha affermato la legittimità di una scissione mediante scorporo, con assegnazione di parte del patrimonio della scissa ad una o più beneficiarie a fronte dell'assegnazione di partecipazioni di queste ultime alla stessa società scissa anche in favore di società beneficiarie preesistenti.

3.2 Operazioni complesse

Al di là delle scissioni seguite da cessione di partecipazioni nella beneficiaria o nella scissa, il Fisco si è espresso anche in merito ad ulteriori operazioni c.d. complesse, nel quale la scissione è solo uno dei passaggi di una più complessa operazione. Per maggiore chiarezza espositiva, dividiamo queste operazioni in due macrogruppi: le operazioni precedute da una scissione e le operazioni successive ad una scissione.

Scissione preceduta da altra operazione

Di grande interesse è sicuramente la recentissima Risposta ad interpello 84/2024 nella quale il Fisco si è espresso per l'abusività dell'operazione di scissione totale asimmetrica preceduta da una fusione. Intendendo per scissione asimmetrica quella che ricorre nei casi in cui ad alcuni soci non vengano assegnate nessuna delle azioni o quote della beneficiaria, ovvero sia quando non tutti i soci partecipano alla scissione.

Nel caso di specie, si vuole realizzare una riorganizzazione di un gruppo familiare, infatti tre società (Alfa, Beta e Gamma) sono partecipate ciascuna nella misura del 33,33% dai tre soci. Questo schema era stato pensato al fine di assegnare una società ad ogni singolo ramo della famiglia. I soci fondatori erano Caio, Sempronio e Mevio (padre di Tizio), una volta venuto a mancare Mevio, Tizio prende le redini del padre e con il passare del tempo emergono distanze di vedute tra i soci con il maturarsi di “*opinioni divergenti e insanabili sulla gestione futura della società*”. Ciò accade in quanto Tizio avrebbe intenzione di ampliare e diversificare il *business*

di famiglia, mentre gli altri due soci prediligono una gestione più conservativa dell'attività familiare.

Pertanto, al fine di evitare una proficua continuazione dell'attuale attività di locazione di immobili, i soci vogliono realizzare una complessiva operazione di riorganizzazione aziendale mediante una separazione delle diverse compagini societarie e dei corrispettivi patrimoni. In concreto, l'operazione si concretizzerebbe mediante una fusione per incorporazione di Alfa e Gamma in Beta, con efficacia condizionata alla successiva scissione totale asimmetrica della stessa Beta in tre società unipersonali di nuova costituzione interamente partecipata da ciascuno dei tre soci, dividendo il patrimonio in tre lotti.

In questa maniera i soci risulterebbero titolari di partecipazioni societarie di un valore pari a quello detenuto in precedenza nella società Beta.

Questa operazione è stata qualificata come abusiva da parte dell'Amministrazione Finanziaria in quanto si avrebbe *“la concatenazione di due opposte operazioni straordinarie (la fusione e la scissione), dunque, non si assisterebbe al perseguimento di alcun interesse proprio delle società coinvolte, ma esclusivamente di quello dei soci”*³¹³.

Inoltre, il Fisco sostiene che l'operazione che si vorrebbe realizzare non sarebbe conforme alla *ratio* sottesa agli artt. 172 e 173 del TUIR, e che il vantaggio fiscale ottenuto sia, pertanto, da qualificare come illecito, giacché aggira il regime di tassazione delle plusvalenze da cessione delle partecipazioni *ex art. 67 TUIR*.

Per quanto riguarda l'assenza di sostanza economica, si ritiene che la fusione delle società Alfa e Gamma in Beta e la successiva scissione totale asimmetrica non è idonea a produrre ulteriori effetti economici significativi diversi dai vantaggi fiscali.

Inoltre, le operazioni non sono conformi a normali logiche di mercato, in quanto si ha la realizzazione di due operazioni di segno opposto combinate tra loro.

Per questo si evince come attraverso questa combinazione di negozi, questi verrebbero utilizzati in maniera irragionevole rispetto ai loro fini riorganizzativi.

³¹³ Risposta ad Interpello, n. 84/2024

Questo tipo di scopo sarebbe stato più congruo conseguirlo attraverso strumenti giuridici più coerenti, come ad esempio la cessione di partecipazioni *ex art. 67 TUIR*.

Anche l'ultimo presupposto dell'essenzialità del vantaggio fiscale indebito si ritiene essere integrato.

Difatti, si può ben affermare che *“il complesso delle operazioni prospettate appare destinato unicamente a evitare l'imposizione fiscale delle eventuali plusvalenze derivanti dalla differenza (positiva) tra il valore di mercato delle partecipazioni oggetto di un eventuale trasferimento (fra i soci, soggetti non in regime d'impresa) ed il loro costo fiscalmente riconosciuto”*³¹⁴.

In conclusione, essendo integrati tutti presupposti della normativa antiabuso *ex art. 10-bis* dello Statuto dei Contribuenti, è necessario verificare la sussistenza dell'esimente delle valide ragioni *extra* fiscali non marginali. Sul punto, benché i soci abbiano fatto riferimento ai verbali d'assemblea, non sono riusciti a dare prova che questa combinazione di operazioni era in realtà funzionale a superare il dissidio concernente la destinazione delle risorse possedute dalle società, che se non evitato, condurrebbe ad uno stallo o nel peggiore delle ipotesi ad una liquidazione per impossibilità di funzionamento delle società stesse. Tale stallo, per il Fisco, può essere superato facendo ricorso a più consoni e legittimi strumenti predisposti dall'ordinamento.

La decisione dell'Agenzia sembra condivisibile in quanto, con la fusione delle società e la successiva scissione totale asimmetrica sembra essere tornati alla situazione *ante* operazione, avendo, in questa maniera, agito solo sulla composizione sociale e non sul patrimonio della società.

Diversamente, in un caso molto simile, l'Amministrazione Finanziaria con la risposta ad interpello n. 68/2018 ha ritenuto non abusiva la scissione asimmetrica di due società partecipate da due famiglie entrambe al 50%, con cui si trasferivano beni da una società all'altra al fine di consentire a ciascun gruppo familiare di continuare la gestione commerciale di propria pertinenza in quanto non realizzativa di alcun vantaggio fiscale indebito.

³¹⁴ *Ibid*

Ulteriore pronuncia degna di nota è la Risposta ad interpello n.263/2023, con la quale il Fisco ha qualificato come abusiva l'operazione di finanziamento e successiva scissione parziale proporzionale di cassa, al fine di estinguere il debito che la società beneficiaria aveva contratto con la scindenda.

Difatti, nel caso di specie la Holding AH (che ha come soci Tizio, Caio e Sempronio) aveva erogato alla controllata SI (che è partecipata dalla medesima compagine sociale), due finanziamenti: nel 2021 uno fruttifero da 70.000.000 della durata di cinque anni e nel 2022 un altro finanziamento fruttifero da 10.000.000, al fine di permettere alla società SI di disporre della liquidità necessaria per effettuare gli investimenti programmati. Questa combinazione di operazioni può anche essere osservata in un'ottica di passaggio generazionale, nel quale è interesse di Tizio (padre) quello di garantire che Caio e Sempronio (figli) possano gestire e far prosperare il *business* di competenza. Al fine di estinguere i due finanziamenti, la società SI aveva sottoscritto un finanziamento bancario da 60 milioni, da restituire in un brevissimo lasso di tempo e 20 milioni utilizzando la liquidità presente nelle sue casse.

In pratica, gli istanti vogliono porre in essere una scissione parziale proporzionale di cassa di AH, la quale dopo aver incassato il rimborso di due finanziamenti, vuole assegnare a SI una parte del suo patrimonio che corrisponde ad un ammontare di liquidità pari a 105 milioni.

Con tale somma la società SI potrà: estinguere il finanziamento bancario contratto, fornire ulteriori risorse ad una sua controllata ed infine effettuare, quando le condizioni di mercato lo permetteranno, ulteriori investimenti liquidi.

Nel complesso, l'operazione si pone l'obiettivo economico di permettere alla società SI di avere un più corretto equilibrio nel rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, creando, in questo modo, i presupposti per lo sviluppo futuro del *business* eventualmente anche attraverso mezzi di terzi.

A detta dell'Agenzia, questa concatenazione di fatti ed atti è un segnale di come gli stessi siano preordinati all'estinzione del debito da finanziamento che la beneficiaria ha nei riguardi della società scindenda.

Pertanto, si può affermare che *“il ricorso da parte della beneficiaria ad un finanziamento bancario per procurarsi temporaneamente la provvista finanziaria*

*necessaria ad effettuare formalmente il rimborso del debito, la successiva scissione parziale con la quale la società scindenda assegna (rectius restituisce) la liquidità ottenuta per effetto di quel rimborso e l'estinzione, da parte della beneficiaria, del finanziamento bancario ottenuto, rendendo evidente come l'estinzione del debito da finanziamento di SI nei riguardi di AH non abbia, di fatto, determinato alcun incremento effettivo della liquidità delle due società*³¹⁵.

Anzi, per l'Amministrazione Finanziaria questa operazione ha comportato solo “*la conversione di una posta di debito (capitale di credito) in una posta del patrimonio netto (capitale proprio)*”³¹⁶.

Dunque, andando a verificare la sussistenza dei presupposti applicativi della norma antiabuso, il Fisco ha affermato che per quanto riguarda la natura indebita del suddetto risparmio di imposta, la complessiva operazione appare preordinata all'aggiramento del regime proprio degli aumenti di capitale reale (mediante apporto dei soci o preventiva distribuzione di dividendi da parte di AH) ovvero degli aumenti di capitale virtuali (attraverso la rinuncia al credito di AH vantato nei confronti di SI).

Infatti, se l'operazione fosse stata effettuata per mezzo di un'operazione più fisiologica, ovverosia con un conferimento operato dai soci persone fisiche impiegando mezzi propri mediante la preventiva distribuzione di dividendi da parte di AH, paragonandolo all'invece applicato principio di neutralità fiscale proprio della scissione, è possibile evidenziare l'indebito vantaggio sotteso a questa operazione.

D'altronde, in questo caso la scissione parziale proporzionale non risponde ad alcuna esigenza di riorganizzazione aziendale né della scidenda né della beneficiaria, ma solo ad una patrimonializzazione della beneficiaria. Contrariamente, nel caso di specie la scissione viene usata “*per annullare sul piano sostanziale, gli effetti dell'incasso del credito da finanziamento ottenuto dalla scindenda, la quale, infatti, proprio tramite la scissione, si libera di quella stessa liquidità assegnandola alla beneficiaria affinché quest'ultima la restituisca alla*

³¹⁵ Risposta ad interpello n.263/2023

³¹⁶ *Ibid*

*banca presso la quale si era indebitata per eseguire il rimborso del finanziamento ricevuto*³¹⁷.

Per quanto concerne il presupposto dell'assenza di sostanza economica, esso è stato individuato nell'utilizzo dell'operazione per soddisfare esclusivamente l'interesse dei soci persone fisiche. Per giunta, la scissione non è sullo stesso piano di altre operazioni più idonee a ripatrimonializzare la propria società, eseguendo per esempio dei conferimenti.

In aggiunta, tale vantaggio risulta essenziale perché la sequenza di operazioni non è diretta al soddisfacimento di un interesse economico diverso da quello di un vantaggio fiscale.

In tale sequenza di operazioni, non è possibile individuare altro vantaggio se non quello dell'aggiramento della tassazione della distribuzione dei dividendi necessaria per il conferimento.

Per concludere, gli istanti non sono riusciti a dare prova dell'esimente delle ragioni extrafiscali non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale.

La decisione sembra condivisibile, in quanto l'operazione in esame non comporta nessun incremento di liquidità per le società ma solo la conversione di una posta di debito in una posta di patrimonio netto. Vi è un risparmio indebito di imposta giacché l'operazione è finalizzata all'aggiramento del regime proprio degli aumenti di capitale reali e virtuali ed è priva di sostanza economica perché utilizzata al fine di soddisfare gli interessi dei soci.

Ulteriore risposta ad interpello degna di menzione è la n.133/2022, nel caso di specie la Società A è una *holding* di partecipazioni, il cui capitale sociale è posseduto da dieci soci persone fisiche.

Nello specifico, la società A detiene il 40% del capitale sociale della Società D, mentre il restante 60% è detenuto dalla Società O. A sua volta la Società D è una *sub-holding* di partecipazioni e possiede il controllo totalitario del capitale sociale della Società B e Società C.

