

## L'abuso del diritto e i sottili "distinguo" dell'Agenzia delle Entrate

*Primo Ceppellini - Roberto Lugano - Dottori commercialisti - Soci fondatori e partners di Ceppellini Lugano & Associati*

Le risposte dell'Agenzia delle Entrate agli interpelli in materia di abuso del diritto sono piuttosto confortanti. Ci sono però due fattispecie per le quali l'Agenzia ha introdotto sottili "distinguo" che possono far insorgere la contestazione di soluzioni adottate dai contribuenti: la scissione di una società seguita dalla cessione della beneficiaria (o della scissa) quando la società ceduta è un'immobiliare; l'acquisto di una società che ha ricevuto un'azienda per conferimento (o per scissione) che viene successivamente incorporata dall'acquirente. Se ne parlerà nel corso del VIII Forum Tax, organizzato da Wolters Kluwer in collaborazione con RCS Academy, Corriere della Sera e ANDAF, in programma a Milano il 14 novembre 2019.

Le risposte dell'Agenzia delle Entrate agli interpelli in materia di **abuso del diritto** sono piuttosto confortanti.

Per due fattispecie, però, l'Agenzia ha introdotto sottili "**distinguo**" che possono far temere la **contestazione** di soluzioni adottate dai contribuenti:

- la scissione di una società seguita dalla cessione della beneficiaria (o della scissa) quando la società ceduta è una immobiliare;
- l'acquisto di una società che ha ricevuto una azienda per conferimento (o per scissione) che viene successivamente incorporata dall'acquirente.

Le posizioni dell'Amministrazione meritano una riflessione critica.

### Scissione-cessione di società immobiliare

Nella risoluzione n. 97/E del 25 luglio 2017, i cui contenuti sono stati costantemente confermati nelle risposte successive, l'Agenzia ha **escluso l'elusività della scissione parziale proporzionale** (a favore di una società beneficiaria di nuova costituzione di gestione di beni immobili) seguita dalla cessione delle partecipazioni della società scissa, rimasta titolare del complesso aziendale.

In questa prima presa di posizione, così come in molte altre successive, l'Agenzia ha invece concluso per la potenziale applicabilità della normativa antiabuso al caso in cui la **società ceduta** dopo la scissione sia quella **immobiliare**: in tal senso, l'operazione di scissione verrebbe caratterizzata come volta a creare una società "contenitore" per far circolare beni di secondo grado (partecipazioni) anziché di primo grado (immobili) con un conseguente risparmio di imposta.

È facile rilevare che l'elemento che può essere ravvisato come elusivo è la mera veicolazione (alias: trasferimento) degli immobili attraverso la creazione di società contenitore.

Più di recente, nel riconoscere la non elusività della scissione seguita dalla cessione di partecipazioni (con trasferimento "indiretto" di immobili), questo principio non è stato più riproposto (si veda la risposta n. 13 del 29 gennaio 2019).

Occorre, tuttavia, considerare che il caso analizzato nell'interpello indicato ha riguardato un

caso molto complesso e particolare in cui:

- la riorganizzazione avveniva nell'ambito di un gruppo e, in particolare, all'interno di un medesimo perimetro di consolidamento;

- la società scissa e la newco erano prive, di per sé, del requisito della commercialità richiesto per la pex.

Preso atto di ciò, la stessa Agenzia ha quindi concluso che "le predette peculiarità non appaiono tali da far ritenere conseguito un **indebito vantaggio d'imposta** e, di conseguenza, non sono idonee a giungere a una conclusione diversa da quella assunta nella citata risoluzione n. 97/E del 2017. Invero, la cessione delle partecipazioni sarà assoggettata all'ordinario regime impositivo dei redditi d'impresa previsto dall'art. 86 del TUIR per le due società cedenti, dal momento che sia la società scissa sia la beneficiaria continueranno a essere non commerciali ai fini dell'art. 87, comma 1, lettera d), del TUIR, stante la prevalenza del valore degli immobili".

Questa risposta potrebbe essere il punto di partenza per un possibile **mutamento di opinione** da parte dell'Agenzia delle Entrate in relazione alla possibilità di veicolare unità immobiliari attraverso operazioni di scissione senza particolari problematiche legate all'esame dell'effettiva operatività delle società beneficiarie.

