

STUDIO LEGALE FBS

Piazza della Vittoria 8
25122 - Brescia
Tel.: +39 030 7281978
Fax: +39 090 7281849
e-mail: segreteria.brescia@fbslaw.com
www.fbslaw.com

CLARIUM

Piazza della Vittoria 8
25122 - Brescia
Tel.: + 39 030 46383
Fax: + 39 030 7772229
e-mail: info@clarium.it
www.clarium.it



in partnership con



Newsletter Ottobre 2019



Periodico di aggiornamento in materia legale e fiscale
Pubblicato e distribuito gratuitamente

© Copyright - CLARIUM S.r.L.

La presente newsletter non costituisce parere professionale e il relativo contenuto ha esclusivamente carattere informativo.

Gli articoli contenuti nella presente newsletter non possono essere riprodotti senza la preventiva espressa autorizzazione di CLARIUM.

La citazione o l'extrapolazione di parti del testo degli articoli è consentita a condizione che siano indicati gli autori e i riferimenti di pubblicazione sulla CLARIUM Newsletter.

1. Approfondimento

1.1 Trasformazione e cessione di partecipazioni: possibili profili elusivi

Contesto normativo

La trasformazione societaria di tipo “progressivo” (da società di persone in società di capitali) potrebbe essere censurabile, ai sensi della disciplina anti-abuso di cui all'**articolo 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente**, determinando la fruizione di un indebito risparmio d'imposta, nel caso in cui fosse preordinata alla successiva cessione di partecipazioni beneficiando del regime della cd. **participation exemption** (nel prosieguo più semplicemente **pex**) di cui all'articolo 87 Tuir, in luogo del regime invece previsto dall'articolo 58, comma 2, Tuir (applicabile in assenza di trasformazione).

Semplificando, la possibilità di fruire dell'esenzione (al **95%**) ai fini Ires della plusvalenza realizzata con la cessione delle partecipazioni (**ex articolo 87 Tuir**), in luogo di quella prevista ai fini dell'Irpef nella misura del 58,14%, rappresenterebbe una fattispecie abusiva da censurare ai sensi del precedentemente citato articolo 10-bis Legge 212/2000, consentendo un indebito risparmio rappresentato dal differimento del prelievo marginale sugli utili sino al momento della successiva distribuzione ai soci.

Tale conclusione emerge dalla risposta resa dall'Agenzia delle Entrate all'**istanza di interpello n. 185/2019**, con la quale l'Amministrazione Finanziaria è stata chiamata a pronunciarsi in merito al soddisfacimento dei requisiti per poter fruire della **pex nell'ambito di un'operazione così articolata:**

1. trasformazione in S.r.l. di una società costituita secondo il tipo della S.n.c.;
2. conferimento di un ramo d'azienda in altra società neo-costituita, fruendo

del regime della **neutralità fiscale** previsto dall'**articolo 176 Tuir**;

3. cessione a soggetti terzi del 70% delle partecipazioni così ottenute nella conferitaria fruendo del **regime** della **pex**.

Nel caso di specie, l'Agenzia delle Entrate ha confermato che, nel caso di conferimento neutrale d'azienda, nonché in ipotesi di operazioni straordinarie fiscalmente neutrali, non si determina alcuna interruzione ai fini del computo del periodo di possesso per l'applicabilità del regime **pex** (ininterrotto possesso delle partecipazioni dal primo giorno del dodicesimo mese antecedente alla cessione, nonché iscrizione delle stesse tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso).

Come stabilito dall'articolo 176, comma 4, Tuir, **le partecipazioni ricevute** per effetto di un conferimento d'azienda **mantengono la medesima “stagionatura” dell'azienda conferita** e si considerano iscritte come immobilizzazioni finanziarie, nei bilanci in cui risultavano iscritti i beni dell'azienda conferita.

Tale principio di continuità nei sopra richiamati requisiti **pex** in caso di operazioni fiscalmente neutrali **è stato considerato applicabile**, nella risposta *de qua*, **anche nel caso di trasformazione societaria** e ciò quand'anche la trasformazione determinasse, come nel caso in esame, il passaggio dal regime Irpef a quello Ires.

L'**iter** logico argomentativo **seguito dall'Agenzia delle Entrate** appare coerente ed anche in linea con i precedenti di prassi amministrativa.