Tuttavia, in seguito ad un'offerta ricevuta dalla Società A e dalla Società O da parte di una società quotata americana per la cessione della totalità delle quote detenute nella Società D. Successivamente, si sono creati dei dissidi tra i soci della Società

³¹⁷ Risposta ad interpello n.263/2023

A, i quali da un lato erano tutti convinti della convenienza della cessione ma dall'altro hanno dimostrato opinioni divergenti circa la gestione della futura liquidità di cui avrebbe disposto la società.

Pertanto, per questo motivo i soci hanno deciso di perseguire, tramite nuove entità legali, differenti progetti imprenditoriali tra loro inconciliabili.

Considerate le evidenti e insanabili differenze tra le intenzioni e visioni prospettate dai soci in relazione all'utilizzo imprenditoriale della liquidità proveniente dalla cessione delle partecipazioni nella Società D, questi ultimi, al fine di evitare paralisi amministrative della Società A, intendono porre in essere una scissione totale asimmetrica non proporzionata della Società A a favore di cinque società di nuova costituzione possedute dai diversi soci in base alle diverse attività che ognuno di loro ha intenzione di svolgere.

L'operazione in questione, si avvarrebbe *in primis* del regime di neutralità fiscale ex art. 173 TUIR, e successivamente della cessione da parte di ciascuna beneficiaria Newco, delle partecipazioni detenute nella Società D, usufruendo del regime PEX (*participation exemption*) ex art. 87 TUIR.

Così facendo, ad esito della descritta operazione di riorganizzazione, i soci utilizzerebbero la liquidità così ottenuta per dare impulso, in maniera autonoma, ad i propri progetti imprenditoriali.

Trattandosi di una scissione totale non proporzionale, ogni socio della scindenda sostituisce la propria partecipazione originaria nella Società A con la partecipazione in una beneficiaria di nuova costituzione. A tal riguardo, ogni beneficiario di nuova costituzione sarà dotato di un pacchetto di quote della Società D in maniera proporzionale a quanto detenuto precedentemente dai soci nella scindenda società A.

Inoltre, l'Agenzia evidenzia che, in linea di principio, l'operazione di scissione non proporzionale è fiscalmente neutrale³¹⁸ a mente dell'art. 173 TUIR.

Inoltre, in questa risposta ad interpello il Fisco ha voluto rimarcare che “ *affinché non siano ravvisabili profili elusivi è necessario che la scissione non sia, di fatto, finalizzata all'assegnazione dei beni della scissa attraverso la formale attribuzione*

³¹⁸ Sul punto cfr. Risoluzione n.56/E del 22 marzo 2007 e parere del Comitato Consultivo per l'applicazione delle norme antielusive n. 5 del 24 febbraio 2005

dei medesimi a società di “mero godimento”, non connotata da alcuna operatività, al solo scopo di rinviare sine die la tassazione delle plusvalenze latenti sui beni trasferiti e/o, come nel caso specifico, delle riserve di utili in capo ai soci, usufruendo, in modo indebito, del regime di neutralità fiscale”³¹⁹.

Sul punto, l’Amministrazione Finanziaria ha tenuto a precisare che l’operazione potrebbe assumere valenza elusiva qualora *“la stessa rappresenterebbe solo la prima fase di un più complesso disegno unitario volto alla creazione di società contenitore e alla successiva cessione di partecipazione da parte dei soci persone fisiche, con l’esclusivo fine di spostare la tassazione dei beni di primo grado ai beni di secondo grado, ove suscettibile di generare un risparmio di imposta altrimenti non conseguibile”³²⁰*. Secondo il Fisco, ciò non si verifica nel caso in esame, dal momento che non è intenzione degli attuali soci della Società A cedere a terzi le rispettive partecipazioni al capitale sociale delle società neocostituite. Piuttosto, questa scissione totale asimmetrica è, invece, concepita in funzione dell’esigenza di creare cinque complessi aziendali autonomamente funzionali allo scopo di consentire diverse strategie di investimento.

Comunque, *“il vaglio di ammissibilità dell’operazione deve essere subordinata alla condizione che nessun asset societario sia impiegato per raggiungere obiettivi esclusivamente personali oppure familiari, o in generale estranei ad un contesto imprenditoriale”³²¹*. Tale assetto *prima facie* non sembra voglia distogliere le risorse finanziarie liquide dall’attività di impresa.

Per tali motivi, considerata la situazione di fatto, per l’Agenzia tale operazione non configura un’ipotesi di abuso del diritto perché non determina vantaggi fiscali che sono in contrasto con la *ratio* di alcuna norma o principio dell’ordinamento.

Infine, pare opportuno analizzare la Risposta ad interpello n. 155/2021, nella quale il Fisco ha esaminato un’operazione di scissione totale parzialmente asimmetrica avente ad oggetto beni immobili, posta in essere ai fini di agevolare il passaggio generazionale. Nel caso in analisi, la società Alfa (con soci Tizio, Caia, Sempronia, Mevia, Filano e Calpurnio), *holding* di famiglia, controllante delle due società beneficiarie (Beta e Gamma), e detentrica degli immobili strumentali all’attività di

³¹⁹ Risposta ad interpello n.133/2022

³²⁰ *Ibid*

³²¹ *Ibid*

impresa, vuole compiere una scissione totale a favore delle due società operative in maniera proporzionale per alcuni soci e asimmetrica per altri.

Come sappiamo, si parla di scissione totale quando questa operazione ha ad oggetto l'intero patrimonio della scissa, il quale verrà assegnato ad una o più società beneficiarie.

Inoltre, tale operazione è parzialmente asimmetrica, in quanto all'esito del perfezionamento dell'operazione, ad alcuni soci della società non viene attribuita alcuna partecipazione nella beneficiaria Beta, bensì una corrispondente e proporzionale maggiore partecipazione al capitale dell'altra beneficiaria Gamma e viceversa. In questa maniera, verranno attribuite a Mevia esclusivamente azioni di Gamma, mentre a Sempronia verrebbero attribuite esclusivamente azioni della società beneficiaria Beta. Per gli altri soci vige, invece, un criterio di proporzionalità.

In occasione dell'eventuale stipula dell'atto di scissione, entrambe le beneficiarie procederanno all'aumento di capitale gratuito mediante imputazione a capitale della riserva straordinaria.

Dunque, per effetto della scissione, gli attuali soci di Alfa, ovverosia i coniugi Tizio e Caia e i loro quattro figli, riceveranno partecipazioni nelle beneficiarie in misura proporzionale alle quote detenute nella scissa, salvo che per le socie Mevia e Sempronia, per le quali la scissione ha carattere asimmetrico, per cui la prima avrà solo partecipazioni in Gamma e la seconda solo in Beta.

A tal riguardo, il Fisco si è pronunciato per la non elusività dell'operazione, affermando che non vi fosse alcun vantaggio fiscale indebito ai fini delle imposte sui redditi e che la scissione fosse una operazione fisiologica alla riorganizzazione delle attività sociali avendo a mente un futuro passaggio generazionale.

Andiamo ora ad analizzare la Risposta ad interpello n. 746/2021 con la quale l'Agenzia si è pronunciata per la non abusività di una doppia scissione totale non proporzionale. Il caso verteva, appunto, sulla doppia scissione totale non proporzionale delle società Alfa e Beta.

Sia la società Alfa che la società Beta, partecipate per il 50% ciascuno dai due fratelli Tizio e Caio, svolgono l'attività di locazione del proprio patrimonio immobiliare. Tuttavia, in seguito a dissidi insanabili tra i due soci nella gestione

dell'impresa, ciascuna società verrà scissa in due società in accomandita semplice di nuova costituzione, inoltre ogni società sarà totalmente partecipata inizialmente dai due soci della scissa, che successivamente ricostruiranno la pluralità dei soci nei termini di legge mediante donazione di parte delle partecipazioni mediante donazioni ai figli. L'operazione in commento comporta un'assegnazione alle beneficiarie dei beni immobili in maniera non proporzionale, essa porterebbe ad un assetto tendenzialmente paritario, con corrispondenza dei valori economici relativi alle partecipazioni da attribuire ai soci, in confronto ai valori delle partecipazioni detenute nelle scisse in origine.

L'Agenzia, nel caso di specie, *“non ha rinvenuto il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito, dal momento che risulta essere un atto fisiologico alla riorganizzazione delle attività facenti capo ai soci, al fine di separare i rispettivi destini imprenditoriali”*³²².

3.3 Fusione: le operazioni di LBO ed MLBO

Per quanto riguarda il rapporto tra abuso del diritto e fusione, alcuni profili più problematici sorgono in tema di *Leveraged buy-out* (di seguito anche “LBO”), la cui traduzione è “acquisizione attraverso l'indebitamento”. L'operazione comporta l'acquisizione di un'impresa o di una partecipazione di controllo mediante ricorso in tutto o in parte ad un finanziamento, il quale verrà rimborsato mediante il *cash flow* che verrà prodotto dalla società bersaglio o c.d. *target company*, ovvero sia quella che sarà oggetto di acquisizione³²³.

L'operazione si sostanzia inizialmente con la costituzione di nuova società (c.d. *Special Purpose Vehicle* o SPV), la quale al fine di acquistare le partecipazioni della *target* si indebita. Più diffuso però è il caso del *Merger Leverage Buy-out* (MLBO), la quale si completa mediante la fusione tra SPV e *target*. Queste sono dunque modalità di acquisizione di partecipazioni di matrice anglosassone.

³²² Risposta ad interpello n. 746/2021

³²³ M.ANTONINI, A. DI DIO, *Legittimità fiscale delle operazioni di “merger leveraged buyout” per modifica dell’“assetto proprietario”*, in *Corriere Tributario* n.14/2016, p. 1091

In aggiunta, tali operazioni vengono tendenzialmente poste in essere in Italia sia da operatori nazionali che stranieri. Questi ultimi, di solito, investono costituendo precedentemente società *holding* in Stati membri dell'UE mediante le quali avviano l'operazione di acquisizione, attraverso le fasi appena descritte: costituzione di un SPV, acquisto delle partecipazioni nella *target* ed eventualmente la sua fusione con la SPV³²⁴.

In merito ai profili fiscali, la struttura dell'operazione fa sì che si realizzi la compensazione intersoggettiva dei redditi positivi imponibili prodotti dall'attività della società *target* con gli interessi passivi del veicolo utilizzato per l'acquisizione (c.d. *Bid-co*). Inoltre, questi interessi non potrebbero essere singolarmente deducibili in capo alla società veicolo, essendo un soggetto di nuova costituzione e quindi senza una gestione operativa³²⁵.

Per quanto concerne i casi di LBO, le due società coinvolte possono esercitare l'opzione per il consolidato fiscale a mente degli artt. 117 e ss. del TUIR, invece in merito al MLBO l'effetto compensativo opera automaticamente all'esito della fusione, la quale appunto ha come conseguenza il fondersi dei patrimoni delle società fuse, la creazione di un solo flusso finanziario, la determinazione di un solo reddito e per questo di un'unica base imponibile.

Il Fisco, nei confronti di queste operazioni ha operato contestazioni per abuso del diritto in merito agli effetti fiscali della predetta compensazione degli oneri finanziari tra società veicolo e *target* mediante le tecniche definite di *debt push down*³²⁶. Infatti, realizzando la fusione tra la *Bid-co* e la *target*, gli oneri finanziari connessi al ricorso al credito della società veicolo erodono la base imponibile della società oggetto di acquisizione. Individuando il presunto indebito risparmio di imposta nella maggiore deduzione di interessi passivi³²⁷ sul finanziamento che era stato stipulato per l'acquisizione, componenti negative che sono indeducibili in capo alla SPV se non vi è la successiva fusione o esercizio dell'opzione per il

³²⁴ G. FORMICA, M. DE NICOLA, *Change of control ed elusività delle operazioni di LBO/MLBO*, il Fisco, n.41/2016, p. 3919

³²⁵ *Ibid*

³²⁶ G. FORMICA, M. DE NICOLA, *Change of control ed elusività delle operazioni di LBO/MLBO*, il Fisco, n.41/2016, p. 3919

³²⁷ G. PROVAGGI, *La sorte degli interessi passivi nella fusione con indebitamento*, in *Corriere Tributario*, n. 11/2014, p. 848

consolidato tra la *target* operativa e la società veicolo stessa. Però, questo tipo di contestazioni sembrano richiamare un'elusività dell'operazione "a prescindere" invece di apprezzarne le reali finalità economiche³²⁸.

