

SOCIETÀ: GLI ORIENTAMENTI NOTARILI DEL TRIVENETO 2020

SOCIETARIO

**13 NOVEMBRE
2020**

**Formazione
a Distanza
Diretta Webinar**





RICADUTE IN AMBITO TRIBUTARIO DEL RECESSO CONVENZIONALE

Antonio Viotto

**Professore Ordinario di Diritto Tributario all'Università Ca' Foscari di
Venezia**

Dottore commercialista in Treviso

www.antonioviotto.it

<https://www.linkedin.com/in/profantonioviotto>

- Recesso tipico
- Recesso atipico, con cessione delle partecipazioni a terzi o agli altri soci
- Acquisto azioni proprie



- Disinvestimento
- Passaggio generazionale
- Risoluzione di un dissidio tra soci

Art. 47, co. 7, TUIR:

«7. Le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti **costituiscono utile** per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate».

Dunque, il **differenziale** tra quanto ottenuto dal socio in caso di recesso tipico e quanto dallo stesso pagato per l'acquisto delle partecipazioni e/o quanto dallo stesso investito a titolo di equity nella società costituisce **reddito di capitale** ed è assoggettato a **ritenuta a titolo d'imposta** del 26%.

Art. 27, co. 1, D.P.R. n. 600/1973

«1. Le società e gli enti indicati nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 73 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, operano, con obbligo di rivalsa, una ritenuta del 26 per cento a titolo d'imposta sugli utili in qualunque forma corrisposti, **anche nei casi di cui all'articolo 47, comma 7**, del predetto testo unico, a persone fisiche residenti in relazione a partecipazioni qualificate e non qualificate ...».

Art. 5, L. 448/2001

«1. **Agli effetti della determinazione delle plusvalenze e minusvalenze di cui all'articolo 81, comma 1, lettere c) e c-bis)**, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, per i titoli, le quote o i diritti non negoziati nei mercati regolamentati, posseduti alla data del 1° gennaio 2002, può essere assunto, in luogo del costo o valore di acquisto, il valore a tale data della frazione del patrimonio netto della società, associazione o ente, determinato sulla base di una perizia giurata di stima ...».

Dunque, la rivalutazione delle quote è, dal punto di vista testuale, riferita ai soli redditi diversi (*capital gains*).

Ne consegue che la rivalutazione del costo delle partecipazioni non dovrebbe rilevare nel caso di recesso tipico.

L'irrilevanza della rivalutazione rispetto al computo del differenziale da recesso tipico desta più di una perplessità dal punto di vista sistematico:

- anche questo differenziale, come avviene per i *capital gains*, è determinato facendo riferimento al costo delle partecipazioni (il quale forma oggetto della rivalutazione);
- nel momento in cui è stata concepita la norma di rivalutazione, il sistema di tassazione degli utili e dei *capital gains* era strutturato in modo nettamente diverso da quello odierno;
- con la Riforma 2003/2004 si afferma un “parallelismo” tra dividendi e plusvalenze e tra le rispettive discipline fiscali.

Più in generale, lo stesso inquadramento del differenziale da recesso tipico tra i redditi di capitale non convince:

- la società potrebbe non avere riserve di utili da distribuire;
- in ambito IRES la norma è in parte diversa.

Ad ogni buon conto, l'irrilevanza della rivalutazione rispetto al computo del differenziale da recesso tipico determina la preferenza, spesso manifestata, per il recesso atipico rispetto al recesso tipico.

Nelle operazioni di *buy out*, peraltro, per le ragioni più diverse, l'acquirente spesso si avvale di una società veicolo per acquistare le partecipazioni, società che poi spesso fonde con la *target*.

La presenza di un vantaggio fiscale derivante dalla strutturazione del recesso come recesso atipico, rispetto al recesso tipico, in caso di partecipazioni rivalutate, ha dato luogo a contestazioni delle operazioni, ritenute abusive (e talvolta anche evasive e frodatorie) da parte dell'Amministrazione.

Art. 10 bis dello Statuto del contribuente



«1. 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**. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.

2. Ai fini del comma 1 si considerano:

a) operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, **inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali**. Sono **indici di mancanza** di sostanza economica, in particolare, **la non coerenza** della qualificazione delle singole operazioni **con il fondamento giuridico del loro insieme** e la **non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato**;

b) vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati **in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario**.

3. 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.

