

PARTE SECONDA
PROFILI TRIBUTARI (*)
(Valerio Ficari)

(*) Il lavoro è dedicato al mio secondo figlio, Giulio.

CAPITOLO I

LA SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA DELLE S.R.L. E L'IMPOSIZIONE DEL REDDITO DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

SOMMARIO: 1. Premessa ed ambito dell'analisi. – 1.1. La normativa tributaria tra modifiche derivate e discipline contigue. – 1.2. Segue. Frammenti esemplificativi di discipline comuni ai tipi societari: la determinazione del reddito di impresa tra principi contabili e continua variabile regolamentazione (l. n. 244/2007). – 1.3. Profili di diritto internazionale. – 2. La dimensione « singolare » dell'impresa e la « reazione » del tipo societario commerciale sulla qualificazione fiscale dei beni e dei proventi dell'attività. – 3. Segue. Società « speciali » (s.t.a.; società agricole; società sportive dilettantistiche; altre ipotesi) e statuto fiscale dell'impresa commerciale. – 4. S.r.l., soci, potere di « controllo » e soggettività tributaria. Profili generali. – 5. Segue. e specificità nell'imposizione per trasparenza delle s.r.l. – 6. La dimensione « plurisoggettiva » dell'impresa: il gruppo. – 6.1. L'impresa « di gruppo » nella disciplina del « consolidato » fiscale nazionale... – 6.1.1. Condizioni soggettive ed oggettive per l'esercizio dell'opzione. – 6.1.2. Segue. Il concetto di controllo. – 6.1.3. Le cause di interruzione. – 6.1.4. La determinazione di un reddito complessivo di gruppo. – 6.1.5. Gli accordi compensativi. – 6.1.6. Diritti ed obblighi dei soggetti del consolidato. Responsabilità (rinvio). – 6.1.7. Riflessioni conclusive sistematiche. – 6.2. Segue. e mondiale. – 6.3. Le modifiche apportate alla disciplina del consolidato fiscale dalla l. n. 244/2007 (eliminazione delle rettifiche di consolidamento, della neutralità dei trasferimenti infragruppo). – 6.4. Segue. La disciplina fiscale dei « distretti produttivi ». – 6.5. La liquidazione Iva di gruppo.

1. - *Premessa ed ambito dell'analisi.*

1.1. - *La normativa tributaria tra modifiche derivate e discipline contigue.*

Il tipo « società di capitali a responsabilità limitata » non costituisce di per sé oggetto di una disciplina fiscale *ad hoc*, se non nel solo contesto dell'imposizione sul reddito, risultando, così, destinatario delle stesse regole in materia di imposizione sul reddito, sul valore aggiunto e di imposizione indiretta che si applicano alle società di capitali in genere considerate.

Il legislatore tributario, nel modificare il Tuir 22 dicembre 1986, n. 917 con due successivi decreti delegati (il n. 344/2003 ed il n. 247/2005) attuativi

della legge delega per la riforma tributaria n. 80/2003, ha introdotto una specifica disciplina impositiva per talune « forme » di s.r.l. dando, così, luogo ad una disciplina speciale delle s.r.l. c.d. trasparenti (art. 115 del Tuir) e a ristretta base proprietaria, assai simile a quella, preesistente, della c.d. trasparenza delle società di persone commerciali (art. 5, co. 1, del Tuir).

Le modifiche hanno, peraltro, continuato ad interessare il Tuir a seguito della legge 24 dicembre 2007, n. 244 la quale è intervenuta su alcuni aspetti salienti ed i cui effetti verranno analizzati nel testo.

La disciplina dell'imposizione sul reddito rivela, invece, profili di interesse laddove essa ha dovuto recepire al suo interno le novità del nuovo diritto societario, comprese quelle che hanno interessato le s.r.l., recezione che non sempre è stata omogenea alle scelte civilistiche ed in altri casi ancora deve essere completata.

Pertanto, il quadro espositivo presenta necessariamente diversi « tagli » e prospettive in ragione del menzionato concorso di innovazioni giuridiche di settori fra loro, e con oggetti, talvolta non identici puntualmente circoscrivibili al « fenomeno » delle s.r.l. e, talaltra, estesi al « mondo » (della fiscalità) dell'impresa societaria in genere.