In aggiunta, l'Amministrazione Finanziaria ha talvolta contestato queste operazioni per l'assenza di inerenza degli interessi passivi generati dal LBO e MLBO, ed in altri casi addirittura per aver prodotto prestazioni di servizi *infra-gruppo* tra società veicolo e investitori, che se soci-investitori non residenti, devono essere soggetti alla disciplina del *transfer pricing* ex art. 110 TUIR³²⁹.

Un primo passo per comprendere la posizione dell'Agenzia sul tema si può registrare con la Circolare n. 6/E del 30 marzo del 2016, con la quale ha riconosciuto la liceità da un punto di vista fiscale sia del LBO che del MLBO, sancendo che "*si caratterizzano per l'esistenza di una sola causa, che è costituito dall'acquisizione di un'impresa o di una partecipazione che consenta il controllo della target*"³³⁰ dal momento che "*rispondendo a finalità extra-fiscali, riconosciute dal Codice civile e, spesso, imposte dai finanziatori terzi, difficilmente potrebbe essere considerata finalizzata essenzialmente al conseguimento di indebiti vantaggi fiscali*"³³¹, si applicano al LBO se le società esercitano l'opzione per il consolidato fiscale con gli stessi risultati per quanto concerne le imposte sui redditi.

Pertanto, il vantaggio fiscale viene conseguito attraverso la deduzione degli oneri finanziari mediante il *debt push down*, ad eccezione dei casi in cui vi siano ulteriori profili di artificiosità.

A tale fine, è necessario promuovere un approccio *case by case* per possibili contestazioni per abuso del diritto nel caso in cui si dovessero presentare ulteriori tratti di artificiosità.

Per maggiore precisione, in merito al dubbio circa la sussistenza o meno dell'inerenza negli interessi passivi, il Fisco ha riconosciuto la presenza di tale requisito, dal momento che il finanziamento è subordinato all'acquisto della società *target* nel MLBO e l'aver attivato l'opzione per il consolidato fiscale nel LBO. Per quanto riguarda, invece, la possibile configurabilità di una prestazione di servizi

³²⁸ M.ANTONINI, A. DI DIO, *Legittimità fiscale delle operazioni di "merger leveraged buyout" per modifica dell' "assetto proprietario"*, in Corriere Tributario n.14/2016, p. 1093

³²⁹ *Ibid*

³³⁰ Circolare dell'Agenzia delle Entrate n.6/E/2016

³³¹ *Ibid*

con soci esteri, in applicazione delle Linee Guida OCSE, l'Amministrazione Finanziaria ha sancito che si configurerebbe una operazione *infra-gruppo*, e quindi assoggettabile alla disciplina *transfer pricing*, qualora i soggetti che hanno costituito la SPV abbiano in prima persona raccolto le risorse finanziarie necessarie al di fuori del gruppo, per poi metterle a disposizione del veicolo.

Inoltre, la Circolare ci ha tenuto a precisare che, in merito al requisito del *change of control* nelle operazioni di LBO/MLBO, ci possono essere contestazioni per abuso del diritto qualora queste siano state perfezionate ma i soggetti che hanno il controllo della *target ante* operazione e lo preservino anche una volta completata.³³²

L'analisi circa la sussistenza di tale requisito non è affatto banale, e non si può effettuare *sic et simpliciter* dall'esistenza di quote paritetiche. Infatti, la nozione di controllo *ex art. 2359 c.c.* è molto ampia, richiedendo un'approfondita analisi circa i rapporti che intercorrono tra i soci, individuando come *discriminen* elementi che facciano desumere la reale influenza economica sulle decisioni imprenditoriali³³³.

Tuttavia, nonostante l'appena menzionata Circolare, l'Agenzia continua a contestare queste operazioni, creando così un grande clima di incertezza, per il solo fatto che a valle dell'operazione partecipino nella società anche soci che già detenevano partecipazioni.

Ciò accade perché ai sensi dell'art. 2501-*bis* c.c., il presupposto della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, è l'acquisto del controllo della società *target* (c.d. *change of control*), risulta quindi essenziale che le partecipazioni acquisite integrino il controllo per come descritto a mente dell'art. 2359 c.c..

Il Fisco, però, interpreta restrittivamente questo requisito, considerando l'assenza di un mutamento nell'assetto proprietario anche quando i soci della società *target* partecipano all'operazione e poi si trovano in minoranza.

Questa interpretazione non sembra condivisibile in quanto affinché vi sia il requisito del *change of control* non rileva che il controllo venga acquisito da parte di un soggetto estraneo alla società, ma è sufficiente che venga a cessare il controllo esclusivo dei precedenti soci, ancorché gli stessi permangano nella compagine sociale.

³³² *Ibid*

³³³ *ibid*

Non rimane comunque pacificamente alcun dubbio circa l'abusività delle operazioni di LBO, in cui le partecipazioni vengono acquisite attraverso veicoli che sono a loro riconducibili mediante l'indebitamento, mantenendo quindi le stesse partecipazioni in modo da trasformare gli utili da partecipazione in *capital gain*, al fine di avvalersi del meno gravoso regime fiscale ad essi collegato.

A riprova di ciò il reinvestimento da parte dei soci è piuttosto comune, in particolar modo nelle operazioni poste in essere da operatori istituzionali, i quali spesso subordinano l'operazione al fatto che vi sia la permanenza del socio venditore, senza che ciò sfoci nell'abuso del diritto.

Per questo motivo, si ritiene lecito sia il reinvestimento del socio della *target* che l'acquisizione mediante indebitamento come anche supportato dalla giurisprudenza di merito, la quale anche dopo la Circolare n. 6/E/2016 ha ribadito l'assenza di qualsiasi intento abusivo rispetto a queste operazioni di LBO, nelle quali pur se intervenuti i soci stessi, vi era un cambiamento negli assetti di controllo della società *target*. Motivo dirimente ai fini della liceità dell'operazione è qualificare "il mutamento dell'assetto proprietario "come una ragione extrafiscale non marginale e quindi eliminare quella patina di elusività che avvolgeva l'operazione"³³⁴.

Sul punto risulta necessario menzionare la rilevante pronuncia della Corte di Cassazione nella sentenza n. 866/2019. Il caso verteva sulla riorganizzazione aziendale realizzata da una famosa casa di moda, la quale seguiva lo schema del LBO, mediante la costituzione di una nuova società che acquistava con indebitamento bancario la società Alfa controllata al 100% da una società lussemburghese, che a sua volta possiede il 50% della società *target*. Inoltre, la NewCo aveva acquisito senza indebitamento, il restante 50% della società da un socio persona fisica, il quale era anche socio al 50% della NewCo.

Ad esito di questa operazione, la società *target*, la NewCo e la Alfa S.p.a. si erano fuse in un'unica società, la quale era composta: per il 50% dal socio persona fisica ed il restante 50% da soci diversi da quelli che prima avevano le altre quote. Sul punto, l'Agenzia delle Entrate aveva contestato l'operazione qualificandola come abusiva a mente dell'oramai abrogato art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973 in quanto

³³⁴ M.ANTONINI, A. DI DIO, *Legittimità fiscale delle operazioni di "merger leveraged buyout" per modifica dell'"assetto proprietario"*, in *Corriere Tributario* n.14/2016, p. 1091

il 50% della società *target* era rimasto di proprietà dello stesso socio persona fisica, e che quindi la cessione del restante 50% sarebbe potuto avvenire con una mera compravendita di partecipazioni. Però, nel caso in esame, la Suprema Corte³³⁵, facendo leva sul fatto che in riferimento ai processi di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale effettuati nel contesto di grandi gruppi di impresa, ha rigettato il ricorso del Fisco in quanto non valevole il divieto di comportamenti abusivi qualora quelle operazioni possano realizzarsi diversamente piuttosto che con il mero ottenimento di un risparmio di imposta.

Pertanto, i giudici di Piazza Cavour hanno escluso la sussistenza di una fattispecie elusiva mettendo in evidenza che l'operazione realizzata rientrasse in un più ampio programma di ristrutturazione societarie.

Dunque, le valide ragioni economiche identificate in questa operazione di LBO, rientravano nella configurazione di un nuovo assetto societario della società *target*; difatti, la Corte di Cassazione³³⁶ ha affermato la sussistenza del presupposto del *change of control*, nonostante in seguito all'operazione il socio preesistente ha conservato una rilevante quota del 50% esercitando così il controllo congiunto con il nuovo socio della società *target*.

Questa pronuncia appare condivisibile giacché non sembra corretto che l'Amministrazione Finanziaria qualifichi il cambiamento dell'assetto proprietario come marginale, nonostante i soggetti che controllano la società *target* siano diversi dai precedenti³³⁷.

Ciò implica che pur quando la compagine sociale rimane invariata successivamente all'operazione di LBO, questa non è sufficiente a sostenere la tesi proposta dal Fisco, nel caso in cui si sia compiuto un passaggio dei soci di minoranza a soci di maggioranza o viceversa.

È importante però precisare la posizione dell'Amministrazione Finanziaria sul punto, che con la Risposta ad interpello n.341/2019 ha adottato posizioni restrittive qualificando come abusiva la riorganizzazione, in quanto questa operazione ha come obiettivo quello di concentrare la gestione nelle mani dei soci di minoranza

³³⁵ Cass. Sent. n. 866/2019

³³⁶ *Ibid*

³³⁷ G. COMMITTERI, *Leveraged buy-out e mutamento dell'assetto proprietario*, Corriere Tributario 4/2019

(Zeta e Gamma), dando allo stesso tempo la possibilità ai soci restanti (Alfa, Beta, Delta e Epsilon) non più interessati a proseguire l'attività imprenditoriale, di uscire in maniera definitiva dalla compagine della società.

L'operazione si dovrebbe sostanziare come segue:

- a) costituzione, con capitale sociale di 10mila euro, di una S.R.L.(Newco) nella quale parteciperanno, in misura eguale, Zeta e Gamma;
- b) la cessione alla Newco, previa la rivalutazione, delle partecipazioni di Eta detenute dai soci diversi da Zeta e Gamma;
- c) la cessione; senza rivalutazione, alla Newco del 7,5% delle partecipazioni di Eta detenute da Zeta;
- d) la fusione per incorporazione inversa di Newco nella controllata Eta, la quale al termine dell'operazione sarà partecipata solo da Zeta e Gamma, ognuno con una partecipazione del 50%.

Pare opportuno specificare che il recesso c.d. tipico, si sostanzia nell'annullamento e nel rimborso della partecipazione detenuta in proporzione del patrimonio sociale e avendo contezza del valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso, così come disciplinato a mente dell'art. 2473 c.c. In aggiunta, le somme che vengono ricevute dal socio recedente costituiscono utile per la parte che eccede le somme ricevute, giacché produttive di reddito di capitale.

Il recesso c.d. atipico, come il caso oggetto di interpello, viene attuato attraverso la cessione a titolo oneroso della partecipazione o ad altri componenti della compagine sociale oppure a soggetti terzi. In questo caso le somme ricevute vengono qualificate come redditi diversi di natura finanziaria (c.d. *capital gains*) Come già affermato dal Fisco con la Circolare n.16/E/2005, il valore "rideterminato" può essere usato solo nei casi di recesso atipico "*in quanto le somme o i valori normale dei beni ricevuti dai soci costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote che sono state annullate*"³³⁸.

³³⁸ Risposta ad interpello n.341/2019

Nel caso in esame, però, il recesso tipico dei soci che esprimono la volontà di uscire dalla compagine societaria di Eta non si sarebbe potuto avvalere della rideterminazione delle partecipazioni.

Ma, attraverso questa fitta serie di operazioni, *“i soci recedenti si preconstituiscono le condizioni per porre in essere un recesso c.d. atipico idoneo a far conseguire loro un vantaggio fiscale”*³³⁹.

Vantaggio fiscale che consiste nel risparmio di imposta derivante dal pagamento di un'imposta sostitutiva sul valore di perizia delle partecipazioni, al posto della ritenuta a titolo di imposta del 26%.

Tale vantaggio fiscale è, però, da qualificare come indebito dal momento che è frutto dell'aggiramento della disciplina fiscale in materia di recesso tipico.

Andando a verificare la sussistenza degli altri elementi richiesti dall'art.10-bis, l.n. 212/2000, si afferma che appare priva di sostanza economica la sequenza di operazioni composta dalla cessione delle partecipazioni, previamente rivalutate, da parte dei soci intenzionati a uscire dalla compagine sociale della società ceduta a un veicolo societario partecipato unicamente dai soci intenzionati a restare e la susseguente incorporazione del veicolo, dopo l'acquisito delle predette partecipazioni, da parte della stessa società ceduta. A detta dell'Agenzia, questa combinazione è inidonea a produrre effetti significativi diversi dai descritti vantaggi fiscali.