Nonostante non fosse stata chiamata a pronunciarsi in merito, l'Agenzia delle Entrate ha però aggiunto che l'insieme delle operazioni poste in essere dal contribuente, pur garantendo astrattamente l'applicabilità del regime **pex**, integrano una condotta abusiva ai sensi dell'articolo 10-bis Legge 212/2000, sul presupposto che la trasformazione in società di capitali appare “un'operazione ultronea rispetto all'obiettivo economico perseguito” e tale da “consentire

l'ottenimento di un indebito vantaggio fiscale consistente nell'applicazione dell'articolo 87 del Tuir anziché del combinato disposto di cui agli articoli 58, comma 2, e 5, comma 1, del Tuir".

Come già detto, secondo l'Agenzia delle Entrate la possibilità di fruire dell'esenzione (al 95%) ai fini dell'Ires della plusvalenza emergente per effetto della cessione delle partecipazioni (ex-articolo 87 Tuir), in luogo di quella prevista ai fini dell'Irpef nella misura del 58,14%, rappresenterebbe una fattispecie abusiva da censurare ai sensi del succitato articolo 10-bis Legge 212/2000.

Tale conclusione desta qualche perplessità. Innanzitutto, è stata del tutto **omessa** qualsiasi valutazione **in ordine all'ampiezza del "perimetro"** relativo alla libertà concessa al contribuente di scegliere tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale.

Allo stesso modo, non è stato considerato che la **trasformazione potrebbe essere perfezionata anche allo scopo di assumere un assetto organizzativo dell'impresa più consono** all'attività nel prosieguo esercitata.

In secondo luogo, la tesi interpretativa fatta propria dall'Agenzia delle Entrate presuppone il conseguimento di un indebito vantaggio fiscale dall'operazione posta in essere. Quello che tuttavia viene definito come un indebito vantaggio fiscale è, in realtà, il frutto di un meccanismo impositivo (la **pex**) che risponde ad una *ratio* ben precisa e prevista "a sistema", ovverosia alla necessità di **evitare una doppia imposizione economica** del medesimo fatto indice di capacità contributiva, applicandosi altrimenti prima l'Ires con aliquota del 24% in capo alla società sull'intera plusvalenza e poi l'Irpef (ritenuta alla fonte a titolo d'imposta del 26%) in capo al socio, al momento della distribuzione degli utili così realizzati.

Tale **doppia imposizione** non si verificherebbe, invece, nel caso in cui la plusvalenza fosse realizzata da parte di una società di persone (ed anche di una S.r.l. che avesse optato per il regime di "trasparenza fiscale"); in tal caso, infatti, il **reddito** sarebbe

tassato una sola volta ai fini dell'Irpef, in quanto direttamente imputato al socio persona fisica "per trasparenza".

La tesi interpretativa sostenuta dall'Agenzia delle Entrate meriterebbe, quindi, qualche più approfondita riflessione, dal momento che:

- **ove i soci persone fisiche fossero soggetti con elevati redditi imponibili**, l'**imposizione complessiva** che questi sconterebbero nell'uno (in presenza di trasformazione) o nell'altro (in assenza di trasformazione) caso sarebbe **sostanzialmente allineata**, dovendo scontare nel primo caso l'Ires con aliquota del 24% su una base imponibile commisurata al 5% della plusvalenza realizzata, oltre alla ritenuta alla fonte del 26% sugli "utili netti" distribuiti, mentre nell'altro caso l'Irpef ad aliquota marginale del 43%, oltre alle addizionali comunali e regionali, su una base imponibile commisurata al 58,14% della plusvalenza realizzata. Unico elemento differenziale sarebbe connesso al diverso momento in cui il contribuente socio persona fisica resterebbe inciso dal tributo, in quanto nel primo caso (post trasformazione) la ritenuta alla fonte sarebbe operata soltanto nel successivo momento di distribuzione dei dividendi;
- **ove i soci persone fisiche fossero, invece, dei soggetti con modesti redditi imponibili** ai fini dell'Irpef, l'**imposizione** che questi sconterebbero sarebbe certamente **più elevata nel primo caso** (post trasformazione), cosicché in tale ipotesi non sarebbe prospettabile alcun vantaggio fiscale dalla descritta operazione.

2 Approfondimento legale

2.1 DIRITTO SOCIETARIO: Cass. civ. Sez. I Ord., 16/09/2019, n. 22987

In tema di invalidità delle delibere assembleari della S.r.l., per difetti concernenti la convocazione, costituisce orientamento consolidato della giurisprudenza che la convocazione non solo deve essere spedita anteriormente, ma deve, comunque essere ricevuta prima dell'assemblea al fine di consentire un consapevole esercizio del potere deliberativo. Peraltro, dall'articolo 2479-ter, comma 1, c.c. si desume che la facoltà di impugnazione nel termine breve è attribuita ai soci che non hanno consentito alla deliberazione, ossia ai soci assenti, astenuti e, naturalmente, a quelli dissenzienti, tra i quali non è possibile far rientrare i soci non avvisati, poiché la loro mancata comparizione non può assumere la veste di una sciente assenza, né ancor meno di una forma di astensione o di dissenso.