Se, comunque, il proposito è quello di affrontare le ricadute sul piano della disciplina fiscale (di taluni profili) dell'autonomia del tipo s.r.l. nonché le novità prettamente fiscali in materia (non solo ma anche) di s.r.l. sarà inevitabile conseguenza quella di non affrontare *ex professo* o, comunque, di limitarsi a cenni istituzionali ad istituti ed imposte dello « statuto fiscale » dell'impresa societaria (anche) a responsabilità limitata che non risultano toccati in via mediata (per l'avvenuta riforma societaria) o immediata (per espresso intervento del legislatore tributario riformatore) dall'evoluzione della disciplina e che non presentano peculiarità se riferite al tipo societario di cui si tratta.

Poiché, dunque, l'attenzione del legislatore tributario per il tipo societario a responsabilità limitata, a seconda dei casi, è frammentata o genericamente rivolta al genere delle società di capitali, appare più proficua, nell'economia del presente lavoro, un'esposizione non per singole imposte ma per questioni rispetto alle quali, qui si anticipa, lo spettro delle diverse imposte vedrà come protagonista quella sul reddito a causa dell'evoluzione che questa ha subito, con specifico riguardo alla s.r.l., in ragione dell'intervento riformatore del legislatore sia tributario che civilistico.

1.2. - *Segue. Frammenti esemplificativi di discipline comuni ai tipi societari: la determinazione del reddito di impresa tra principi contabili e continua variabile regolamentazione (l. n. 244/2007).*

Uno degli esempi più eclatanti di come la disciplina fiscale delle s.r.l. in molti casi derivi da norme civilistiche e consista in regole comuni alla disciplina delle altre società commerciali è la determinazione del reddito di impresa *ex artt.* 56, 83 e 109 del Tuir. La relativa disciplina per quanto profondamente innovata in ragione dell'avvento dei principi contabili internazionali (IAS), i quali impongono di tenere conto, in aumento o in diminuzione, di componenti per le loro regole sono imputati direttamente a patrimonio *ex artt.* 11 del d. lgs. 28 febbraio 2005, n. 35 e 83 del Tuir ⁽¹⁾ di per sé non offre profili giuridici di precipuo interesse per la fiscalità delle s.r.l., sebbene si riveli coinvolgente per le ulteriori modifiche apportate dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244.

In particolare, resta aperta ed esposta al turbinio legislativo la tradizionale questione del rapporto di (maggiore o minore) autonomia fra le grandezze dell'utile civilistico e del reddito imponibile determinato apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti sia all'applicazione delle disposizioni fiscali che, ora, dei principi contabili internazionali (IAS) (art. 83 del Tuir) ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sulle specifiche problematiche applicative per tutti vedi S. FIORENTINO, *Ias e neutralità fiscale nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, 833; G. ZIZZO, *L'Ires e i principi contabili internazionali: dalla neutralità sostanziale alla neutralità procedurale*, in *Rass. trib.*, 2008, 316 e ss.; G. GAFFURI, *I principi contabili internazionali e l'ordinamento fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2004, p. 871; F. GALLO, *Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 274 ss.; G. ZIZZO, *I principi contabili internazionali*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, opera diretta da Tesauro, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 715 ss., ed in una prospettiva più empirica D'ABRUZZO PUCCI, *Analisi del metodo e dei criteri di formazione del bilancio di esercizio nella prospettiva degli Ias*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 966 ss.).

⁽²⁾ Sul c.d. doppio binario vedi, comunque, già per tutti F. GALLO, *Brevi note sulla necessità di eliminare le interferenze della normativa fiscale nella redazione del bilancio d'esercizio*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, p. 3 ss.; G. ZIZZO, *Riflessioni in tema di « disinquinamento » del bilancio di esercizio e di cancellazione della regola della previa imputazione a conto economico dei componenti negativi di reddito di impresa*, *ivi*, 2000, p. 497 ss.; T. DI TANNO, *Brevi note a favore del « doppio binario » nella determinazione del reddito d'impresa*, *ivi*, 2000, p. 407 ss.; sul dopo-riforma per tutti G. FALSITTA, *Il problema dei rapporti tra bilancio civile e fiscale nel progetto di riforma delle imposte sulle società*, *ivi*, 2003, I, p. 922 ss.; G. TABET, *I lavori della Commissione F. Gallo con particolare riferimento al tema del disinquinamento del bilancio*, in *Fisco*, 2003, p. 6063 ss. e F. GALLO, *Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, *cit.*, p. 272 ss. spec. p. 282 ss.).