Inoltre, l'obiettivo economico della concentrazione della proprietà di Eta nelle mani dei soci di minoranza Zeta e Gamma potrebbe essere raggiungibile mediante il recesso tipico dei suddetti soci, previamente concordato con gli altri soci.

Peraltro, questa concatenazione di operazioni non è coerente con le normali logiche di mercato, ma sembra idoneo a conseguire un vantaggio fiscale indebito ai soci che non vogliono proseguire l'attività di impresa.

L'appena citato vantaggio fiscale indebito risulta, inoltre, essenziale perché tale sequenza di operazioni non è diretta al soddisfacimento di un interesse economico diverso da quello del perseguimento del vantaggio fiscale stesso. Unico vantaggio che emerge da tale agglomerato di operazioni è solamente il risparmio fiscale in capo ai soci persone fisiche, i quali cedono le partecipazioni previamente rivalutate.

³³⁹ *Ibid*

Infine, secondo l'Amministrazione Finanziaria non si possono rinvenire l'esimente delle valide ragioni extrafiscali non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che giustifichino l'insieme dei negozi giuridici. Ai fini dell'applicazione dell'esimente, è necessario che la riorganizzazione superi un vaglio di "non marginalità" delle ragioni extrafiscali, il quale si ritiene sussistente qualora in loro assenza tali operazioni non sarebbe state realizzate.

Pertanto, l'Agenzia ritiene che la prospettata riorganizzazione sia più affine all'obiettivo personalistico dei soci recedenti di Eta, che si sostanzia nell'abbattimento del rispettivo carico tributario.

Giova, inoltre, fare menzione della Risposta ad interpello n.242/2020, nella quale il Fisco si è espressa circa l'elusività di un'operazione di MLBO che si strutturava mediante una cessione di partecipazioni previamente rivalutata detenute da soci uscenti ad una società di nuova costituzione e successiva fusione inversa del SPV nella società acquistata. Per l'esattezza, l'operazione è strumentale all'assunzione del controllo di diritto della società da parte del socio di minoranza e all'acquisto di una partecipazione di rilievo da parte del *general manager*, non socio della società.

Sul caso l'Agenzia ha qualificato tale operazione come non abusiva in quanto non integra alcun vantaggio fiscale indebito, dal momento che è un'operazione fisiologica per la fuoriuscita definitiva della compagine sociale da parte dei soci uscenti. Questi ultimi, infatti, hanno la libertà di scegliere se recedere attraverso un recesso tipico o atipico³⁴⁰.

Pare opportuno specificare che il recesso c.d. tipico, si sostanzia nell'annullamento e nel rimborso della partecipazione detenuta in proporzione del patrimonio sociale e avendo contezza del valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso, così come disciplinato a mente dell'art. 2473 c.c. In aggiunta, le somme che vengono ricevute dal socio recedente costituiscono utile per la parte che eccede le somme ricevute, giacché produttive di reddito di capitale.

Il recesso c.d. atipico, come il caso oggetto di interpello, viene attuato attraverso la cessione a titolo oneroso della partecipazione o ad altri componenti della

³⁴⁰ Ipsosa quotidiano, *Quando il recesso atipico dalla società non integra vantaggio fiscale indebito*, sulla Risposta ad Interpello n.242 del 5 agosto 2020.

compagnie sociale oppure a soggetti terzi. In questo caso le somme ricevute vengono qualificate come redditi diversi di natura finanziaria (c.d. *capital gains*)³⁴¹. Come già affermato dal Fisco con la Circolare n.16/E/2005, il valore “rideterminato” può essere usato solo nei casi di recesso atipico “*in quanto le somme o i valori normale dei beni ricevuti dai soci costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l’acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote che sono state annullate*”³⁴².

Dunque, la cessione di partecipazioni detenute dai soci, la quale è stata previamente oggetto di rivalutazione, non produce alcun vantaggio fiscale indebito qualora sia fisiologica alla fuoriuscita in via definitiva dalla compagine sociale da parte soci recedenti, in quanto rientra nella loro libertà decidere se recedere attraverso un recesso tipico o atipico.

Per l’Agenzia, però, deve essere fatto un discorso differente con riferimento ai soci superstiti, nel caso di specie, questi mediante un recesso atipico possono conseguire un vantaggio fiscale che è da qualificare come indebito dal momento che aggira la disciplina fiscale in tema di recesso tipico.

Inoltre, l’operazione di cessione delle partecipazioni, previamente rivalutate, da parte dei soci superstiti a un veicolo societario da loro partecipato oltre che dal socio entrante e la susseguente incorporazione del veicolo, dopo l’acquisto delle predette partecipazioni, da parte della stessa società ceduta è priva di sostanza economica, ed è inidonea a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali.

Peraltro, l’obiettivo economico del concentrare la proprietà della società nelle mani dei soci superstiti e del nuovo socio entrante, potrebbe essere raggiunto attraverso il recesso tipico di questi limitatamente alla quota-parte di partecipazione oggetto di recesso, concordandolo anticipatamente con i nuovi soci ed il contestuale ingresso del nuovo socio.

La concatenazione di operazioni prospettate non è coerente con le normali logiche di mercato, apparendo unicamente idoneo a far conseguire un vantaggio fiscale indebito ai soci.

³⁴¹ P. TORRACA, *La risposta dell’agenzia delle Entrate in tema di MLBO e abuso del diritto*, in *Legislazione e prassi* Giappichelli, 2020

³⁴² Risposta ad interpello n.242/2020

Infine, tale vantaggio fiscale indebito risulta essere essenziale in quanto la specifica sequenza di operazioni non sembra essere diretta al soddisfacimento di un interesse economico diverso da quello del perseguimento del vantaggio fiscale stesso.

In tal caso l'operazione deve essere qualificata come abusiva anche perché non sussiste l'esimente delle valide "ragioni extrafiscali non marginali", anche di ordine organizzativo o gestionale, giacché *l'operazione risponde più all'obiettivo personalistico del socio consistente nell'abbattimento del carico tributario*³⁴³ e non al riassetto della compagine sociale.

Questa decisione non deve sorprendere in quanto in linea con il Principio di diritto n.20 del 23 luglio 2019 e con la Risposta ad interpello n.341 del 23 agosto 2019³⁴⁴.

Di contro, tale interpretazione è contrastante con quanto sancito nella Circolare n.6/E del 2016, nella quale le operazioni di MLBO era stata riconosciuta come strumento valido nel caso in cui fosse diretto ad un effettivo cambio di controllo³⁴⁵.

Da ultimo, l'Amministrazione Finanziaria con la recentissima Risposta ad interpello n.22/2024, con la quale le società istanti Alfa e Beta hanno presentato un'unica istanza molteplici quesiti che si riconducono a interPELLI disapplicativi, ordinari, antiabuso e probatorio, in un'operazione di MLBO. Per quanto riguarda il quesito antiabuso, l'Agenzia con questa risposta ha fatto chiarezza circa la disapplicazione della disciplina sul riporto delle perdite, degli interessi passivi eccedenti e dell'eccedenza ACE in un'operazione di MLBO. Per maggior chiarezza con ACE (Aiuto alla Crescita Economica) si intende un'agevolazione che favorisce il rafforzamento della struttura patrimoniale delle imprese che si sostanzia con una deduzione del reddito imponibile netto, di una somma che corrisponde al rendimento figurativo degli incrementi di capitale proprio.

Nel caso di specie, la SPV Beta acquista la maggioranza delle azioni della *holding* Alfa dai suoi azionisti, ottenendo il controllo totale su quest'ultima. In seguito, Alfa e Beta si fondono mediante l'incorporazione di Beta in Alfa, per mezzo di una fusione inversa.

³⁴³ *Ibid*

³⁴⁴ M.ANTONINI, E. PAVESI, *Rivalutazione delle partecipazioni e riorganizzazioni societarie: perplessità sulle interpretazioni dell'Agenzia*, in *Il Fisco*, n.38/2019, p.3707

³⁴⁵ M.BEGHIN, *La cessione di partecipazioni affrancate e il leveraged cash out tra interpretazione della legge e abuso del diritto*, in *Bollettino Trib.*, n.21/2020, p.1551

Il quesito in questione verte circa l'opportunità di derogare, infatti siamo di fronte ad un interpello disapplicativo ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. a) l.n. 212/2000, della norma che richiede la sterilizzazione di eventuali aumenti di capitale ai fini ACE, i quali producono un effetto moltiplicativo, comportando così una illecita doppia fruizione del beneficio. Qui il Fisco, richiamando il Principio di diritto n.1 del 2019, sancisce che l'operazione di reinvestimento da parte dei vecchi soci di Alfa (Delta ed Epsilon, tramite la società interamente partecipata Theta) in Beta realizza un indebito vantaggio a causa della creazione di artificiosa base ACE in capo a quest'ultima. Violando in questa maniera la *ratio* della disciplina ACE, dal momento che l'operazione è qualificabile come una mera operazione circolare, ideata soltanto a produrre un indebito vantaggio fiscale nonostante l'operazione di reinvestimento realizzi un incremento patrimoniale della società veicolo (Beta). Inoltre, questa operazione è priva di sostanza economica, dal momento che *“questo reinvestimento realizza una mera operazione di natura “circolare” e quindi inidonea a produrre alcun effetto significativo diverso dall'ottenimento di un indebito vantaggio fiscale consistente nella costituzione artificiosa di “base ACE”*³⁴⁶.

Considerando, comunque, la genuinità dell'obiettivo economico perseguito con il complesso di operazioni effettuate, ciò che andrebbe contestato in un'ottica antiabuso sono le modalità prescelte per il raggiungimento dell'obiettivo economico da parte dei soci reinvestitori, dal momento che rimane onere dell'Agenzia individuare *“modalità alternative più lineari sul piano economico e che avrebbe evitato l'insorgenza di “base ACE” artificiosa”*³⁴⁷.

Pertanto, ciò che è oggetto di sindacato anti-abuso è il flusso “circolare” di denaro relativo al reinvestimento da parte degli ex soci di maggioranza di Alfa.

A detta dell'Agenzia, le modalità alternative più lineare, come già chiarito nel Principio di diritto n. 1 del 2019, richiedeva ai soci reinvestitori di compensare il credito derivante dalla vendita delle partecipazioni nella società *target* fino a concorrenza dell'ammontare da reinvestire nella società veicolo, tale per cui quel denaro non avrebbe potuto essere in alcun modo utilizzato dalla veicolo stessa per

³⁴⁶ Risposta ad interpello n. 22/2024

³⁴⁷ *Ibid*

finanziare l'acquisizione di ulteriori *assets* patrimoniali e per far fronte al sostenimento di eventuali altri costi.

Comunque, la stessa struttura partecipativa, auspicata al termine della riorganizzazione rappresentata, sarebbe potuta essere più diretta se i soci reinvestitori (Delta e Epsilon) e invece di cedere l'intero pacchetto partecipativo precedentemente detenuto in Alfa, avrebbero potuto trattenerne la quota delle partecipazioni necessaria a consentirgli di ottenere, *post* fusione, la percentuale di partecipazione desiderata, richiedendo questa alternativa anche un ammontare minore di risorse finanziarie necessarie per realizzare l'investimento in questione. Per il Fisco, le ragioni addotte dagli istanti per giustificare il non aver utilizzato le diverse alternative non sono meritevoli di accoglimento.

Giacché queste modalità alternative, oltre ad essere più lineari “*non avrebbero alterato sostanzialmente l'assetto economico-negoziale cui gli istanti intendevano pervenire*”³⁴⁸.

Infine, per quanto riguarda il requisito dell'essenzialità del vantaggio fiscale indebito, “*non sembra esserci alcun vantaggio fiscale diverso da quello fiscale legato all'artificialità di “base ACE” in capo alla società veicolo, rispetto a quello che avrebbe potuto essere raggiunto mediante le modalità alternative più lineari sopra individuate*”³⁴⁹.

Non essendo state individuate dagli istanti apprezzabili ragioni extrafiscali non marginali che giustifichino la necessità di strutturare il reinvestimento da parte degli ex soci di Alfa (Delta e Epsilon, tramite la società interamente partecipata Theta) nel modo prescelto piuttosto che nelle alternative più valide, l'operazione è da considerarsi abusiva ai sensi dell'art- 10-*bis* della L.n. 212/2000.