Art. 10 bis dello Statuto del contribuente



4. Resta ferma la **libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.**
5.
6.
7.
8.
9. L'amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2. Il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali di cui al comma 3.
10.
11.
12. In sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie.
13.

«Le predette disposizioni della L. n. 212 del 2000, art. 10-bis [...] sono tuttavia significative dell'affinamento dei principi comunitari e nazionali in materia e "rilevano in chiave interpretativa nel definire una linea evolutiva già indiscutibilmente tracciata nell'ordinamento tributario dalla giurisprudenza e dalle fonti nazionali e comunitarie [...]» .

«In tale contesto evolutivo, si colloca la giurisprudenza, in materia, di questa Corte, che ha già avuto occasione di chiarire che, in materia tributaria, **la scelta di un'operazione fiscalmente più vantaggiosa non è sufficiente ad integrare una condotta elusiva, laddove sia lo stesso ordinamento tributario a prevedere tale facoltà, a condizione che non si traduca in uso distorto dello strumento negoziale o in un comportamento anomalo rispetto alle ordinarie logiche d'impresa, posto in essere per realizzare non la causa concreta del negozio, ma esclusivamente o essenzialmente il beneficio fiscale** (Cass., 26/08/2015, n. 17175)».

«recentemente, il quadro dell'abuso di diritto e dell'elusione fiscale è stato sinteticamente composto con l'affermazione che: «In materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante **l'uso distorto**, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione normativa, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, **in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione**, la cui ricorrenza deve essere provata dal contribuente.» (Cass. 23/11/2018, n. 30404; conforme Cass.n. 6836/2019)».

«Al fine di assolvere all'onere di spiegare, anche nell'atto impositivo, perchè il complesso dell'operazione economica intrapresa dalla ricorrente si manifesti - con particolare riguardo alla circostanza del finanziamento - **anomalo o irragionevole in una normale logica economica e di mercato**, l'Amministrazione (in coerenza con le già citate Cass. n. 21390/12; Cass. n. 4604/14; Cass., n. 5155/2016) ha inoltre profilato l'esistenza, a suo dire, di un adeguato strumento giuridico, alternativo a quello scelto dai contraenti, ma comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito, che tuttavia non avrebbe assicurato il medesimo vantaggio fiscale. E' quindi **in quest'ottica di necessaria prospettazione di una modalità, alternativa e praticabile, di realizzazione della medesima operazione economica** che deve inquadrarsi il raffronto, proposto dall'Ufficio, tra la riorganizzazione del gruppo societario così come è avvenuta e come altrimenti si sarebbe potuta compiere. **Non si tratta, quindi, di sindacare o comprimere i principi costituzionali di libertà d'impresa e di iniziativa economica, imponendo alla contribuente una specifica misura di ristrutturazione, tra quelle giuridicamente possibili, solo perchè essa avrebbe comportato un maggior carico fiscale.** Piuttosto, si tratta di evidenziare l'esistenza di possibili modalità alternative di realizzazione della medesima operazione economica, **presupposto logico necessario della verifica della ragionevolezza, secondo logiche economiche e di mercato, delle forme con le quali l'operazione stessa è stata concretamente eseguita**».

La norma presuppone una valutazione molto delicata di diverse variabili che sono state definite in maniera piuttosto ridondante dal legislatore:

- Assenza di sostanza economica, quale inidoneità a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali
 - Non coerenza rispetto al fondamento giuridico
 - Non conformità a normali logiche di mercato
- Risparmio fiscale indebito, come risultato essenziale del comportamento
 - Contrasto con le finalità delle norme fiscali
 - Contrasto con i principi dell'ordinamento
- Assenza di valide ragioni extrafiscali, non marginali
- Insindacabilità della scelta tra regimi opzionali diversi e tra operazioni comportanti carico fiscale diverso

Di qui, come vedremo, anche una certa incoerenza dei pronunciamenti dell'Agenzia delle entrate.