Aderendo a questa tesi, questa conclusione potrebbe essere generalizzata a tutte le ipotesi in cui, attraverso la scissione, dovesse essere ceduta una società immobiliare, in ciò superando il possibile limite costituito dalla potenziale natura elusiva delle scissioni che consentono il trasferimento di immobili attraverso il coinvolgimento di società considerate "meri contenitori". Del resto, operazioni simili confermerebbero comunque uno dei criteri posti dall'Agenzia per la non elusività, e cioè la permanenza dei beni (e delle plusvalenze latenti) in regime di impresa.

Si tratta delle prime riflessioni su questo tema che si scostano leggermente dalla chiusura originaria, per cui è comunque raccomandabile **attendere un consolidamento** di questa possibile linea interpretativa anche perché la risposta è stata data comunque "sul presupposto [...] che l'insieme degli asset rimasti in capo a Alfa post scissione sia qualificabile come azienda/ramo d'azienda".

## Conferimento-cessione e successiva incorporazione

Molto spesso le richieste dei contribuenti hanno riguardato la tipica operazione in cui un soggetto cedente conferisce un'azienda in una newco e il soggetto acquirente acquisisce le quote di questa società. Superata la problematica dell'applicazione dell'art. 20 del Testo unico del registro (questione peraltro ora rimessa al **giudizio di costituzionalità** dall'ordinanza della Cassazione del 23 settembre 2019, n. 23549), le risposte dell'Agenzia hanno sottolineato l'impossibilità di configurare la tenuta di un comportamento abusivo in considerazione delle valide ragioni fiscali non marginali che sostengono le operazioni. Ad analoghe conclusioni si deve pervenire nel caso in cui la società che possiede l'azienda derivi da una scissione anziché da un conferimento (risposta interpello n. 13 del 29 gennaio 2019).

In questa ultima risposta, tuttavia, l'analisi dell'Agenzia si spinge oltre:

"È appena il caso di precisare che, qualora a seguito delle cessioni delle partecipazioni nel veicolo, l'acquirente proceda alla sua incorporazione mediante una fusione (operazione quest'ultima a sua volta assoggettata a imposta di registro in misura fissa), le argomentazioni sopra esposte non possono più assumere rilevanza. In questa particolare fattispecie, è infatti chiara la volontà di acquisire direttamente un'azienda, risultando il percorso tortuoso posto in essere volto ad acquisire le partecipazioni totalitarie meramente strumentale al predetto obiettivo perseguito. Perciò, la combinazione di tre atti soggetti a tassazione in misura fissa (conferimento d'azienda, cessione delle quote nella conferitaria e fusione per incorporazione della conferitaria da parte dell'acquirente) configurerà il conseguimento di un indebito vantaggio d'imposta consistente nell'aggiramento della tassazione in misura proporzionale della cessione diretta dell'azienda"

Queste affermazioni non sembrano convincenti, soprattutto perché fanno discendere la presenza di un possibile abuso dall'incrocio delle volontà di due soggetti completamente distinti

(ovvero i venditori e gli acquirenti della partecipazione).

In tal senso, infatti, la **fusione** costituisce una forma di **riorganizzazione aziendale** che l'acquirente può liberamente effettuare, senza che il venditore - il quale comunque non ha alcun interesse al riguardo - possa interferire.

Le conclusioni dell'Amministrazione potrebbero essere valide se la catena delle operazioni descritte avvenisse nell'ambito di un gruppo e quindi sotto la direzione di una regia unitaria. Viceversa, nei rapporti tra soggetti terzi indipendenti, la scelta di cedere partecipazioni invece di aziende è del tutto autonoma dalla scelta di detenere partecipazioni o aziende (da parte dell'acquirente). Proprio per l'impossibilità del venditore di partecipare o interferire in queste scelte, non è pensabile che la fusione possa determinare una modifica del regime fiscale della cessione, coinvolgendo un soggetto estraneo all'operazione nella rideterminazione dell'imposta di registro dovuta, la quale è solidalmente dovuta da tutte le parti contraenti dell'atto sottoposto a registrazione.

La **presenza di un disegno elusivo** può essere contestata solo se si dimostra un accordo preventivo tra le parti; in caso contrario, si deve concludere che si tratta di **libere scelte** tra loro indipendenti e non riconducibili ad un comune intento elusivo né tantomeno ad un "tortuoso percorso". In ogni caso, eventuali rilievi dell'Amministrazione dovranno rispettare tutte le **garanzie procedurali** che - a pena di nullità - l'art. 10-*bis* pone a tutela del contribuente.