3.4 Conferimento di partecipazioni

Ai fini della nostra analisi, pare opportuno ricordare che l'art. 11-bis del D.L. 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. Decreto crescita) ha ampliato l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina speciale del “realizzo controllato”, di cui all'art. 177,

³⁴⁸ Risposta ad interpello n. 22/2024

³⁴⁹ *Ibid*

comma 2, del T.U.I.R., mediante l'introduzione del comma 2-bis, riferito ai casi di partecipazione non di controllo. La novella legislativa interviene sulla disciplina fiscale dello scambio di partecipazioni di cui al precedente comma 2. Il sopramenzionato comma 2-bis estende ai conferimenti di partecipazione non di controllo il regime del realizzo controllato. Esso sancisce che *“la società conferitaria non acquisisce il controllo di una società, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del Codice Civile, né incrementa, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo, la disposizione di cui al comma 2 del presente articolo trova comunque applicazione ove ricorrano, congiuntamente, le seguenti condizioni: a) le partecipazioni conferite rappresentano, complessivamente, una percentuale di diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria superiore al 2 o al 20 per cento ovvero una partecipazione al capitale o al patrimonio superiore al 5 o al 25 per cento, secondo che si tratti di titoli negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni; b) le partecipazioni sono conferite in società, esistenti o di nuova costituzione, interamente partecipate dal conferente. Per i conferimenti di partecipazioni detenute in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, le percentuali di cui alla lettera a) del precedente periodo si riferiscono a tutte le società indirettamente partecipate che esercitano un'impresa commerciale, secondo la definizione di cui all'articolo 55, e si determinano, relativamente al conferente, tenendo conto della eventuale demoltiplicazione prodotta dalla catena partecipativa. Il termine di cui all'articolo 87, comma 1, lettera a), è esteso fino al sessantesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione delle partecipazioni conferite con le modalità di cui al presente comma”*.

Forte limite all'applicazione del principio di neutralità è il secondo presupposto del comma 2-bis, esso afferma che la partecipazione di minoranza venga conferita in una società *“interamente partecipata dal conferente”* non potendo esserci soci nella conferitaria. Pertanto, tale norma permette esclusivamente la costituzione, avvalendosi del regime di neutralità, di *holding* unipersonali, non prevedendo lo stesso trattamento nei casi di conferimenti congiunti da parte di soggetti diversi, ad eccezione del caso in cui si voglia considerare la lettera della norma declinabile

anche al plurale³⁵⁰. A tal proposito, giova menzionare la Risposta ad interpello n.309/2020, la quale verteva su una società che interamente partecipata da un elevato numero di persone fisiche che facevano parte di quattro distinte famiglie, avendo come obiettivo quello di riunire le partecipazioni in quattro *holding* familiari, tre delle quali, in totale, sarebbero stati in grado di superare la soglia prevista dal comma 2-*bis*, dell'art. 177 TUIR per le partecipazioni.

La società Alfa ha una compagine sociale abbastanza frammentata, ed ha acquisito azioni proprie. Difatti, primo passo dell'operazione è quello di annullare le azioni proprie e successivamente procedere con conferimenti dei soci a favore di quattro *holding* differenti mediante le azioni della *holding* collegata al proprio ramo familiare. Inoltre, non vi saranno casi di donazione indiretta dal momento che le partecipazioni che verranno assegnate al conferente saranno proporzionali al numero delle azioni conferite. Successivamente, le partecipazioni oggetto di conferimento verranno iscritte nel bilancio delle conferitarie ad un valore che produrrà un aumento di valore di patrimonio netto delle conferitarie. Tutto ciò per poter azzerare la plusvalenza, al fine dell'applicazione del regime controllato ex art.177, comma 2-*bis*, nelle prime tre *holding*. Per quanto concerne la quarta, a questa è applicabile il regime ordinario ex art. 9 TUIR.

L'Amministrazione Finanziaria, però, anche in considerazione ai conferimenti "congiunti" realizzati dalle tre *holding*, ha escluso la possibilità di applicare il regime di realizzo controllato a mente dell' art. 177, comma 2-*bis*, dal momento che non sussiste il requisito di cui alla lettera b) della norma appena menzionata.

Difatti, nonostante siano stati effettuati congiuntamente, gli atti che consentono il raggiungimento delle soglie di qualificazione vengono posti in essere da plurimi soggetti, anche se appartenenti al medesimo nucleo familiare.

Sancendo, in questo modo, che la volontà del Legislatore fosse quella di permettere la costituzione di *holding* esclusivamente unipersonali per la detenzione di partecipazioni qualificate.

Dunque, da un lato il Fisco, nel silenzio della legge, è possibile l'applicazione del regime controllato per quanto riguarda conferimenti plurimi, in relazione al comma

³⁵⁰ E. ZANETTI, *Niente conferimenti "plurimi" per gli scambi di partecipazioni qualificate*, in Eutekne del 5 settembre 2020

2 dell'art 177 TUIR, i quali permettono alla conferitaria di prendere il controllo della società scambiata. Dall'altro, il Legislatore, mediante il riferimento letterale al "conferente" contenuto nella lettera b) del comma 2-bis" *fa ritenere che la volontà del legislatore sia quella di favorire la costituzione di holding esclusivamente unipersonali*"³⁵¹.

Si può concludere sostenendo che il Fisco sul punto adotta una interpretazione abbastanza restrittiva, in quanto il comma 2-bis dell'art. 177 TUIR, viene considerata come una norma che ha l'obiettivo di agevolare soltanto quelle operazioni di conferimento di partecipazioni volte a creare delle *holding* unipersonali che contengono partecipazioni qualificate ma di minoranza. Non prevedendo, dunque, per le operazioni con una pluralità di soggetti il regime di neutralità fiscale. Nonostante l'approccio dell'Amministrazione Finanziaria sia del tutto in linea con la *ratio* della norma, cionondimeno ci si interroga circa una possibile riforma in tal senso, in quanto potrebbe agevolare le aggregazioni aziendali e ridurre i dubbi applicative della norma³⁵².

3.5 Riforma fiscale e modifica della disciplina sulle operazioni straordinarie

Il 14 agosto 2023 è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 189 il testo definitivo della legge Delega al Governo per la riforma fiscale (L.n. 111/2023), la quale sancisce che il Governo adotti entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore (29 agosto 2023) della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la revisione del sistema tributario, i quali dovranno essere rispettosi dei principi costituzionali, nonché del diritto unionale e internazionale. Questa riforma fiscale fa parte delle priorità individuate nel Piano nazione di ripresa e resilienza (PNRR) e svolge un ruolo dirimente nella ripresa economica e sociale che si intende avviare anche grazie ai fondi europei³⁵³.

In generale, la riforma in commento si pone degli ambiziosi obiettivi, tra cui:

³⁵¹ Risposta ad interpello n. 309/2020

³⁵² P. FORMICA, F. AURIEMMA, *Il nuovo regime del realizzo controllato alla prova dell'abuso del diritto*, in *il Fisco*, 2021, n.10, p. 913

³⁵³ Voce, *Delega fiscale*, in *WKPEDIA*, IPSOA

- la riduzione della pressione fiscale;
- l'incremento della certezza del diritto;
- la riduzione del contenzioso;
- la rimodulazione del rapporto Fisco-contribuente;
- l'attrazione dei capitali esteri.

Il Consiglio dei Ministri il 30 aprile 2024 ha approvato la bozza di Decreto imposte sui redditi che, in ossequio dei principi contenuti nella Legge Delega Fiscale, riassetta la disciplina delle operazioni straordinarie di impresa, al fine di semplificare e razionalizzare la normativa vigente. Per precisare, il Capo II, Sezione I e II, della bozza di Decreto Legislativo ha novellato la disciplina fiscale delle operazioni straordinarie, focalizzandosi sulla fusione, scissione mediante scorporo, conferimento e alla liquidazione.

Pertanto, la bozza di D.Lgs. di revisione IRPEF ed IRES riguardante il riassetto della disciplina delle operazioni straordinarie di impresa ha previsto delle rilevanti novità in tema di riporto delle perdite nel caso di operazioni di fusione, facendo rientrare anche le fusioni di società che appartengono al medesimo gruppo. Tale bozza di decreto va a novellare il riporto delle perdite nelle operazioni di fusione, a mente dell'art. 172, comma 7 TUIR.

La Legge Delega, sul punto, all'art 6, comma 1 parla di modifica/revisione:

- a) della disciplina del riporto delle perdite inerente alle operazioni di riorganizzazione aziendale, non penalizzando quelle conseguite a partire dall'ingresso dell'impresa nel gruppo societario;
- b) del limite quantitativo rappresentato dal valore del patrimonio netto;
- c) della nozione di mutamento dell'attività principale esercitata³⁵⁴.

Pertanto, da qui emerge la necessità di definire le cc.dd “final losses” per il loro riconoscimento per come descritte dai principi unionali, quindi con l'obiettivo di evitare la violazione del principio di libertà di stabilimento in relazione alla

³⁵⁴ Per maggiori info sul punto cfr. Risposta ad Interpello n.212/2022

compensazione delle perdite di società controllate in stati UE con cui è in vigore un Accordo sullo scambio di informazioni³⁵⁵.

Pertanto, lo scopo finale è il recepimento della giurisprudenza comunitaria sul tema, vedasi ad esempio *Bevola*, *Memira Holding*, *Holmen*, concernenti il caso del trasferimento in Italia della sede legale di una società estera che aveva maturato perdite pregresse.³⁵⁶

Dunque, le perdite delle società partecipanti alla fusione, compresa l'incorporante, possono essere portate in diminuzione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante per parte del loro ammontare che non eccede il valore economico del patrimonio netto della società che riporta le perdite. Questo valore deve risultare da una relazione giurata di stima redatta da un soggetto prescelto dalla società e viene determinato, a mente dell'art. 2504-*bis* c.c. alla data di efficacia della fusione.; in assenza della relazione giurata di stima, invece, il riporto delle perdite è consentito nei limiti del valore del rispettivo patrimonio netto contabile quale risulta dall'ultimo bilancio, o se inferiore, dalla situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-*quater* c.c., senza aver contezza dei conferimenti e versamenti fatti negli ultimi ventiquattro mesi alla data cui si riferisce la situazione stessa³⁵⁷. Si può, quindi, affermare che la norma si serve di due documenti di matrice civilistica come parametro di riferimento, ovverosia il bilancio e la situazione patrimoniale *ex art.* 2501-*quater* c.c. i quali devono rispettare le formalità tipiche dell'approvazione assembleare. Inoltre, la possibilità di riporto in diminuzione delle perdite è subordinata al fatto che nel conto economico della società che riporta le perdite relativo:

- a) all'esercizio precedente a quello in cui la fusione ha efficacia deve risultare una somma di ricavi e proventi dell'attività caratteristica ed una delle spese per prestazioni di lavoro subordinato, superiore al 40% rispetto a quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. E per soggetti che

³⁵⁵ I.LA CANDIA, E. CATINARI, *Operazioni di fusione: come cambia la disciplina del riporto delle perdite*, in *QuotidianoPiù*, 16 maggio 2024

³⁵⁶ Sul punto *cfr.* Risoluzione Agenzia delle Entrate n.345/2008

³⁵⁷ *Ibid*

adottano i principi contabili internazionali per la redazione del bilancio si assumono le voci di conto economico corrispondenti;

- b) all'intervallo di tempo decorrente tra l'inizio dell'esercizio del quale la fusione ha efficacia e la data di efficacia della stessa risulti una somma di ricavi e proventi dell'attività principale e quello delle spese per prestazioni di lavoro subordinato, ragguagliato ad anno, per come redatto in osservanza dei principi contabili, superiore al 40% rispetto a quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. Anche in questo caso, per i soggetti che adottano i principi contabili internazionali per la redazione del bilancio.

Retrodatazione della fusione

Qualora si verificasse la retrodatazione degli effetti fiscali della fusione, le appena esposte limitazioni si applicano alla perdita, la quale viene determinata secondo le regole ordinarie, le quali si genererebbero in modo autonomo in capo alla società incorporata per quanto riguarda il periodo che intercorre tra l'inizio del periodo di imposta e la data antecedente a quella di efficacia della fusione.