«L'operazione di merger leveraged cash out, in cui i soci persone fisiche di una società (target) rivalutano le partecipazioni ai fini fiscali e le cedono a un'altra società (veicolo) – partecipata da uno dei quattro soci cedenti e dai suoi due figli (soci di maggioranza) – che successivamente viene incorporata dalla target, consente di ottenere un vantaggio fiscale consistente nell'azzeramento della tassazione dell'incasso diretto (i.e. in assenza di rivalutazione e cessione delle partecipazioni) degli utili da parte dei soggetti cedenti. Il **vantaggio fiscale** conseguito è da considerarsi **indebito** e le operazioni poste in essere **prive di sostanza economica** ed essenzialmente finalizzate al conseguimento del vantaggio fiscale **limitatamente a uno dei genitori cedenti che conserva particolari poteri nella società target**: partecipazione nella conduzione della società target, potere di veto in caso di disaccordo tra i figli, possibilità di riacquisire il controllo della società target in presenza di inefficienze tali che, a giudizio del collegio sindacale, possano mettere in pericolo la governance e/o la solidità patrimoniale e/o la solidità finanziaria e/o economica della società target. In queste circostanze, il vantaggio fiscale conseguito si pone in **contrasto con la ratio delle disposizioni normative che disciplinano la rivalutazione** ai fini fiscali delle partecipazioni **consistente nel favorire la circolazione delle stesse** e consiste nella possibilità di incassare gli utili della società target nonostante **non si ponga in essere un effettivo disinvestimento** delle partecipazioni detenute».

«Innanzitutto, si rileva che la riorganizzazione descritta nell'istanza ha come unico e dichiarato fine quello di concentrare la proprietà (e la gestione) di “ETA” nelle mani dei signori “ZETA” e “GAMMA” (attualmente soci di minoranza e figli, rispettivamente, dei soci fondatori “EPSILON” e “ALFA”), consentendo, nel contempo, ai restanti soci (“ALFA”, “BETA”, “DELTA” e “EPSILON”), non più interessati a continuare l'attività imprenditoriale, di fuoriuscire definitivamente dalla compagine della predetta società. Per poter raggiungere il suddetto obiettivo economico, gli istanti prospettano le seguenti operazioni:

- 1) la costituzione, con capitale sociale di euro 10.000, di una società a responsabilità limitata (NEWCO), a cui parteciperanno, in egual misura, i due figli di “EPSILON” e “ALFA” (“ZETA” e “GAMMA”);
- 2) la cessione a NEWCO, previa rivalutazione, delle partecipazioni di “ETA” detenute dai soci diversi da “ZETA” e “GAMMA”;
- 3) la cessione (in assenza di rivalutazione) a NEWCO di una parte (7,5%) delle partecipazioni di “ETA” detenute da “ZETA”;
- 4) la fusione per incorporazione inversa di NEWCO nella controllata “ETA”, che sarà partecipata, all'esito della predetta operazione, unicamente dai soci “ZETA” e “GAMMA” (ciascuno con una percentuale del 50%)».

«In termini generali, si osserva che, in caso di recesso cd. “tipico”, attuato cioè tramite l’annullamento e il rimborso della partecipazione detenuta (in proporzione del patrimonio sociale e tenuto conto del valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso, ai sensi dell’articolo 2473 del Codice civile), le somme ricevute dal socio recedente, per la parte eccedente il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione medesima, costituiscono utile, rientrando tra le fattispecie che danno luogo a redditi di capitale.

Nell’ipotesi, invece, di recesso cd. “atipico”, che si attua mediante la cessione a titolo oneroso della partecipazione agli altri soci ovvero a soggetti terzi estranei alla compagine sociale, le somme ricevute dal socio rientrano tra i redditi diversi di natura finanziaria (capital gain).

Inoltre, come chiarito dalla circolare n. 16/E del 22 aprile 2005, il valore delle partecipazioni “rideterminato” con le modalità indicate dall’articolo 2, comma 2, del decreto legge 24 dicembre 2002, n. 282 (da ultimo modificato dall’articolo 1, commi 1053 e 1054, della legge 30 dicembre 2018, n. 145), è utilizzabile in occasione del recesso atipico, mentre non può essere utilizzato in caso di recesso tipico, “in quanto le somme o il valore 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 annullate».

