

## Trasformazione in s.r.l. e abuso del diritto: osservazioni critiche

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

Con la trasformazione progressiva - da società di persone a società di capitali - si passa dalla tassazione IRPEF a quella IRES, con applicazione diversificata di alcune norme del TUIR, tra cui quelle relative alla participation exemption. Su queste considerazioni di base si fondano, in determinate circostanze, le contestazioni di abuso del diritto sollevate dall'Amministrazione finanziaria con riguardo ai comportamenti delle società che pongono in essere una trasformazione di questo tipo e successivamente realizzano plusvalenze. L'orientamento, peraltro non omogeneo, dell'Agenzia delle Entrate si presta ad alcune osservazioni.

La **trasformazione progressiva**, ovvero da **società di persone a società di capitali**, comporta il passaggio **dalla tassazione IRPEF** (con le aliquote dei soci) a **quella IRES** (al 24 %), nonché l'applicazione diversificata di alcune norme del TUIR. Tra queste, spicca la diversa misura di esenzione sulle plusvalenze realizzate su cessione di partecipazioni (**PEX**), in quanto mentre per le società di persone la quota esente è pari al 41,86%, per le società di capitali la misura dell'esenzione è del 95%.

Queste considerazioni di base sono gli elementi su cui si fondano, in determinate circostanze, contestazioni ai comportamenti delle società che pongono in essere una trasformazione di questo tipo e successivamente realizzano plusvalenze.

L'orientamento dell'Agenzia delle Entrate non è tuttavia omogeneo, e si presta ad alcune osservazioni di approfondimento.

### Trasformazione con abuso del diritto.

L'operazione di trasformazione avente come unica finalità quella di cedere una partecipazione fruendo di un regime PEX più favorevole è stata giudicata **elusiva** in alcune sentenze di primo grado. Si veda ad esempio la pronuncia n. 282/3/17 del 6 aprile 2017 della CTP di Vicenza, secondo la quale è elusiva “la serie di operazioni poste in essere dalla società [...]: la trasformazione di [...] S.n.c. in S.r.l., la costituzione e il conferimento del ramo d'azienda in [...] S.r.l., che hanno condotto alla tassazione IRES della plusvalenza derivante dalla cessione di quote effettuata in data ... calcolata su una base imponibile del 5%. [...] L'elusione è stata posta in essere per mezzo della trasformazione della [...] S.n.c. in S.r.l. (avvenuta in data ...), ed il successivo conferimento in [...] S.r.l. del ramo di azienda (avvenuto in data ...): la suddetta trasformazione della [...] S.n.c. in S.r.l. è da ritenersi priva di valide ragioni economiche”.

Di recente, l'Agenzia delle Entrate, in una risposta a un interpello (n. 185 dell'11 giugno 2019) ha anch'essa preso in considerazione la situazione in cui la **partecipazione** non era posseduta alla data della trasformazione, ma è “**nata**” **successivamente**, in esito ad una operazione di **conferimento di azienda**.

La sequenza di operazioni è quindi la seguente:

- trasformazione da S.n.c. a S.r.l.;
- conferimento di azienda in una newco;

- successiva cessione della conferitaria.

Il tema oggetto di interpello era la verifica dei requisiti dell'applicazione della **participation exemption**: data la **continuità fiscale** della trasformazione, e tenuto conto delle regole sui conferimenti di azienda disposte dal TUIR, sulla S.r.l. trasformata possono essere soddisfatti i requisiti per l'esenzione.

Il problema che la risposta dell'Agenzia ha sollevato riguarda l'applicabilità dell'art. 10-*bis* della legge n. 212/2000 (la **norma anti-abuso**). Nella fattispecie, la **trasformazione** viene valutata come **atto non necessario** alla realizzazione del disegno imprenditoriale, che di fatto potrebbe essere realizzato solo mediante il conferimento e la successiva cessione della partecipazione.

## Trasformazione senza abuso del diritto

Nella risposta a interpello n. 503 del 28 novembre 2019 (quindi, in tempi successivi alla precedente presa di posizione), l'Agenzia ha preso in considerazione la **concatenazione di due negozi**: la trasformazione di una società di persone in una società di capitali, la successiva cessione di un immobile plusvalente.

La risposta delle Entrate è particolarmente significativa e merita di essere riportata nella parte essenziale: "l'operazione di riorganizzazione descritta nell'istanza ha come principale e dichiarato fine quello di cedere l'immobile fatiscente e plusvalente nell'ambito del regime fiscale di una società a responsabilità limitata anziché di una società di persone; ciò al fine di fruire di un'aliquota impositiva in misura proporzionale (al 24%) rispetto ad aliquote progressive in capo ai soci in conseguenza dell'applicazione del principio della trasparenza.

Non si ritiene che detto **vantaggio fiscale** risulti indebito, dal momento che **non risulta violata alcuna ratio legis impositiva** riguardante le plusvalenze sui beni immobili. Che la cessione dell'immobile sia effettuata nell'ambito di una società trasparente ai fini fiscali (società di persone) o nell'ambito di una società opaca (società di capitali), non muta la base imponibile su cui calcolare l'imposta.