La determinazione, per quanto analitica, è intrisa nella sua specifica regolamentazione, di scelte motivate dalle esigenze di semplicità, certezza e semplificazione che il legislatore tributario è spesso chiamato a soddisfare nel difficile equilibrio tra interesse erariale e diritti del contribuente e che non si accompagnano a regole eccezionali per la determinazione del reddito prodotto da una s.r.l. conservando, così la piena validità delle regole fissate dagli artt. 56, 83 e 109 del Tuir n. 917/1986 alle variazioni che si apportano al reddito in ragione dei principi contabili internazionali.

Prima della citata l. n. 244/2007 si poteva ritenere stigmatizzato il c.d. doppio binario in luogo del precedente regime della c.d. dipendenza parziale del reddito dall'utile civilistico in ragione dell'avvenuta abrogazione del co. 2 dell'art. 2426 del c.c. che consentiva di procedere in sede di bilancio a rettifiche di valore e di accantonamenti esclusivamente in applicazione di norme tributarie e con esso del n. 14 dell'art. 2427 del c.c.; l'autonomia era, però, solo parziale in quanto il reddito complessivo era, pur sempre, determinato apportando una serie di variazioni in aumento o in diminuzione alle risultanze del conto economico.

Prima della l. n. 244 restava, comunque, fermo l'art. 109, co. 1, del Tuir il quale fissa(va) le regole della c.d. competenza fiscale stabilendo che, salve diverse disposizioni le componenti positive e negative di reddito determinassero il reddito nell'esercizio di competenza. Le componenti positive concorrevano alla formazione del reddito anche se non imputate al conto economico (art. 109, co. 3, del Tuir); quelle negative, invece, erano deducibili se e nella misura in cui fossero imputate al conto economico relativo all'esercizio di competenza ad eccezione di alcune significative ipotesi fissate nell'art. 109, co. 4, del Tuir ovvero quando la deduzione è rinviata per legge e la spesa, per quanto non imputabile al conto economico, è deducibile per legge⁽³⁾.

⁽³⁾ È tale ai sensi del co. 2 dell'art. 109 quello della data di consegna o spedizione per i beni mobili e della stipulazione del contratto per gli immobili e per le aziende o, se diversa e successiva, quella in cui si verifica l'effetto traslativo o costitutivo della proprietà o di altro diritto reale (lett. a), quello della data in cui le prestazioni di servizi sono ultimate ovvero, se dipendenti da contratti di locazione, mutuo, assicurazione e altri contratti da cui derivano corrispettivi periodici, quella di maturazione dei corrispettivi (lett. b)) a meno che non ne sia ancora certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare: nel qual caso solo al verificarsi di tali condizioni si potrà procedere all'imputazione.

Sulla circostanza che tale imputazione conservi, nei fatti, una dipendenza del reddito dal bilancio P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 365 ss. il quale (p. 368) assume preclusiva alla deducibilità fiscale la mancata imputazione nel caso di costi laddove questi, ai fini fiscali presentino dei limiti forfetari predefiniti dal legislatore con funzione, se si vuole in alcuni casi, anche sovvenzionale come nel

La l. n. 244/2007 ha inteso rendere ancor più omogenei il risultato civilistico ed il reddito di impresa da un lato, attribuendo rilevanza più diffusa alle rilevazioni e valutazioni civilistiche ⁽⁴⁾ e, dall'altro, aumentando i poteri del Fisco di sindacare le scelte di bilancio ⁽⁵⁾, il tutto reso più dolce ma non sempre più logico, dalla riduzione dell'aliquota Ires dal 33% al 27,5%.

caso in cui la norma fiscale riduca la grandezza civilistica con lo scopo di conservare il *quantum* non tassato all'interno dell'economia della società; a riguardo anche F. GALLO, *Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, cit., p. 282.

Sulla necessità fissata dal legislatore nel quarto comma dell'art. 109 che a costi dedotti extracontabilmente corrispondano riserve ed utili riportati a nuovo evidenziati nello stato patrimoniale nell'esercizio in cui matureranno P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, cit., p. 369 ss. il quale (ma condivisibilmente anche F. ROSSI RAGAZZI, *L'eliminazione delle interferenze fiscali nella redazione del bilancio d'esercizio*, in *Fisco*, 2003, p. 6852 ss.) osserva come tale « copertura » possa essere realizzata anche con mere riserve di capitale (p. 370 ss.); conseguentemente laddove la posta a copertura venisse distribuita il costo dedotto extracontabilmente dovrebbe essere recuperato a tassazione (così G. TABET, *I lavori della Commissione F. Gallo con particolare riferimento al tema del disinquinamento del bilancio*, in *Fisco*, 2003, p. 6063 ss.).