«Ciò posto in termini generali, con riguardo al caso di specie, il recesso tipico dei soci intenzionati a fuoriuscire dalla compagine sociale di “ETA” non avrebbe potuto beneficiare della rideterminazione delle partecipazioni di cui all’articolo 1, commi 1053 e 1054, della legge n. 145 del 2018. Ebbene, **grazie all’articolata serie di operazioni prospettata, i soci recedenti si precostituiscono le condizioni per porre in essere un recesso c.d. atipico idoneo a far conseguire loro un vantaggio fiscale.** Tale vantaggio fiscale è rinvenibile nel risparmio d’imposta derivante dall’assolvimento di un’imposta sostitutiva sul valore di perizia delle partecipazioni in luogo della ritenuta a titolo d’imposta del 26% prevista ordinariamente sui redditi di capitale. Il vantaggio fiscale è da considerarsi **indebito in quanto conseguito in aggiramento delle disposizioni tributarie in materia di recesso tipico direttamente applicabili**, per le quali, come si è detto, non assume alcuna rilevanza la rivalutazione ai fini fiscali delle quote di partecipazioni possedute [...] Il disegno prospettato comporta perciò **un numero superfluo di negozi giuridici**, il cui perfezionamento **non è coerente con le normali logiche di mercato**, ma appare idoneo unicamente a far conseguire un vantaggio fiscale indebito ai soci che non intendono proseguire l’attività d’impresa. Il suddetto vantaggio fiscale indebito risulta, altresì, **essenziale perché la specifica sequenza di operazioni che gli istanti intenderebbero porre in essere non risulta diretta al soddisfacimento di un interesse economico diverso da quello del perseguimento del vantaggio fiscale stesso.** [...] Si evidenzia, infine, che, nel caso di specie, non sono rinvenibili valide “ragioni extrafiscali non marginali”, anche di ordine organizzativo o gestionale, **che giustifichino l’insieme dei negozi giuridici prospettati**».

«[...] la fattispecie oggetto dell'esame antiabuso consta sostanzialmente dell'acquisizione del 100 per cento delle quote di partecipazioni di Gamma da parte di Beta s.r.l. e della scissione parziale non proporzionale della società Alfa S.p.A. a favore di due società beneficiarie di nuova costituzione (Newco T. S.r.l. e Newco C. S.r.l., ognuna delle quali controllata al 100 per cento da ciascuno dei due soci persone fisiche della scindenda) a cui verrebbero assegnate le partecipazioni nelle società operanti nel core business del Gruppo Alfa, oltre all'80 per cento della liquidità della scindenda. [...] con la predetta operazione i fratelli Tizio e Caio non realizzano alcun effettivo disinvestimento delle partecipazioni detenute in Gamma s.r.l., rimanendo entrambi comunque dominus del Gruppo Alfa, ivi compresa la società Gamma. **Tale operazione si pone perciò in contrasto con la ratio della rivalutazione ai fini fiscali delle partecipazioni, consentendo di drenare liquidità dalla società acquirente Beta s.r.l., sempre da loro controllata, sub specie di recesso atipico, anziché applicare il regime impositivo della distribuzione delle riserve di utili, che caratterizza il recesso tipico, in tal modo realizzando un indebito vantaggio fiscale** rappresentato dall'imposizione con regime fiscale sostitutivo anziché con il regime fiscale impositivo delle distribuzioni di riserve di utili. [...]»

«Passando ad esaminare la **sostanza economica** della predetta operazione di recesso atipico, va sottolineato che nel caso in esame, **tenuto conto della peculiarità del caso prospettato** e della documentazione integrativa prodotta, l'operazione posta in essere consente il conseguimento del predetto **indebito risparmio d'imposta mediante l'utilizzo di uno strumento giuridico che appare conforme a normali logiche di mercato, essendo direttamente finalizzato al raggiungimento dell'obiettivo economico cui la medesima operazione è preordinata**, cioè la fuoriuscita dalla compagine sociale diretta di Gamma s.r.l. dei signori Tizio e Caio, al fine di consentire a Alfa S.p.A. di detenere il controllo totalitario delle società industriali oggetto di scissione parziale non proporzionale.

Tale circostanza porta a non ravvisare nel caso in esame una fattispecie abusiva ai sensi dell'articolo 10-bis della legge n. 212 del 2000, dal momento che, in presenza di un'operazione conforme a normali logiche di mercato (nel caso in esame recesso atipico) in relazione al raggiungimento di un obiettivo economico (concentrazione del controllo totalitario delle partecipazioni cedute in capo alla società che andrà a scindersi), l'amministrazione finanziaria non può sostituire la stessa con un'operazione altrettanto conforme a normali logiche di mercato ma fiscalmente più onerosa, essendo ciò vietato dal comma 4 dell'articolo 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente. [...] si ritiene che l'operazione di scissione societaria prospettata non comporti il conseguimento di alcun vantaggio fiscale indebito ai fini delle imposte sui redditi, risultando atto fisiologico a riorganizzare le società attive nel core business del Gruppo Alfa, separando le partecipazioni dei due fratelli in due newco unipersonali».