Tra l'altro, l'Agenzia delle Entrate già nella Risoluzione n. 143/E/2008, la quale era stata aspramente criticata dalla dottrina, Assonime e AIDC, aveva precisato che:

- a) Il test di vitalità in caso di retrodatazione degli effetti fiscali della fusione deve essere stato verificato anche avendo contezza dell'intervallo di tempo fra l'inizio del periodo di imposta e la data di efficacia giuridica dell'operazione;
- b) Ai fini di tale verifica, l'ammontare dei ricavi e proventi dell'attività caratteristica e delle spese per prestazioni di lavoro relativi a detto intervallo di tempo deve essere ragguagliato ad anno, al fine di permettere che il raffronto con la media dell'ammontare dei medesimi elementi contabili degli ultimi due esercizi precedenti sia effettuato tra dati omogenei.

Infine, il Fisco nella Risposta ad interpello n.77/2022 ha precisato che nel caso di retrodatazione degli effetti fiscali e contabili della fusione all'inizio dell'esercizio

l'ultimo bilancio per la società che detiene le perdite è il bilancio dell'esercizio precedente a quello in cui si è realizzata la fusione. E si rammenta, così come è stato precisato nella risposta ad interpello n. 486/2023, la retrodatazione è possibile qualora sia consentita e praticata la retrodatazione degli effetti contabili dell'operazione.

Per quanto concerne le novità apportata in tema di scissione mediante scorporo si rinvia al paragrafo...

Fusione di società appartenenti al medesimo gruppo

Nel caso in cui le società che partecipano alla fusione appartengono al medesimo gruppo societario i limiti e le condizioni sopra ciate non si applicano alle perdite conseguite in periodi di imposta nei quali le società partecipanti alla fusione erano già appartenenti allo stesso gruppo, nonché anche a quelle conseguite in precedenza per le quali però hanno trovato applicazione i limiti e le condizioni di utilizzo previsti dall'art. 84, comma 3 ovvero dai commi 7 e 7-bis del TUIR

Scissione

Anche in tema di scissione, lo schema di decreto legislativo di revisione di IRPEF e IRES approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 30 aprile 2024 ha precisato alcune sfaccettature riguardanti il trasferimento e la circolazione delle perdite in caso di operazioni straordinarie. Uno degli argomenti trattati dalla riforma è quello delle scissioni parziali (non retrodatibile) e delle perdite fiscali del c.d. periodo interinale, ovvero sia quel periodo che intercorre tra la data di inizio del periodo di imposta e la data di efficacia giuridica della scissione.³⁵⁸

L'art. 173 TUIR, per come novellato dalla riforma, sancisce che le posizioni soggettive che, ai sensi del comma 4, vengono ripartite tra la scissa e le beneficiarie, ed anche le perdite fiscali, a cui si applicano i limiti al riporto *ex art.* 173, comma

³⁵⁸ L.MIELE, *Perdite del periodo interinale senza limiti di riportabilità nella scissione parziale*, in EutekneInfo, 27 maggio 2024

10 TUIR, sono quelle che sussistono al termine dell'ultimo periodo di imposta della società scissa, il quale viene chiuso antecedentemente la data di efficacia giuridica della scissione; non vi è, dunque, rilevanza del sopramenzionato periodo interinale, e delle relative perdite in esso maturate. Invero, in ossequio a quanto sancito a chiare lettere nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, queste ultime convergono nel risultato riferibile all'esercizio della scissa, il quale rimane unitario e non è soggetto ad alcuna soluzione di continuità. Questo intervento legislativo è molto rilevante in quanto va a superare l'orientamento del Fisco sul punto³⁵⁹, con particolare riguardo alla contestata Risposta ad interpello n. 353/2023, nella quale è stato affermato che il risultato negativo eventualmente conseguito nel periodo interinale doveva essere trasferito alla società beneficiaria, a mente del comma 4, dell'art. 173 TUIR, rendendo di conseguenza applicabile anche la disciplina antielusiva specifica del riporto delle perdite ex art. 172, comma 7 TUIR.

L'Amministrazione Finanziaria affermava infatti che *“con la scissione parziale, caratterizzata per sua natura dalla coincidenza della data di decorrenza degli effetti fiscali con quella di efficacia giuridica, si concretizza sempre l'effetto di attribuire alla beneficiaria una parte dell'eventuale risultato reddituale negativo generato dalla società scissa nel periodo che intercorre tra l'inizio del periodo di imposta e la data antecedente a quella di efficacia giuridica della scissione”*³⁶⁰.

Di fatto, a detta di questo orientamento, in caso di scissione parziale (non retrodatibile) le perdite realizzate nel periodo interinale dalla scissa soggiacciono agli stessi limiti di riportabilità dei casi di scissioni e fusioni retrodate.

Questa posizione non sembra condivisibile giacché vuole innalzare la perdita del periodo interinale, totalmente provvisoria, a posizione soggettiva alla data di efficacia giuridica della scissione. Tale perdita potrebbe anche non esistere più al termine del periodo di imposta; infatti, non si può qualificare una posizione soggettiva ancora in corso di formazione, la diventa definitiva al termine del periodo di imposta, come una situazione giuridica da ripartire secondo i criteri ex art. 173, comma 4 TUIR.

³⁵⁹ I.LA CANDIA, E. CATINARI, *Operazioni straordinarie: il riordino dopo il Decreto imposte sui redditi*, in QuotidianoPiù, 4 maggio 2024

³⁶⁰ Risposta ad interpello n. 353/2023

Inoltre, in questo modo sembra quasi non tenere in considerazione che la scissione parziale non comporta l'estinzione della società che si scinde al termine del periodo di imposta. Difatti, si formerà un reddito complessivo unitario che prende in considerazione anche della perdita interinale alla data di efficacia giuridica della scissione. La scissa non avrà alcun frazionamento del periodo di imposta e la connessa dichiarazione dei redditi inerente all'esercizio in cui è stata posta in essere la scissione prenderà l'esercizio medesimo per la sua durata ordinaria e muoverà le basi dai dati del primo bilancio d'esercizio successivo alla scissione.

La riforma in atto, al contrario, non fa rientrare nel novero delle posizioni soggettive da ripartire in caso di scissione parziale, quelle che si sono formate durante il periodo interinale, e che per questo non sono soggette ai limiti di riportabilità a mente dell'art. 173, comma 10 TUIR, il quale fa richiamo all'art. 172, comma 7 TUIR³⁶¹.

Tale novella, è perfettamente in linea con l'obiettivo del contrasto della compensazione intersoggettiva. Questa si insinua quando una società che si fonde per incorporazione, estinguendosi per effetto dell'operazione indipendentemente che sia avvenuta o meno la retrodatazione, parimenti avviene per la scissa nei casi di scissione totale. Totalmente l'opposto accade nei casi di scissione parziale, in cui la scissa non si estingue e rimane in esistenza fino al termine del periodo di imposta³⁶².

Rimane comunque pacifico che in capo alla beneficiaria preesistente non vi è alcuna interruzione del periodo di imposta e quest'ultima calcolerà il proprio reddito, il quale è composto dal risultato che si riferisce alla porzione scissa a partire dalla data di efficacia giuridica della scissione, riguardante l'intero esercizio in cui si attua l'operazione. Infine, anche se non in dubbio, giova ribadire che non si attua alcuna compensazione intersoggettiva delle perdite in capo alla beneficiaria preesistente.

³⁶¹ LA CANDIA, E. CATINARI, *Operazioni straordinarie: il riordino dopo il Decreto imposte sui redditi*, in *QuotidianoPiù*, 4 maggio 2024

³⁶² *Ibid*

Conferimento

La Novella legislativa in atto ha meglio specificato la disciplina del conferimento, disciplinata a mente dell'art. 175 TUIR, rubricato "Conferimenti di partecipazioni di controllo o di collegamento".

In questo caso, il Legislatore è intervenuto affermando che le disposizioni di cui al comma 1 della norma in commento trovino applicazione anche nei casi in cui il valore di realizzo sia inferiore al costo che è stato fiscalmente riconosciuto dalle partecipazioni conferite. Minusvalenza che, in tal caso, può essere dedotta, fatta eccezione per i casi di esenzione da tassazione disciplinati dall'art. 87 TUIR, limitatamente alla differenza che sussiste tra il costo riconosciuto fiscalmente delle partecipazioni conferite ed il loro valore normale. Tale argomentazione è stata sostenuta dall'Agenzia nella Risoluzione n.58/E/2023 sul tema del realizzo controllato, specificando che *"la circostanza che, all'esito del conferimento in regime di realizzo controllato, consegua una partecipazione originaria nella società le cui quote sono state oggetto di conferimento non pregiudica l'applicabilità del regime sesso, ma produce l'effetto della non deducibilità della minusvalenza in capo al conferente"*³⁶³.

Conclusioni

Alea iacta est, è giunto il momento di fare i conti con i risultati di quanto è stato oggetto di queste pagine. Con il presente elaborato è stato possibile indagare il travagliato rapporto che sussiste tra le operazioni straordinarie societarie e le possibili contestazioni per abuso del diritto a mente dell'art. 10-bis l.n. 212/2000, il quale, nonostante alcuni interventi chiarificatori dell'Agenzia delle Entrate sul punto, non è ancora fonte assoluta di certezza per i contribuenti.

Difatti, ancora oggi gli operatori economici lamentano un'assenza di certezza del diritto, principio cardine di un ordinamento giuridico moderno, fortemente affievolita a causa di un possibile uso indiscriminato dell'abuso del diritto da parte del Fisco e dei giudici tributari.

³⁶³ Risoluzione delle Agenzia delle Entrate n.58/E/2023

Pertanto, tale stato di incertezza non fa altro che alimentare nei contribuenti un senso di precarietà delle proprie scelte che, in uno scenario storico, politico ed economico già caratterizzato da forti instabilità dovute a guerre e crisi di ogni tipo, concorre a deprimere ulteriormente le iniziative imprenditoriali degli operatori economici.

Per giunta, questo clima di oscurità è una delle cause per cui assistiamo ad una esplosione del contenzioso tributario in totale contraddizione con la volontà del Legislatore che piuttosto si pone l'obiettivo di prevenirlo o ridurlo.

Ne sono un vivido esempio l'ampio ventaglio di istituti deflativi del contenzioso previsti dalla legge e la recentissima Riforma Fiscale, la quale, tra i vari obiettivi, si pone anche quello di limitare le controversie tributarie.

Nonostante vi sia stata con il d.lgs. n. 128/2015 l'introduzione dell'art.10-bis l.n. 212/2000, norma generale e di chiusura che ha portato maggiore chiarezza sul tema in confronto al molto problematico ed ormai abrogato art. 37-*bis* d.p.r 600, l'Agenzia delle Entrate, in relazione ad alcuni aspetti, ha proseguito a fare un uso generalizzato dell'abuso del diritto.

L'art.10-*bis* ha il pregio di aver parificato, in ambito tributario, i concetti di abuso del diritto e di elusione fiscale e di aver definito in maniera più netta i presupposti applicativi di tale norma e delimitato i confini, rimanendo comunque nei margini di discrezionalità, con il legittimo risparmio di imposta.

L'articolo in menzione, infatti, ha anche fornito al contribuente garanzie di tipo procedimentali e processuali, permettendo, inoltre, l'applicabilità della disciplina alla generalità dei tributi.

In particolar modo, con la precedente disciplina la valutazione antiabuso verteva principalmente sull'assenza di valide ragioni economiche, fungendo da giustificazione dell'operazione da un punto di vista fiscale.

Ad ogni modo, la sussistenza di tale presupposto era del tutto soggettiva, accettando il rischio che vi fossero interpretazioni tra loro discordanti.

Viceversa, l'art. 10-*bis* l.n. 212/2000 ha segnato un vero e proprio cambio di rotta sul punto, capovolgendo quello che prima era il fulcro intorno al quale verteva l'analisi antiabuso. Difatti, ad oggi con l'attuale normativa l'esistenza di valide ragioni extrafiscali non marginali agisce solamente in via secondaria come

esimente, ovverosia una volta che siano cumulativamente compresenti i tre presupposti applicativi.

Per precisazione, questi sono 1) l'esistenza di un vantaggio fiscale indebito, ovverosia in contrasto con la *ratio* della norma o ai principi dell'ordinamento tributario; 2) l'essenzialità di questo vantaggio indebito nel disegno del complesso di operazioni proposte dal contribuente; 3) l'assenza di sostanza economica, del quale vengono forniti due indici che ne suggeriscono la presenza (la coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico e la conformità alle normali logiche di mercato).