Peraltro, una componente negativa di reddito, da un lato, anche quando non imputata a conto economico, è deducibile in base al c.d. principio di inerenza se afferisce a componenti positive e se e nella misura in cui risulti da elementi certi e precisi; dall'altro, ove imputata, è deducibile solo se si riferisce a proventi imponibili o proventi che non concorrono a formare il reddito in quanto esclusi: laddove, invece, la riferibilità fosse a proventi imponibili ed a proventi esenti, il co. 5 dell'art. 109, la deducibilità avrà luogo in ragione di un rapporto proporzionale (*pro rata*) fissato dall'art. 96 del Tuir. Una regola simile è fissata per gli interessi passivi dal momento che la loro deduzione è sottoposta a stringenti regole non solo di inerenza ma anche di proporzionalità e di inidoneità a creare fenomeni di sottocapitalizzazione (cfr. gli artt. 96, 97 e 98 del Tuir).

Componente negativa in senso lato, la remunerazione dovuta per titoli, strumenti finanziari, contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza non è deducibile, in base al nono comma dell'art. 109, ove la partecipazione sia ai risultati economici dell'emittente o dell'affare in relazione al quale sono stati emessi oppure se l'apporto è diverso da quello di opere e servizi.

⁽⁴⁾ Per un'analisi delle possibili soluzioni che il legislatore avrebbe potuto adottare G. ZIZZO, *Gli Ias e la determinazione del reddito d'impresa nella « relazione Biasco »*, in *Corr. Trib.*, 207, p. 2899 ss.

⁽⁵⁾ L'art. 1, co. 34 della l. n. 244/2007 introduce, infatti, un'ipotesi di sindacato delle scelte del contribuente in materia di bilancio ulteriore e diversa, quanto a requisiti, da quella già contenuta nell'art. 37 *bis*, co. 3, lett. *f*) del d.p.r. n. 600/1973: il citato art. 1, infatti, ammette un disconoscimento degli effetti fiscali degli ammortamenti, degli accantonamenti e delle altre rettifiche di valore imputati a conto economico se non coerenti con i comportamenti contabili sistematicamente adottati negli esercizi precedenti salva la possibilità di dimostrare la giustificazione economica delle componenti e dei relativi valori in base a corretti criteri principi contabili.

Nell'attuare la scelta di far derivare il reddito dall'utile civilistico con un significativo incremento della base imponibile e di attenuare il principio del c.d. doppio binario, modificando l'originario (ma comunque già novellato) disposto del Tuir, si è scelto di abbandonare la regola in base alla quale le rilevazioni effettuate ai fini Ias erano fiscalmente neutrali per attribuire, invece, a queste valenza prevalente anche in sede fiscale per il periodo di imposta successivo al 2007 con il conseguente effetto di limitare di molto le restanti possibili variazioni in aumento o in diminuzione ai soli fini fiscali nonché gli interventi di inquinamento del bilancio giustificati da sole ragioni fiscali.

In particolare la novella della fine 2007 elimina, tra l'altro, la possibilità di deduzioni extracontabili condizionandole al transito nel conto economico ⁽⁶⁾, tra le quali si ricordano i c.d. ammortamenti anticipati ai soli fini fiscali ovvero di maggiori deduzioni rispetto a quelle civilisticamente ammesse; l'intervento, però, potrebbe far correre il rischio che l'utile civilistico, nei limiti del possibile, sia inquinato, difatto, dai valori ammessi o imposti ai fini fiscali ⁽⁷⁾. Si segnala, peraltro, la possibilità di un riallineamento di minori poste fiscali rispetto a quelle civilistiche attraverso il pagamento di un'imposta sostitutiva applicabile per scaglioni di disallineamento.

In conseguenza del condizionamento che l'utile civilistico avrà sul reddito alla luce della limitazione dell'indipendenza del secondo, la l. n. 244/2007, per finalità (almeno apparentemente) di sicurezza dell'Erario – si pensi all'effetto di attenuare l'incidenza dei principi Ias sul reddito a vantaggio di criteri talvolta più certi come quelli dei principi nazionali –, ha modificato la disciplina civilistica del controllo contabile *ex art. 2409 ter* imponendo ai soggetti incaricati della revisione contabile (e, quindi, dando luogo ad una peculiare forma di responsabilità anche tributaria dei medesimi ai sensi del d. lgs. n. 471/1997 quale concorso di persona nella realizzazione dell'illecito amministrativo tributario) di effettuare un controllo anche di merito indirizzato a tutti quei profili quantitativi e qualitativi del bilancio che, se verificati non correttamente, possano causare l'infedeltà della dichiarazione tributaria salva la possibilità di omessa formulazione del rilievo previa motivata informazione o di formulazione di un giudizio negativo ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ In senso critico sull'avvenuta scelta ZIZZO, *La soppressione della deduzione extracontabile: un passo avanti o un passo indietro?*, in *Corr. Trib.*, 2007, p. 3753 ss. il quale evidenzia il rischio che il valore civilistico di iscrizione del bene possa essere aumentato per compensare gli effetti negativi del neointrodotta divieto.