«[...] l'obiettivo economico perseguito dall'istante è di pervenire a un diverso assetto partecipativo di ALFA, con l'ingresso nella relativa compagine sociale di H (attuale general manager della società), il recesso totale di E, F e G (soci uscenti) e il recesso parziale dei soci superstiti (B, C e D) con la contestuale acquisizione del controllo da parte di A. Al fine di poter raggiungere il suddetto obiettivo economico, sono prospettate le seguenti operazioni:

- 1) la costituzione di una società (veicolo) a responsabilità limitata (NEWCO) a cui parteciperanno A (65%), H (20%), B (5%), C (5%) e D (5%), che contrarrà un debito verso un istituto di credito per finanziare l'acquisto delle partecipazioni di ALFA;
- 2) la cessione a NEWCO di tutte le quote di partecipazione in ALFA (100%), previamente rivalutate, da parte dei propri attuali soci persone fisiche, con contestuale pagamento del corrispettivo pattuito;
- 3) la fusione per incorporazione inversa di NEWCO nella controllata ALFA, che sarà partecipata, all'esito dell'operazione de qua, da A (65%), H (20%), B (5%), C (5%) e D (5%). [...]

«[...] La cessione delle partecipazioni, previamente rivalutate, detenute dai **soci uscenti** appare **operazione fisiologica** per la fuoriuscita definitiva dalla compagine sociale di ALFA da parte dei soci uscenti, non integrando perciò alcun vantaggio fiscale indebito. In relazione alla fattispecie prospettata, è **infatti nella libera scelta dei soci uscenti recedere dalla società mediante il recesso atipico**».

«Differenti valutazioni occorre fare con riferimento ai **soci superstiti**, ivi compreso il signor A. In questo caso, grazie all'articolata serie di operazioni prospettata, i soci superstiti si precostituiscono le condizioni per porre in essere un **recesso c.d. «atipico» idoneo a conseguire un vantaggio fiscale**. Tale vantaggio fiscale è rinvenibile nel risparmio d'imposta derivante dal mancato assolvimento della ritenuta a titolo d'imposta del 26% prevista ordinariamente sui redditi di capitale».

«Il predetto vantaggio fiscale è conseguibile da tutti i soci superstiti ed è da ritenersi **indebito** in quanto in aggiramento delle disposizioni tributarie in materia di recesso tipico direttamente applicabili da parte dei soci B, C e D che, insieme all'ingresso del nuovo socio, consentirebbero al socio A di incrementare la sua quota partecipativa in ALFA senza necessità di porre in essere le svariate operazioni prospettate. [...]»

«...l'articolata serie di operazioni prospettate - ossia, la 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'acquisito delle predette partecipazioni, da parte della stessa società ceduta - appare priva di sostanza economica, in quanto inidonea a produrre effetti significativi diversi dai descritti vantaggi fiscali.

Infatti, ferma restando **l'insindacabilità in un'ottica anti-abuso dell'obiettivo economico perseguito** consistente nel concentrare la proprietà di ALFA nelle mani dei soci superstiti e del nuovo socio entrante, **il predetto obiettivo economico potrebbe essere direttamente raggiunto mediante il recesso tipico dei suddetti soci limitatamente alla quota-parte di partecipazione oggetto di recesso**, previamente concordato con gli altri soci e il contestuale ingresso del nuovo socio. Il disegno prospettato comporta perciò **un numero superfluo di negozi giuridici**, il cui perfezionamento **non è coerente con le normali logiche di mercato**, ma appare idoneo unicamente a far conseguire un vantaggio fiscale indebito ai soci».

«Il suddetto vantaggio fiscale indebito risulta, altresì, **essenziale** perché la specifica sequenza di operazioni che gli istanti intenderebbero porre in essere **non risulta diretta al soddisfacimento di un interesse economico diverso da quello del perseguimento del vantaggio fiscale stesso**».