In aggiunta, con l'art.10-*bis* l. 212/2000 è stata espressamente sancita la libertà di scelta del contribuente, anche se fiscalmente meno onerosa, dal momento che entrambe sono poste su un piano di pari dignità.

Passando alla trattazione delle singole operazioni straordinarie, bisogna fare necessariamente menzione della scissione, la quale per via della sua particolare duttilità e di un regime fiscale favorevole è sempre stata oggetto di particolare attenzione da parte dell'Amministrazione Finanziaria per possibili contestazioni.

In ogni caso, esaminando le diverse tipologie di scissione è possibile sancire che se questa viene analizzata singolarmente non può mai configurare una fattispecie abusiva. Per quanto concerne la tanto criticata combinazione scissione con cessione di partecipazione, qui ancora sussistono alcuni dubbi, in base al fatto che la circolazione indiretta dei beni venga o meno qualificata come un'operazione avente pari dignità rispetto a quella diretta, ingenerando in questo modo incertezza nella pianificazione imprenditoriale dei contribuenti.

Inoltre, per i casi in cui la scissione rappresenta soltanto un passaggio di una più complessa operazione, la loro possibile abusività è legata ad un ancoraggio della previgente disciplina, la quale poneva le radici della sua analisi antiabuso sull'esistenza di possibili percorsi alternativi che il contribuente avrebbe potuto realizzare, spesso più gravosi da un punto di vista tributario. Ulteriormente risulta dirimente per la non elusività di tali operazioni il fatto che vi è continuazione dell'attività di impresa in capo ai nuovi soggetti al fine di capire se la scissione fosse strumentale alla creazione, in via indiretta o diretta, di contenitori privi di operatività. Pertanto, ecco che tornano ad essere fondamentali le valide ragioni

extrafiscali non marginali, attraverso cui è possibile dare prova della volontà di proseguire lo svolgimento dell'attività di impresa, scongiurando in questo modo la possibilità che l'operazione di scissione fosse stata realizzata al fine di costituire società contenitori per sostituire altre operazioni più gravose fiscalmente.

Successivamente, vengono esaminate l'operazione di fusione e di conferimento di partecipazioni.

Sulla prima, in particolare, vi è un *focus* sulla possibile abusività delle operazioni di *Leveraged buy-out* (LBO) e *Merger Leveraged buy-out* (MLBO), che si fonderebbe sull' requisito del *change of control* ex art. 2501-bis c.c., Il Fisco sul punto, con una posizione discutibile, si è espresso per l'abusività di queste operazioni ritenendo che non si realizzasse l'appena menzionato requisito quando i soci della società *target* partecipano all'operazione e poi si ritrovano in minoranza. Da ultimo, in merito ai conferimenti di partecipazioni l'Amministrazione Finanziaria si è espressa per l'elusività nei casi in cui si voglia applicare il regime del realizzo controllato, ai sensi del comma 2-bis dell'art. 177 TUIR nel caso in cui non sia volto alla creazione di *holding* unipersonali che contengono partecipazioni qualificate ma di minoranza.

In conclusione, in virtù delle summenzionate posizioni altalenanti e delle criticità emerse nel corso dell'analisi e al fine di garantire completezza espositiva, si offre al lettore il presente seppur sintetico prospetto analitico ed inoltre si auspica che le novità apportate dalla Riforma Fiscale in atto siano funzionali al ripristino della certezza del diritto, al fine di poter agevolare ed incentivare gli operatori economici a programmare al meglio la propria attività di impresa.

BIBLIOGRAFIA:

- ALBANO. G, CONTI. A, *Scissione mediante scorporo: il principio di neutralità fiscale detta la disciplina applicabile*, in *il Fisco*, n.25/2023
- ALBANO. G, *La linea interpretative del fisco sui profili anti-abuso delle scissioni*, in *Il Fisco*, 2019, n.4, p. 307
- ALBANO. G, DI CAVE. S, *L'abuso del diritto nelle operazioni di riorganizzazione aziendale*, in *Corriere Tributario*, n.42/2017, p.3259
- ALBANO. G, *La linea interpretativa del Fisco sui profili anti-abuso delle scissioni*, *il fisco*, n. 4, 2019, p.307

- ANDREANI. G, TUBELLI. A, *La fusione di società*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) DELLA VALLE. E, FICARI. V E. MIELE. L, 2018
- ANTONINI. M, PAVESI. E, *Rivalutazione delle partecipazioni e riorganizzazioni societarie: perplessità sulle interpretazioni dell’Agenzia*, in *Il Fisco*, n.38/2019, p.3707
- ANTONINI. M, DI DIO. A, *Legittimità fiscale delle operazioni di “merger leveraged buyout” per modifica dell’“assetto proprietario”*, in *Corriere Tributario* n.14/2016, p. 1091
- ASCARELLI. T, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1962, p.218
- AULETTA. G, voce *Avviamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 19
- BARGAGLI. M, *Fusione societaria: non basta il mero sospetto di elusione. Bilancio e reddito d’impresa*, n. 1, 2013, p. 47
- BAVETTA. G, *La scissione nel sistema delle modificazioni societarie*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1994
- BECKER.E
- BEGHIN, M, *L’Elusione Fiscale e Il Principio Del Divieto Di Abuso Del Diritto* (Wolters Kluwer, [Seconda]. ed, 2021)
- BEGHIN. M, *Diritto tributario per l’Università e per la preparazione alle professioni economico-giuridiche*. Padova, 2013
- BEGHIN. M, *il trasferimento dell’azienda e l’imposizione sulle plusvalenze nei recenti arresti giurisprudenziali: alla ricerca di punti fermi e di schemi generali di ragionamento*, in *Riv. Dir. Trib*, n.2
- BEGHIN. M, *L’elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*,
- BEGHIN. M, *L’inesistente confine tra pianificazione, elusione e “abuso del diritto”*, in *Corriere Tributario*, 2008,
- BEGHIN. M, *La cessione di partecipazioni affrancate e il leveraged cash out tra interpretazione della legge e abuso del diritto*, in *Bollettino Trib.*, n.21/2020, p.1551
- BEGHIN. M, *Scorporo ed elusione*, in *Profili tributari dello scorporo*, G. FRANSONI. G E DELLA VALLE. E, 2024, Giappichelli

- BEGHIN.M, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario* (a cura di) MAISTO. G, Milano, 2009
- BELLUZZO. L, LO PRESTI VENTURA. E, *Gli aspetti fiscali della fusione, Il fisco*, n. 46 parte 1, 2004, p.7787
- BIANCHI. L.A, *La congruità di rapporto di cambio nella fusione*, Milano, 2002
- BOSI. M, *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, 2016
- BRUZZONE. M, BENAZZI. B, *La fusione di società*, in *Diritto tributario delle società*, (a cura di) SCHIANO DI PEPE. G
- BUFFELLI, ROSSI E SIRTOLI, *Le operazioni di gestione straordinaria*, 2020
- CABRAS. G, *Le trasformazioni*, in COLOMBO G.E, PORTALE. G.B (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, 1997
- CAMPOBASSO, G, M. CAMPOBASSO, *Manuale Di Diritto Commerciale* (UTET giuridica, Ottava / a cura di Mario Campobasso. ed, 2022)
- CAPODIMONTI.L, *Abuso del diritto: sono legittime le operazioni propedeutiche alla fruizione di agevolazioni, Bilancio e reddito d'impresa*, n.4, 2017, p. 21
- CARAVANNA. M, *La trasformazione delle società*, in RESCIGNO. P (a cura di) *Trattato di diritto privato*,2008
- CARINCI. A, *La difficile affermazione del legittimo risparmio d'imposta quale limite negativo all'abuso di diritto*, in *Il Fisco*, 2018, n. 43, pag. 4107
- CARINCI. A, TASSANI.T, *Manuale di diritto tributario*, Giappichelli, 2023
- CARRIROLO. F, *L'Elusione Fiscale: Pianificazione Fiscale e Abuso Delle Norme Tributarie, Operazioni Straordinarie e Transnazionali* (Gruppo 24 ore, 2009)
- CARRIROLO. F, *Profili elusivi della fusione societaria, il fisco*, 2009, 3883
- CARUSO. C, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, n.2
- CASTALDI. L, *Il" dividend washing" integra "ex se" abuso del diritto- La Corte di Cassazione tra simulazione, elusione e obiettiva condizione di incertezza del dato normativo*, in *GT- Rivista giuridica tributaria*, 2016

- CHINELLATO. G, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, CEDAM, 2007
- CHIRICHIGNO.S CACACE. S, *Elusività della scissione finalizzata alla divisione di un complesso aziendale*, in *Corriere Tributario*, 2009, n.45, p.371
- CIAN. G , TRABUCCHI. A, *Commentario breve al codice civile*, 2022
- CICOGNANI. F, *Profili tributari delle trasformazioni di società ed enti*, 2011
- CIVERRA. E, *Le operazioni di fusione e scissione*, 2003;
- COMMITTERI. G, *Leveraged buy-out e mutamento dell'assetto proprietario*, *Corriere Tributario* 4/2019
- COMPORTI. G, *La capacità contributiva tra abuso del diritto e legittimo risparmio d'imposta*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2021, n.2
- CONFALONIERI. M, *Trasformazione, Fusione, Conferimento, Scissione e Liquidazione Delle Società (Gruppo 24 ore, [38.]. ed, 2023)*, Milano
- CONSOLO. C. ,CONTRINO, A (a cura di), *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milano, 2016
- CONTRINO, A, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2009, p.463
- CONTRINO. A, MARCHESSELI. A, *Procedimento di accertamento dell'abuso, contraddittorio anticipato e scelte difensive*, in GLENDI, C.
- CORASANITI. G, *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n 2.
- CORASANITI. G, *Le garanzie procedurali in tema di abuso del diritto: spunti di riflessione per un'estensione ad altre forme di accertamento*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.5
- CORASANITI. G, voce *Operazioni straordinarie* [dir.trib.] *Enciclopedia giuridica Treccani*, 2015
- CORDEIRO GUERRA. R, *Corso di diritto tributario*, Torino, 2020
- CROCIANI. S.F , *La trasformazione eterogenea nel diritto tributario. Primi spunti critici*, in *Riv. dir. Trib.*, 2005

- CROVATO. F, *Riporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, in LUPI. R - STEVANATO. D (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie di impresa*
- DE ROSA. F, *Scissione e abuso del diritto, due casi ancora da chiarire*, in *Corriere Tributario*, 2021, n.8-9. P. 796
- DELLA VALLE. E, FICARI. V E MARINI. G, *Il Regime Fiscale Delle Operazioni Straordinarie* (G. Giappichelli, 2009)
- DELLA VALLE. E, MIELE. L E MARINI.G, *La Fiscalità Delle Operazioni Straordinarie* (G. Giappichelli, 1st ed, 2018)
- DELLA VALLE.E, FICARI.V, MARINI. G, *Abuso del diritto ed elusione fiscale* (G. Giappichelli, 2016)
- DEOTTO. D, *L'abuso del diritto non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta*, in *Corriere Tributario*, n.951/2013
- DI DIO, A, *La cessione, la permuta ed il conferimento di compendi aziendali*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) DELLA VALLE. E, MARINI. G, MIELE. L, 2018
- DI GIACOMO. S.P, *L'eterno ritorno dell'uguale: la Suprema Corte torna a confondere abuso del diritto e simulazione*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n.3
- DI SIENA. M, *Il principio di neutralità nella circolazione di compendi aziendali*, 2017
- DI SIENA. M, *La scissione di società*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, (a cura di) E. DELLA VALLE, V. FICARI, L. MIELE ,2018
- DI SIENA. M, *Lo scorporo nelle imposte sui redditi: i rapporti con la disciplina delle operazioni straordinarie "domestiche"*, in *Profili tributari dello scorporo*, FRANSONI. G, DELLA VALLE. E, 2024
- DI SIENA.M, *Il principio di neutralità nella circolazione dei compendi aziendali*, 2017
- DODERO.D , FORMICA.P, *Scissioni: abuso del diritto se i beni fuoriescono dal regime dei beni d'impresa*, *il fisco*, 2021, p. 3249
- FALSITTA. G , *Corso istituzionale di diritto tributario*, Milano, 2022