2.2 DIRITTO SOCIETARIO: Cass. civ. Sez. VI - 2 Ord., 12/09/2019, n. 22790

La differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incidendo sulla solidità economica e sulla produttività della società, e quindi sul valore delle azioni o delle quote, può integrare la mancanza delle qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto ex articolo 1497, c.c.; qualora, invece, i beni siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, e pertanto radicalmente diversi da quelli pattuiti, deve ritenersi consentito l'esperimento di una ordinaria azione di risoluzione ex articolo 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'articolo 1495 c.c..

2.3 DIRITTO SOCIETARIO: Cass. civ. Sez. I, 06/09/2019, n. 22379

La funzione preminente del lavoro sul capitale, che ai sensi dell'articolo 3, comma 2, della Legge n. 443 del 1985 rileva per l'individuazione dell'impresa artigiana, comporta che il rapporto tra il fattore lavoro ed il capitale investito nell'impresa possa essere inteso non solo in senso quantitativo, con riferimento alla preponderanza del ruolo di un fattore produttivo sull'altro, ma anche in senso funzionale e qualitativo, in rapporto con le caratteristiche strutturali fondamentali dell'impresa artigiana ed alla natura del bene prodotto o del servizio reso. Di talché vanno incluse tra le imprese artigiane quelle caratterizzate dall'opera qualificante dell'imprenditore o dei suoi collaboratori e che tuttavia, pur a fronte di una limitata organizzazione, hanno bisogno strutturalmente di un notevole impiego di capitali. Per converso, l'elemento funzionale o qualitativo perde rilievo, ed il giudizio di preminenza resta affidato essenzialmente al ruolo del rapporto quantitativo tra capitale e lavoro, quando l'oggetto dell'attività svolta dall'imprenditore, pur caratterizzata da una qualificazione professionale dello stesso, non sia espressione di un'arte o di una perizia strettamente ricollegabile alla persona che qualitativamente la caratterizza, né richieda, strutturalmente nel tipo e necessariamente, rilevanti investimenti di capitale, potendosi svolgere da caso a caso, sia con elevati sia con modesti capitali.

Nel caso concreto la motivazione del provvedimento giudiziale è palesemente apparente, in quanto manca di misurarsi con la specificità dell'attività che interessa, omettendo di prendere in considerazione gli elementi che possano essere rilevatori dell'apporto qualificante del lavoro dell'imprenditore, in tal modo escludendo e dal novero delle imprese artigiane tutte quelle imprese che procedano alla messa in opera di materiali precedentemente acquistati, per il solo fatto di reimpiegare gli stessi nell'ambito

di un processo produttivo.

2.4 DIRITTO BANCARIO: Cass. civ. Sez. II, 06/08/2019, n. 21017

In tema di intermediazione finanziaria, la semplice registrazione delle situazioni di conflitto di interesse non determina, da sola, adempimento della pertinente disciplina di riferimento, atteso che gli articoli 37 e 38 del regolamento congiunto Banca d'Italia - Consob 29 ottobre 2007, in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio, impongono che le situazioni di conflitto di interessi siano prima identificate e poi gestite tramite idonee misure organizzative, in modo da evitare che esse possano ledere gravemente uno o più OICR gestiti.

2.5 DIRITTO ASSICURATIVO: Tribunale Milano Sez. VI Sent., 23/07/2019

In tema di assicurazione contro i danni, l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo, assolvendo una funzione reintegratoria della perdita subita del patrimonio dell'assicurato, ha natura di debito di valore, con la conseguenza che esso deve essere necessariamente rivalutato con riferimento al periodo intercorso tra il sinistro e la liquidazione, pur se non vi sia inadempimento o ritardo colpevole dell'assicuratore, rilevando la condotta del debitore solo dal momento in cui, con la liquidazione, il debito indennitario diventa obbligazione di valuta, e tanto ai fini del riconoscimento, da tale momento, a titolo di risarcimento, degli interessi moratori o del maggior danno ex articolo 1224 c.c..



Piazza della Vittoria 8
25122 - Brescia
Tel.: +39 030 46383
Fax: +39 030 7772229
e-mail: info@clarium.it
www.clarium.it