«Si evidenzia, infine, che, nel caso di specie, non sono rinvenibili **valide "ragioni extrafiscali non marginali"**, anche di ordine organizzativo o gestionale, che giustifichino l'insieme dei negozi giuridici prospettati, ai sensi del comma 3 del citato articolo 10-bis della legge n. 212 del 2000. La descritta riorganizzazione, per escludere l'esistenza di una fattispecie di abuso del diritto, deve superare un **vaglio di "non marginalità" delle ragioni extrafiscali, che si ritiene sussistere solo quando le operazioni rappresentate non sarebbero state poste in essere in assenza di tali ragioni.**

Al riguardo, gli istanti rappresentano che le operazioni prospettate sono finalizzate al riassetto della compagine societaria con l'ingresso di un nuovo socio. Tuttavia, in relazione a tale fine, come si è detto non si ritiene motivata l'idoneità della scelta dell'articolata serie di operazioni prospettate rispetto all'obiettivo economico che si intende perseguire. L'intero disegno risponde più fondatamente all'obiettivo personalistico dei soci consistente nell'abbattimento del carico tributario».

Se si esclude la risposta n. 341/2019 (che è contraddetta dalla risposta n. 242/2020, con riferimento ai soci uscenti), l'orientamento che sembra emergere dalle risposte dell'Agenzia, al netto delle valutazioni, da condurre caso per caso, sulle regioni extrafiscali non marginali (che comunque si ritiene vadano rapportate alle modalità adottate per raggiungere un certo obiettivo), è il seguente:

- nel caso di totale disinvestimento, il recesso atipico realizzato con la cessione delle partecipazioni previamente rivalutate non dovrebbe dar luogo a un vantaggio fiscale indebito,
- nel caso di disinvestimento con (parziale) reinvestimento nella società veicolo o con mantenimento di un potere di interferenza sulla *target* da parte dei soci cedenti, l'operazione viene considerata abusiva, specie nel caso di successiva fusione inversa del veicolo nella *target*.

L'accento viene posto:

- sul carattere indebito del vantaggio conseguito, in ragione dell'asserito aggiramento delle disposizioni in tema di recesso tipico e della monetizzazione, sotto forma di prezzo di cessione, degli utili della *target*,
- sulla non coerenza con le normali logiche di mercato delle operazioni poste in essere,
- sulla circolarità dell'operazione, in ragione del fatto che al termine della stessa si ricostituirebbe una situazione sostanzialmente uguale a quella di partenza.

«Il 19 giugno 2002 la Arafin cedeva la Darma alla Reddy's Holding S.r.l., ed i soci di Arafin (tra cui il L.) cedevano le proprie quote già rivalutate ai sensi del D.L. n. 282 del 2002, ex art. 2, a Doride S.p.A. Attraverso la sequela di dette operazioni l'Amministrazione aveva ritenuto che fosse stata posta in essere un'operazione elusiva per mezzo della quale il contribuente avrebbe percepito, sotto forma di corrispettivo della cessione della propria quota, riserve di utili Arafin, che sarebbero stati altrimenti tassabili ai sensi del D.P.R. n. 917 del 1986, ex art. 44 (TUIR). [...] **mentre incombe sull'Amministrazione finanziaria la prova sia del disegno elusivo che delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire al risultato d'indebito vantaggio fiscale** (cfr., tra le altre, Cass. sez. 5, ord. 20 giugno 2018, n. 16217; Cass. sez. 6-5, ord. 13 aprile 2017, n. 9610; Cass. sez. 5, 28 febbraio 2017, n. 5090), **spetta al contribuente dimostrare l'esistenza di ragioni economiche apprezzabili che giustifichino l'operazione, che possono consistere anche in esigenze di natura organizzativa ed in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda** (in tal senso cfr. Cass. sez. 5, 26 febbraio 2014, n. 4604; Cass. sez. 5, 21 gennaio 2011, n. 1372). [...]; **in assenza di alcun divieto che fosse stato aggirato, il complesso delle operazioni sopra indicate evidenziava la sussistenza di ragioni economiche tali da poterne escludere la predisposizione in vista del solo conseguimento di un indebito risparmio d'imposta** ciò anche in relazione al fatto che **la rivalutazione delle partecipazioni tanto dell'ARAFIN in Reddy's Group quanto del contribuente in essa ARAFIN è avvenuta in forza di specifiche disposizioni di legge aventi finalità agevolative**».