- FALSITTA. G, *Fusione di società e iscrizione di avviamento*, in Rassegna tributaria, 1986, n.1
- FALSITTA. G, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2023
- FALSITTA.G, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in italia*, XI ed, 2015
- FANTOZZI. A, LUPI. R, *La società per azioni nella disciplina tributaria, Trattato delle società per azioni*, Torino, 1993
- FANTOZZI. A, PAPARELLA. F, *Le operazioni straordinarie nelle imposte sui redditi*, in *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, 2014
- FERRARA.E, *Scissione per riorganizzazione d'azienda e passaggio generazionale: profili di (non) elusività*, in *Il Fisco*, 2019, n.43. p.4107
- FERRO LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1991, n. 1, p.1070
- FICARI. V, *Clausola generale antielusiva, art.53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rassegna Tributaria*, 2009, p.390
- FICARI. V, *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra "diritto" giurisprudenziale e certezza normativa*, in *Bolletino Tributario*, 2008, p. 1773
- FICARI. V, *I conferimenti in società a responsabilità limitata nella riforma tributaria*, in *Rass trib*, 2005
- FORMICA. G E FORMICA.P, *Le ambiguità del "Patent Box" nelle operazioni straordinarie riorganizzative*, *Corriere Tributario*, n. 12, 2016, p. 921
- FORMICA. P , DODERO. D, *Scissioni: abuso del diritto se i beni fuoriescono dal regime dei beni di impresa*, in *Il Fisco*, 2021, n. 34, p. 3249
- FORMICA. P, AURIEMMA. F, *Il nuovo regime del realizzo controllato alla prova dell'abuso del diritto*, in *il Fisco*, 2021, n.10, p. 913
- FORMICA.G, DE NICOLA. M, *Change of control ed elusività delle operazioni di LBO/MLBO*, *il Fisco*, n.41/2016, p. 3919
- FRANSONI. G, *Appunti su abuso del diritto e "valide ragioni economiche"*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, p. 933
- FRANSONI. G, COLI. F, *Abuso del diritto e proroga del termine per l'accertamento*, in *Corriere Tributario*, 2016

- FRANZESE. C, MIELE. L, *Un vademecum sulla gestione delle perdite nelle diverse ipotesi di trasformazione societaria*, in *Guida normativa*, 2004
- GAIANI. I, *Elusività delle operazioni straordinarie realizzate isolatamente o tra loro concatenate*, in *Il Fisco*, 2019, n.11, p. 1007
- GALGANO. F, *Diritto commerciale, volume II, Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 2004
- GALGANO. F, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO. F, Padova, 2003. Cass. Sez. Unite, n. 2637/2006
- GALGANO. F, *Trattato di diritto commerciale*, vol. III, Padova, 1978, p.2854
- GALLO. F , *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, n.6.p. 1315
- GALLO. F, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1989, n.3
- GALLO.F Brevi appunti in tema di elusione e frode alla legge, in *Rass. Trib.* 1989. P.13
- GALLO.F, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale* (*Rassegna Tributaria*, *Il Fisco*, 2015)
- GALLO.F, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione* in *Dir. prat. Trib* 1992
- GALLO.F. *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, 1989
- GARCEA. A, *La scissione delle holding e l'abuso del diritto*, in *Corriere Tributario*, 2018, n.44, p.3386
- GIOVANNINI. A, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2014, n.1
- HENSEL. A
- INGRAO. G, *L'evoluzione dell'abuso del diritto in materia tributaria: un approdo con più luci che ombre*, *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 2016, p. 1433
- *Ipsa* quotidiano, *Quando il recesso atipico dalla società non integra vantaggio fiscale indebito*, sulla Risposta ad Interpello n.242 del 5 agosto 2020.

- LA CANDIA. I, CATINARI. E, *Operazioni straordinarie: il riordino dopo il Decreto imposte sui redditi*, in *QuotidianoPiù*, 4 maggio 2024
- LA CANDIA. I, CATINARI. E, *Operazioni di fusione: come cambia la disciplina del riporto delle perdite*, in *QuotidianoPiù*, 16 maggio 2024
- LEO. M, *Le imposte sui redditi nel Testo Unico*, 2014, Milano
- LEONI. G, *La trasformazione*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie* (a cura di) DELLA VALLE. E, FICARI. V E MIELE. L, 2018
- LOMBARDI. S, *Limiti al riporto delle perdite e trasformazione in società di persone*, in *Boll. Trib.*, 2000
- LUCARELLI. P , *La scissione di società*, 1999
- LUPI. R, *Acquisti di aziende: la valorizzazione analitica è superflua e non vincola nell'attribuzione dei valori fiscalmente riconosciuti*, in *Rass. Trib.*, 1994
- LUPI. R, *Caratteri generali delle operazioni straordinarie*
- LUPI. R, *La fiscalità delle operazioni straordinarie di impresa*, Milano, 2002, p.64
- LUPI. R, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001
- LUPI. R, *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989,
- LUPI. R, *Trasformazione di società di persone, riporto perdite e norma antielusiva*, in *Riv. Dir. trib.*, 1992
- LUPI.R, *Profili tributari della fusione di società*, 1989
- MAISTO.G, *Elusione Ed Abuso Del Diritto Tributario: Orientamenti Attuali in Materia Di Elusione e Abuso Del Diritto Ai Fini Dell'Imposizione Tributaria* (Giuffrè, 2009) vol 4.
- MANDARINO.P, *La Fiscalità Delle Fusioni e Scissioni Nel Tuir: Interpretazioni Tributarie e Indirizzi Di Tax Planning* (Il Sole 24 Ore, 2007)
- MANONI. E , *Il lungo cammino dell'abuso del diritto/elusione fiscale: la presenza di una norma di legge (art. 37-bis del d.p.r n. 600 del 1973)*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2019, n.1
- MARASÀ. G, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Rivista del notariato*, 2003, 3
- MARTONE.A, *Le operazioni straordinarie di leveraged buy out tra liceità civilistica ed elusione fiscale, il fisco*, n. 25 parte 1, 2013, p. 3830

- MATTERA. R, *L'abuso del diritto: una categoria civilistica in campo tributario*, in *Contratto e Impresa*, 2020, n.1, p. 267
- MELIS.G, *Manuale Di Diritto Tributario* (G. Giappichelli, 5.th ed, 2023)
- MICCINESI. M, *Le plusvalenze di impresa*, 1993
- MICHELUTTI. R, IASCONE. E, *Scissione mediante scorporo alla prova dei benefici fiscali*, 2023
- MIELE. L, *Perdite del periodo interinale senza limiti di riportabilità nella scissione parziale*, in *EutekneInfo*, 27 maggio 2024
- MISCALI. M, *Contributo allo studio dell'abuso del diritto tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2017, n.4, p. 1385
- MONFREDINI. P.S. , *Operazione di scissione e abuso del diritto: l'Agenzia delle entrate detta la linea*, in *Corriere Tributario*, 2018, n. 47-48
- MONTANARI.A , GANDINI.C, 'La "relativa" neutralità fiscale dell'elusioni e scissioni trasformative nel sistema delle imposte sui redditi - Cicognani' *Scritti Giuridici* (Giappichelli, 2019)
- MORANO, *La scissione non proporzionale*, in www.fondazione-notariato.it
- NIGRO.A, *Diritto Delle Operazioni Straordinarie* (Società editrice il Mulino, 2022)
- PAPARELLA. F, *Le operazioni straordinarie nell'ordinamento tributario*, in G. MARINI, E. DELLA VALLE, V. FICARI (a cura di) *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, 2009
- PAPARELLA.F, *Lezioni di diritto tributario*, 2021
- PELLECCCHIA. M, *Le operazioni straordinarie*, in *Manuale di diritto tributario*, MELIS. G ,2023
- PERROTTA. R, DAREGNANI. G, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 1999, p.6
- PETA.M, La “scissione mediante scorporo”: profili civilisti e fiscali, abuso di diritto e approccio aziendalistico, *Notariato*, n. 6, 2023, p. 683
- PEVERINI. L, *Operazioni straordinarie*, in *Diritto tributario delle attività economiche* (a cura di) SALVINI. L, 2021
- PORCARO. G, STEVANATO. D, *La cessione di azienda*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, (a cura di) LUPI. R, STEVANATO. D

- POTITO. L, *Le operazioni straordinarie nell'economia d'impresa*, 2020;
- PROCOPIO. M, *L'abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2019, n. 4, p. 1445
- PROCOPIO.M, *Abuso del diritto (o elusione d'imposta): una riforma da ripensare*, *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 2019, p. 1445
- PROSPERI. F, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2012, n.1
- PROVAGGI. G, *La sorte degli interessi passivi nella fusione con indebitamento*, in *Corriere Tributario*, n. 11/2014, p. 848
- RAGUCCI. G, *La scissione di società nell'imposizione diretta*, 1997
- RESCIGNO. P, *L'abuso del diritto (1963)* in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, 2012, n.3
- ROMANO. S, *L'abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958
- ROSSI.L, *L'abuso del diritto nelle operazioni di scissione e di "leveraged buy out"*, *Corriere Tributario*, n. 7, 2015, p. 491
- RUSSO. P, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1996
- RUSSO. P, *Profili storici e sistematici in tema di elusione ed abuso del diritto in materia tributaria: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2016, n.1, p.10001
- SALVI. G, *Scissione parziale, non proporzionale e "asimmetrica": valutazione antiabuso*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 12/2023, p.7
- SALVI.G, *Scissione parziale, non proporzionale e "asimmetrica": valutazione antiabuso*, *Amministrazione & Finanza*, 2023, p. 7
- SALVI.G, *Scissioni e abuso del diritto: recenti orientamenti di prassi*, *Amministrazione & Finanza*, 2019, p. 15
- SALVINI.L ,PELLECCHIA.M, *Diritto Tributario Delle Attività Economiche* (G. Giappichelli, Seconda ed, 2022)
- SERRA., DEMURO. I, *Trasformazione*, in SCIALOJA.A, BRANCA. G (a cura di) *Commentario del codice civile*, 2021
- SIMONETTO. E, *Della trasformazione e della fusione delle società*, in *Comm. Scialoja, Branca*, 1976;

- SOSTERO. U, *Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali*, in MANCIN. M (a cura di), *Le operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2020, p.2
- SPERONELLO. F, *La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di "assegnazione "di quote alla scissa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, n.2
- STEVANATO D, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015, n.5
- TABELLINI. P.M. , *L'elusione fiscale*, 1988
- TAMBORRINO. A, *Le operazioni straordinarie. Profili civilistici giuslavoristici, fiscali, contabili e valutativi*, 2004
- TESAURO. F, *Compendio di diritto tributario*, Milano, 2023
- TESAURO. F, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Rassegna Tributaria*, 2012
- TESAURO. F, *Istituzioni di Diritto Tributario. Parte Generale*, Torino 2020
- TESAURO.F, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, 2008
- TOMBOLESI. R, *Fusione di società*, in *Regime fiscale delle operazioni straordinarie* (a cura di). E. DELLA VALLE, V. FICARI E G. MARINI, 2009
- TOMBOLESI. R, *Fusione di società*, in *Regime fiscale delle operazioni straordinarie* (a cura di). DELLA VALLE. E , FICARI. V E MARINI. G, 2009
- TORRACA. P, *La risposta dell'agenzia delle Entrate in tema di MLBO e abuso del diritto*, in *Legislazione e prassi Giappichelli*, 2020
- VASSALLI. E *Trattato di diritto civile*, 1974, p.742
- VITALE. L, *L'abuso del diritto quale nuovo principio antielusione dell'ordinamento tributario*, in *Il Fisco*, 44/2008
- ZANETTI. E, *Niente conferimenti "plurimi" per gli scambi di partecipazioni qualificate*, in *Eutekne* del 5 settembre 2020
- ZIZZO. G , *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, p.933
- ZIZZO. G, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *Giurisprudenza Tributaria*, 2008, p. 465
- ZIZZO. G, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, 1996

- ZIZZO. G, *Le vicende straordinarie nel reddito di impresa*, in FALSITTA. G, *Manuale di Diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, 2015
- ZIZZO. G, *Le vicende straordinarie nel reddito di impresa*, in FALSITTA. G, *Manuale di diritto tributario*, 2023
- ZIZZO. G, voce *Operazioni societarie straordinarie (dir.trib.)* in *Enc.dir Annali*, 2017;
- ZIZZO.G, *Abuso del diritto, scopo di risparmio di imposta e collegamento negoziale*, in *Rass. Trib.*, n. 3, 2008
- ZIZZO.G, *Forma e sostanza nella disapplicazione delle norme antielusive*, in *Rassegna tributaria*, n.3/2011
- ZIZZO.G, *La nozione di abuso nel nuovo art.10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Il Corriere Giuridico*, 2015, n.11
- ZIZZO.G, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, pag. 2