⁽⁷⁾ ZIZZO, *La soppressione*, cit., p. 3755 ss.

⁽⁸⁾ Si veda il vol. VI del presente Trattato.

1.3. - *Profili di diritto internazionale.*

Altro esempio può essere la disciplina del reddito internazionale la quale, pur rivelandosi assai innovata, non presenta peculiarità rispetto alla disciplina delle s.r.l. nella regolamentazione è l'imposizione dell'articolazione all'estero dell'impresa e del reddito internazionale.

In particolare il riferimento può essere specifico con riguardo al trasferimento all'estero della residenza fiscale disciplinata dall'art. 166 del Tuir, alla stabile organizzazione all'estero la cui nozione per la prima volta viene normativizzata nell'ordinamento nazionale da parte dell'art. 162 del Tuir ed alla localizzazione in paesi c.d. a fiscalità privilegiata nel caso di un gruppo multinazionale con holding in Italia assoggettata alle disposizioni in materia di imprese estere controllate e collegate contenute negli artt. 167 e 168 del Tuir.

La variabilità del dato normativo è confermata nella disciplina della residenza fiscale (anche) delle società dal momento che l'art. 1, commi 83 ss., della legge n. 24/2007, stravolgendo il precedente assetto nel quale la disciplina generale subiva delle deroghe in presenza di localizzazione della sede nei paesi e territori della c.d. *black list* ovvero privi di accordi di collaborazione a fronte di regimi fiscali privilegiati, ha ora disposto che nel caso di reddito di impresa di origine internazionale l'applicazione della disciplina generale (soprattutto ove si tratti, come si vedrà, di norme che riducono la base imponibile o ammettono la deduzione di costi) sia condizionata alla localizzazione in paesi o territori indicati in una *white list* e, cioè, come previsto dal neointrodotta art. 168 *bis* del Tuir, paesi e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni così come individuati in un decreto ministeriale di prossima emanazione ^(8 bis).

2. - *La dimensione « singolare » dell'impresa e la « reazione » del tipo societario commerciale sulla qualificazione fiscale dei beni e dei proventi dell'attività.*

Muovendoci, allora, dal fenomeno societario *uti singulus*, colto nella sua dimensione individuale, il « tipo » costituito dalla società commerciale in genere è di per sé idoneo a dettare la disciplina fiscale dell'attività la quale non si rivela autonoma da qualsiasi matrice soggettiva possa discendere dal modello di esercizio adottato.

^(8 bis) Per tutti vedi BAGAROTTO, *La residenza delle società nelle imposte dirette alla luce della presunzione di « esterovestizione »* in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, 1155 e ss.

La rilevanza dell'attività che costituisce l'oggetto sociale, enfatizzata nelle modifiche apportate dall'art. 2462 del c.c. in relazione al contenuto dell'atto costitutivo, non gioca per la s.r.l. (ovvero per un ente che il legislatore tributario considera commerciale *ex lege*) un ruolo particolare.

Il riferimento civilistico, infatti, si rapporta all'art. 73 del Tuir il quale, in linea generale per tutti i soggetti Ires, al co. 4 dispone che l'oggetto principale sia costituito dall'attività che si riveli essenziale per « realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto » e vada ricostruito, in via relativa, in base all'atto costitutivo (co. 4) e, comunque, « in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato » (co. 5).

A fronte dell'evoluzione del presupposto dell'imposizione dell'impresa societaria da singolo atto all'attività e, quindi, della necessità di valutare gli atti, nell'imposizione sia diretta che indiretta, quali momenti particolari e concettualmente sottordinati all'attività, un importante dato di partenza, comune a tutte le società commerciali, è che ai fini delle due principali imposte (Ires ed Iva) il tipo reagisce sull'attività al punto da qualificarne la natura dei proventi come di reddito di impresa e delle cessioni di beni/prestazioni di servizi effettuate come operazioni imponibili realizzate nell'esercizio di un'impresa commerciale.