«Alfa s.p.a. (esercitante attività di fabbricazione di porte e finestre in legno) la cui compagine sociale era, all'epoca dei fatti, composta da quattro persone: O.G., con una partecipazione del 6%, F.G. e F.G. (entrambi con il 42%) e B.G. con il 10%. [...] per la duplice finalità di conseguire il risultato dell'uscita dalla compagine societaria delle due socie F.G. e B.G. e al contempo mantenere in capo ai soci (che detenevano la partecipazione di minoranza) il controllo della società fu realizzata un'operazione di merger leveraged buy out. Vale a dire che il 4 ottobre 2006 F.G. e O.G. costituirono una società cd. "veicolo" (ovvero la Beta s.r.l.) la quale, il 13 ottobre 2006, acquistò da F.G. e B.G. le partecipazioni da loro detenute nella Alfa [...] il 13 dicembre 2006 la Beta fu incorporata per fusione nella Alfa, con conseguente riduzione del capitale sociale di quest'ultima (per annullamento del 52 per cento delle azioni detenuta dalla Beta) ed aumento di capitale sociale [...] anziché ricorrere all'istituto tipico del recesso, la società, tramite un complesso di operazioni riconducibili al cd. merger leveraged buyout, è ricorsa all'istituto della cessione a terzi di partecipazioni sociali (...) per poter beneficiare della tassazione, molto più vantaggiosa, mediante l'imposta sostitutiva, così ottenendo un indebito vantaggio fiscale, in assoluta carenza di valide ragioni economiche e aggirando le norme tributarie previste per la tassazione dei redditi da capitale [...] Quest'ultima, cioè, altro non fece che rivalutare la sua partecipazione beneficiando della agevolazione di cui all'articolo 5 della L. 28 dicembre 2001, n. 448 (più volte prorogata nel tempo e razione temporis vigente) per poi cedere la sua partecipazione alla Beta.»

«Orbene da quanto sopra detto non si possono che prendere in esame da una parte lo strumento utilizzato dall'imprenditore nel caso in esame (ovvero il l.b.o.) e dall'altra la condotta prospettata dalla Agenzia per verificare se quest'ultima sia fungibile rispetto alla prima. [...] **È chiaro che nelle intenzioni del legislatore della riforma del 2003 la normazione di siffatta operazione fu**, come precisamente indicato dalla dottrina (non essendosi ancora in materia espressa con sicurezza la giurisprudenza), **quella di: "agevolare l'accesso agli strumenti della produzione delle persone prive di mezzi sufficienti, ma fornite di ingegno e capacità imprenditoriale e, pertanto, idonee a tentare di realizzare una maggiore capacità produttiva dell'azienda, da loro considerata come obiettivo". E quindi in definitiva di favorire la circolazione della proprietà delle imprese e dare così una destinazione ottimale ai fattori produttivi. E tale è la giustificazione addotta da Alfa la quale sostenne di aver realizzato l'operazione per trasferire la proprietà dell'impresa da due socie di maggioranza che da cosa risulta in atti, e non contestato dalla parti, sostanzialmente si disinteressavano delle gestione societaria tanto da non svolgere all'interno della stessa alcun ruolo manageriale ed addirittura delegavano, per le assemblee societarie, propri familiari. Da quanto sopra detto ne deriva a giudizio di questa commissione, nel rispetto del richiamato insegnamento della Suprema Corte di Cassazione che lo strumento fu adottato dalla Alfa proprio al fine per il quale lo concepì il legislatore. Ovvero i due soci F.G. e O.G. realizzarono una serie di atti proprio tesi alla circolazione della proprietà di una impresa (la Alfa) anche ricorrendo al capitale di terzi (e quindi addossando su questi ultimi anche parte del rischio dell'operazione)».**

«Deve quindi essere affrontato l'ulteriore aspetto. Ovvero considerare "se vi sia reale fungibilità della operazione realizzata con le soluzioni prospettate dal fisco". Orbene sotto questo profilo occorre considerare che **lo strumento giuridico prospettato dall'Ufficio non è, a giudizio di questa commissione, alternativo rispetto a quella nel concreto seguito dalla società.** In altri termini l'art. 2437 c.c. cit., la cui applicazione fu nel concreto invocata dall'Erario, reca, nella prima parte, un catalogo di cause di recesso tipizzate e tra le quali non rientra quella prospettata dall'Ufficio. **Riconosciuto che nella situazione concreta non era possibile il recesso,** non sussistendo pacificamente uno dei motivi previsti dal legislatore, deve essere esaminata la questione se con una modifica statutaria potesse essere introdotta una clausola che rendeva possibile il recesso da un contratto sociale a semplice richiesta da parte di un socio anche di maggioranza. Tra i diversi aspetti sui quali questo collegio ritiene soffermare la sua attenzione è l'analisi dello scopo dell'istituto in parola. Infatti è più che pacifico in dottrina che: **"La funzione generalmente attribuita al diritto di recesso è quella di tutela della minoranza.** Tutela che si attua mediante il riconoscimento ai soci dissenzienti del diritto di recedere eccezionalmente dalla società e che rappresenta una facoltà alternativa alla vendita delle azioni, costituente un contrappeso al potere degli altri soci". **Ovvero, come precisa la relazione di accompagnamento alla legge di riforma, di uno strumento che contempera l'interesse del socio con "l'esigenza di tutelare l'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori, il tutto nel quadro di una concezione del recesso come estremo, ma efficace mezzo di tutela del socio avverso cambiamenti sostanziali dell'operazione cui partecipa".**