È la scelta del **regime impositivo (trasparente o opaco)** che comporta, nello specifico caso in esame, un risparmio di aliquota di imposta, **scelta** che **non appare sindacabile** in ottica anti-abuso risultando posta dall'ordinamento tributario su un piano di pari dignità.

È appena il caso di precisare che qualora, a seguito della trasformazione da società di persone a società di capitali, fosse deliberata la **ritrasformazione** da società di capitali a società di persone risulterebbe integrato il requisito dell'**indebito risparmio d'imposta**, risultando la momentanea trasformazione in società di capitali meramente strumentale al conseguimento dello stesso".

L'Agenzia non rileva che solo pochi mesi prima era stata data una risposta esattamente contraria a una fattispecie del tutto simile: l'unica differenza riguarda il fatto che l'oggetto della cessione post trasformazione non era rappresentato da un immobile bensì da una partecipazione che beneficiava del regime PEX. È però difficile immaginare che il diverso regime delle plusvalenze sia sufficiente, di per sé, a far scattare l'ipotesi di abuso del diritto, che invece viene espressamente esclusa nel caso in esame.

## Osservazioni critiche

La posizione espressa delle Entrate nella risposta del giugno 2019 è piuttosto limitativa, in quanto considera solo la differente misura di tassazione della plusvalenza da cessione di partecipazioni PEX in regime IRPEF e in regime IRES.

Non può non essere sottolineato, infatti, che se la cessione avviene da parte di una società di capitali, le somme derivanti dall'operazione non entrano nella disponibilità dei soci, ma rimangono acquisite alla società. Solo la successiva distribuzione di dividendi consente ai soci di entrare in possesso della liquidità, previa però la tassazione del dividendo percepito.

In termini estremamente semplificati, e quindi prescindendo da eventuali imposte addizionali, e ipotizzando per i soci l'aliquota marginale IRPEF del 43%, si può evidenziare questo aspetto in termini numerici:

- una plusvalenza pari a 100, realizzata da una società di persone, diventa imponibile per 58,14 e quindi comporta un esborso IRPEF di 25 (il 43 % della quota imponibile);
- per una società di capitali, il costo IRES è di 1,2 (il 24% di 5), ma il successivo dividendo pari a 98,8 sconta la ritenuta del 26%, per un ammontare di 25,69, che porta il costo fiscale totale a 26,89.

È facile concludere che la trasformazione non ha generato alcun risparmio di imposta; caso mai, visto che la distribuzione di dividendi non deve necessariamente avvenire immediatamente, si è creato un **differimento nella tassazione**.

Questo ultimo aspetto permette di sviluppare una ulteriore considerazione: proprio l'esigenza di non distribuire le somme ai soci per poterle investire in altre iniziative svolte dalla S.r.l. potrebbe essere una valida giustificazione della scelta adottata. Sarebbe infatti illogico ritenere quale unica strada possibile quella che si verifica in assenza di trasformazione, e cioè tassare i soci ai fini IRPEF su somme che sono destinate a essere reinvestite in una nuova società; la trasformazione in S.r.l. permette di avere già pronto questo veicolo societario, dotandolo anche di maggiori risorse grazie alle imposte non anticipate subito ma rinviate al momento della distribuzione dei dividendi.

Un'ultima considerazione critica riguarda il percorso logico della risposta dell'Agenzia delle Entrate sul caso PEX: sostenere la presenza di abuso nella concatenazione tra trasformazione e cessione della partecipazione equivale concettualmente a volere **imporre una strada predefinita** ai contribuenti in assenza di una disposizione normativa, civilistica o fiscale, in tal senso (esattamente il contrario del principio di libertà di scelta sancito dall'art. 10-*bis* della legge n. 212/2000).

Si pensi alla società di persone che intende cedere una azienda e reinvestire le somme ottenute dalla cessione mediante impiego delle stesse trasformandosi preliminarmente in società di capitali (una holding, una immobiliare, etc.). Esistono diverse sequenze di operazioni possibili:

- conferimento di azienda, cessione della partecipata, trasformazione in S.r.l.;
- trasformazione in S.r.l., conferimento, cessione;
- conferimento, trasformazione, cessione.

Il risultato delle operazioni è sempre lo stesso, cambia però il regime (IRES o IRPEF) nel quale cade la tassazione della plusvalenza.

Seguendo il ragionamento delle Entrate, solo la prima ipotesi può considerarsi corretta e ciò non può ritenersi conforme ai normali principi di **libertà di scelta economica**, ai quali viene data pari dignità anche sul piano fiscale proprio dall'art. 10-*bis* con il concetto di **legittimo risparmio d'imposta**.

Inoltre, seguendo la logica delle Entrate, l'imprenditore sarebbe chiamato a un comportamento autolesionistico (scegliere sempre la via più onerosa dal punto di vista fiscale) incompatibile, oltre che con la razionalità generale, con i principi economici dello svolgimento dell'attività di impresa. Resta inteso che non si può escludere, a livello teorico, l'applicabilità della normativa antiabuso nel caso specifico, ma questo utilizzo, a nostro avviso, deve riguardare esclusivamente le ipotesi di utilizzo delle somme ricavate dalla cessione per finalità personali dei soci mentre non risulta avere alcuna logica in tutte le casistiche di destinazione delle stesse ad attività imprenditoriali ovvero di investimento.