Si ha, quindi, una disciplina fiscale dell'attività economica svolta in forma societaria dipendente dal tipo adottato per quanto riguarda la qualificazione giuridica fiscale delle variazioni patrimoniali conseguenti e delle operazioni realizzate.

Seppur a fronte dell'evoluzione delle forme di esercizio delle attività economiche, ai sensi degli artt. 81 del Tuir (per l'Ires) e 4, co. 2, del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 (per l'Iva) ⁽⁹⁾ il tipo societario commerciale assurge a vero e proprio « istituto » così come espresso dal principio cd. di attrazione nel reddito di impresa ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ In base ai quali, rispettivamente, « *Il reddito complessivo delle società* » commerciali assoggettate ad Ires « *da qualsiasi fonte provenga è considerato reddito d'impresa* » e « *Si considerano in ogni caso effettuate nell'esercizio di imprese: 1) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi fatte (...) dalle società a responsabilità limitata* ».

⁽¹⁰⁾ Sulle ragioni per cui non si condivide la proporzionalità del mezzo al fine ove si facesse discendere da ciò una presunzione assoluta o una qualificazione legale si permetta di rinviare a quanto da noi osservato in V. FICARI, *Tipo societario e qualificazione dell'attività economica nell'imposizione sul reddito e sul valore aggiunto*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 1240 ss. e poi in *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, p. 23 ss. e p. 53 ss. anche per l'analisi delle ragioni e delle fattispecie (per ora solo eccezionali) in cui il principio entra in crisi o pare derogabile; nel senso della natura « anacronistica » della « presunzione asso-

Pertanto, l'accertamento dell'oggetto principale gioverebbe ai soli fini di dimostrarne la residenza della società a responsabilità limitata dovendosi questa considerare in Italia, in base all'art. 73, co. 3, del Tuir, se la società in tale territorio alternativamente ha la sede legale o amministrativa oppure l'oggetto principale della sua attività.

Tale attrazione, di per sé comune a tutte le società commerciali, crea un automatismo non solo in punto di qualificazione dei proventi e delle operazioni ma anche di appartenenza dei beni alla sfera giuridica dell'impresa commerciale perché li considera in ogni caso ed in qualche modo a questa relativi; eventuali distinzioni e classificazioni fra beni diversamente relativi all'impresa avranno, quindi, luogo, all'interno di una categoria reddituale, quella del reddito di impresa, già assegnata dal legislatore alla società.

L'indagine sulla natura dell'attività che costituisce l'oggetto principale dell'ente ha una sua funzione ove si tratti di discriminare fra ente commerciale ed ente non commerciale e non pare attenuata, nella sua significatività, fino a quando il tipo societario commerciale, come si vedrà, sia *ex lege* ritenuto sufficiente dal legislatore tributario a giustificare l'applicazione della disciplina dell'impresa commerciale ⁽¹¹⁾.

Il confine definito della descrizione formale dell'oggetto principale, quindi, non condiziona la relatività dei beni all'impresa societaria essendo questa conseguenza necessaria dell'attrazione – dovendosi, invece, verificare all'interno di questa a quale specie di relatività ci si debba riferire nella triplice alternativa, di chiara origine aziendalistica, fra beni merce, beni strumentali e beni meramente patrimoniali – né, tantomeno, la ricomprensione dei proventi comunque ottenuti dall'ente alla sfera dell'impresatratandosi, in tal caso solo di qualificare gli stesi all'interno di una delle componenti positive della più generale categoria del reddito di impresa commerciale.

luta di commercialità per le (sole) società di capitali residenti » anche P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 317.

⁽¹¹⁾ Per tale ordine di considerazioni e per la necessità di un'indagine fattuale che superi il mero dato formale ai fini qualificatori, per tutti, A. FEDELE, *Il regime fiscale delle associazioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, I, p. 329 ss., L. CASTALDI *Gi enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, i diversi contributi contenuti in L. CASTALDI-V. FICARI-P. PURI-P. ROSSI, *Il regime fiscale delle associazioni*, Padova, 1998 *passim* nonché, se si vuole, il nostro V. FICARI, *La disciplina fiscale degli enti non commerciali nel Decreto Legislativo 4 dicembre 1997 n. 460*, in AA.VV., *Commento agli interventi di riforma tributaria. Decreti legislativi di attuazione delle deleghe contenute nell'art. 3 della l. 26 dicembre 1996, n. 662* (a cura di M. MICCINESI), Padova, 1999, p. 657.