«Se lo scopo del legislatore era (ed è) quello di mantenere la stabilità del contratto sociale, una impostazione come quella intesa dall'Ufficio, vale a dire una sorta di possibilità di recedere dalla società a semplice richiesta (e di fatto ampliando a dismisura un diritto potestativo), altro non vorrebbe dire che concedere ad ogni socio il diritto di recedere a piacimento, rendendo quindi il contratto di società estremamente instabile, in contrasto con le finalità dell'ordinamento che, come accennato, privilegiano la tutela della stabilità dei rapporti giuridici posti in essere dall'imprenditore con tutta una serie di portatori di diritti ed interessi che con esso entrano in rapporto, il tutto in un quadro che privilegia chiaramente l'utilità sociale dell'impresa.

In definitiva la condotta del contribuente non può essere rimproverata avendo egli da una parte dimostrato come detto che lo strumento impiegato non era irragionevole rispetto ad una logica di mercato ed allo scopo da esso perseguito, dall'altro l'Ufficio non avendo dimostrato la fungibilità della condotta prospettata con quella concretamente tenuta dalla Alfa».

Argomentazioni simili a quelle sopra esposte sono valorizzate dall'Agenzia negli accertamenti emessi con riferimento alle operazioni di *Leverage Cash Out* nelle quali i soci di una società cedono le loro partecipazioni ad un'altra società, da loro stessi partecipata, eventualmente insieme ad altri soci (familiari), e vengono pagati dall'acquirente mano a mano che questa incassa i dividendi dalla società ceduta, oppure indebitandosi e poi rimborsando il finanziamento con i dividendi.

In questi casi, le contestazioni vertono, inoltre:

- sull'asserita assenza dall'*animus alienandi* e sulla presenza dall'*animus conferendi*;
- sulla volontà di aggirare la norma sui conferimenti;
- sulla volontà di monetizzare sotto forma di plusvalenze azionarie i dividendi della società originariamente partecipata;
- sulla tortuosità del percorso scelto per realizzare l'obiettivo (lecito) della costituzione di una *holding*;
- sulla strumentalizzazione della norma sulla rivalutazione delle partecipazioni.

In realtà, come i giudici di merito hanno spesso potuto condividere:

- operazione di conferimento e di cessione sono poste sullo stesso piano dall'ordinamento;
- in diversi casi, il conferimento avrebbe alterato i rapporti tra soci della *holding*;
- operazione realizza al più un mero differimento di imposizione sui dividendi, i quali saranno tassati in capo ai soci persone fisiche quando saranno distribuiti dalla *holding*.

L'asserita strumentalizzazione della rivalutazione delle quote

Il vero punto critico attiene alla rivalutazione delle partecipazioni e al suo innesto nel contesto delle operazioni poste in essere, la quale viene considerata come strumentalizzata nel momento in cui l'operazione non si concluda con il trasferimento a terzi della partecipazione.

Tale assunto, tuttavia, non trova riscontro né nel testo, né nell'interpretazione sistematica della norma.

Proprio sul piano sistematico si rinvergono elementi per sostenere che il pagamento dell'imposta sostitutiva di rivalutazione dovrebbe “assorbire” – dal punto di vista sostanziale – la tassazione sugli utili, in considerazione del rapporto tra imposizione dei dividendi e imposizione delle plusvalenze che è alla base dell'attuale assetto normativo, con positive ricadute sulla valutazione circa il carattere indebito o meno del beneficio fiscale ottenuto.



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI DELLE TRE VENEZIE



SEMINARI del
TRIVENETO

Grazie della partecipazione

SEGRETERIA ADCEC DELLE TRE VENEZIE

Via Santuario, 41 - 35031 Abano Terme PD

Tel +39 0425 460090 int. 1

segreteria@commercialistideltriveneto.org

www.commercialistideltriveneto.org