3. - *Segue. Società « speciali » (s.t.a.; società agricole; società sportive dilettantistiche; altre ipotesi) e statuto fiscale dell'impresa commerciale.*

L'evoluzione delle forme di esercizio di attività economiche non imprenditoriali e imprenditoriali non commerciali verso un frequente uso del tipo a responsabilità limitata come « veste » giuridica ulteriore rispetto a quella personale ha indotto a riflettere sulla persistenza delle ragioni sia logico-giuridiche che di opportunità (ovvero di tutela dell'interesse erariale) che si riconducono al menzionato principio di attrazione nel reddito di impresa dei proventi derivanti da questo tipo di attività ove esercitate sotto forma di società commerciali.

Sotto questo aspetto, la « specialità » dell'oggetto potrebbe non giustificare più un automatismo negli effetti fiscali (ai fini delle imposte sul reddito e sul valore aggiunto) ed essere meglio valorizzabile considerando solo relativa la qualificazione data dal legislatore tributario e rendendo maggiorente proporzionale gli effetti della norma alla sua *ratio*.

La « specialità » derivante sia dall'oggetto dell'attività (come nelle società tra professionisti) che da vincoli nella destinazione dei proventi dell'impresa lucrativa, da funzioni marcatamente di utilità sociale degli scambi effettuati può mettere in crisi il principio e indurre ad enfatizzare anche ai fini fiscali la neutralità della forma rispetto alla (qualificazione fiscale dei proventi della) attività.

a) Nel recente panorama normativo solo nella disciplina opzionale delle società di capitali agricole di cui all'art. 1, co. 1093, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il legislatore ha espressamente derogato a tale principio; mentre, infatti, per altre tipologie societarie a r.l. la neutralità della forma rispetto all'oggetto dell'attività non si è ancora espressa in disposizioni fiscali che escludano o permettano di escludere l'applicazione automatica dello statuto fiscale dell'imprenditore commerciale, il co. 1093 cit. ammette che tutti i tipi societari qualificabili come società agricole ai sensi dell'art. 2 del d. lgs. 29 marzo 2004, n. 99, possono optare per la tassazione su base medio ordinaria tipica del reddito agrario *ex art.* 32 del Tuir n. 917/1986 e non, invece, in base al bilancio.

Prima del previsto decreto interministeriale in conseguenza dell'opzione, vincolante per un triennio ai sensi del d.p.r. n. 442/1997, si poteva ipotizzare un duplice scenario: quello di una esatta e piena coincidenza nella determinazione e qualificazione dei redditi con quella delle s.s. agricole e dell'imprenditore individuale agricolo oppure che le regole catastali valgano solo per la determinazione ma non per la qualificazione dei redditi; nella prima ipotesi l'esercizio dell'opzione attribuirà per legge ai beni una destinazione

imprenditoriale non più commerciale la quale, però, essendo un effetto legale di una scelta derivante dalla stessa legge non dovrebbe far temere la configurazione di una destinazione a finità extraimprenditoriali tali da giustificare l'imponibilità delle plusvalenze latenti sui beni aziendali.

Il d.m. 27 settembre 2007, n. 213, ora dispone che (anche) le s.r.l. che abbiano la qualifica di società agricola ai fini civilistici (art. 2, d. lgs. n. 99/2004) possano determinare il proprio reddito su base catastale *ex art. 32 Tuir* provvedendo, però, alle necessarie modifiche statutarie entro la fine del primo dei tre periodi di imposta per i quali vale l'opzione (art. 6, d.m. n. 213) da esercitarsi nel c.d. modello Unico.

Ciò che risulta è, quindi, una determinazione con criteri diversi da quelli tipici del reddito di impresa che non impedisce all'ente societario di conservare la propria natura (*id est* quella di società di capitali a r.l. titolare di un reddito di impresa) per i proventi derivanti da attività diverse da quelle qualificabili come agricole ai fini fiscali *ex art. 32 del Tuir*.

Ciò significa che una s.r.l. agricola determinerà il proprio reddito in base alle regole del reddito agrario solo se eserciterà, in ossequio ad una neutralità della forma soggettiva, attività imprenditoriali definibili come agricole secondo le regole fiscali e potrà svolgere accanto a queste anche imprese fiscalmente commerciali; in ordine, infine, all'applicazione di regimi impositivi opzionali come quello della c.d. trasparenza *ex artt. 115 e 116 Tuir* di cui a breve, le particolari regole di determinazione potrebbero rendere incompatibile quest'ultimo regime opzionale almeno per quanto riguarda i periodi di imposta in cui la società assuma le vesti ed applichi la disciplina fiscale delle società agricole.

b) Nelle società tra avvocati (le c.d. s.t.a. *ex d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 96*) la pur evidente personalità della prestazione non si traduce ancora nella certa applicazione delle regole del reddito di lavoro autonomo lasciando un vuoto non necessariamente colmabile con l'automatismo del principio citato ⁽¹²⁾.

c) La disciplina delle società di capitali sportive dilettantistiche senza fine di lucro (art. 90, co. 1, l. 27 dicembre 2002, n. 289) ⁽¹³⁾ testimonia, invece, la possibilità di estendere la regolamentazione dettata per soggetti del li-

⁽¹²⁾ Più ampiamente in V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 43 ss.

⁽¹³⁾ Su cui V. MASTROIACOVO, *La mancanza dello scopo di lucro nelle società di capitali: lo strano caso del regime fiscale delle società che svolgono attività sportiva dilettantistica*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 787 ss. e se si vuole ancora V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 47 ss.

bro primo del c.c. aventi natura di enti non commerciali (i.e. le associazioni sportive dilettantistiche) ad enti societari di forma commerciale i cui statuti siano, però, privi, tra l'altro, della componente del lucro soggettivo e non superino nel periodo di imposta un determinato limite di proventiva attività fiscalmente commerciali ⁽¹⁴⁾.

Di conseguenza, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate, agli amministratori delle società sportive dilettantistiche saranno applicabili i vincoli in materia di distribuzione indiretta di utili già dettati per gli enti non commerciali e per le Onlus (art. 10 del d. lgs. n. 460/1997) salvo che sia previamente esperita la procedura dell'interpello c.d. disapplicativo di cui all'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 ⁽¹⁵⁾.

d) L'ipotesi che una società a responsabilità limitata possa esercitare un'impresa sociale così come definita e disciplinata dal d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (attuativo della legge delega 13 giugno 2005, n. 118) e che, in particolare, per statuto essa sia priva del fine di lucro soggettivo a causa dei vincoli di destinazione *ex lege* dovrebbe far auspicare un intervento normativo simile a quello già avutosi per le società sportive dilettantistiche sebbene si riveli delicato il profilo dell'eventuale configurazione di aiuti fiscali non giustificabili.

In entrambi gli ultimi due casi, la condizione dell'assenza di lucro soggettivo, valorizzata nel primo e valorizzabile dal futuro legislatore tributario nel secondo, darà luogo a modifiche statutarie significative rispetto al modello generalmente adottato.

e) Infine, la « specialità » che caratterizza le c.d. società miste per la gestione dei servizi pubblici essenziali non giustifica più una serie di disposizioni fiscali di favore che trovavano applicazione all'indomani della loro introduzione in ragione del regime applicabile all'ente territoriale socio della stessa; consolidatosi, ormai, il fenomeno solo di recente sono state risolte le questioni dell'applicazione della ritenuta sugli interessi e sui redditi da capitale ottenuti dal Comune sancendosi la compatibilità fra l'assenza di soggettività dello stesso e l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta ⁽¹⁶⁾ e della non configurabilità, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto,

⁽¹⁴⁾ Sulle conseguenze del superamento vedi Ris. Ag. Entrate 7 novembre 2006, n. 123/E.

⁽¹⁵⁾ Ris N. 9/E/2007 del 25 gennaio 2007.

⁽¹⁶⁾ Vedi la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 14, co. 1 della l. 18 febbraio 1999, n. 28.

È, invece, aperto il fronte relativo alla qualificazione fiscale come aiuti di Stato delle agevolazioni di cui al periodo della c.d. moratoria fiscale ed al loro recupero.

dell'attività esercitata dalla società mista come un'attività esercitata quale pubblica autorità ⁽¹⁷⁾.

4. - *S.r.l., soci, potere di « controllo » e soggettività tributaria. Profili generali.*

Una riflessione sulla più generale questione dell'imputazione soggettiva tributaria della ricchezza ovvero degli effetti patrimoniali/reddituali dell'attività e degli scambi operati da una società (anche a responsabilità limitata) sembra avvicinare il diritto tributario a questioni contigue a quelle civilistiche laddove in entrambi pare attuale il conflitto sistematico tra personalità ed organizzazione nella configurazione della fisionomia del modello societario.

Non è nuova la questione di riferire la capacità contributiva alla società o ai soci; non si può qui risalire alle origini storiche della questione ⁽¹⁸⁾ se, (anche) ai fini fiscali la soggettivizzazione societaria in presenza della personalità giuridica sia una realtà giuridica ovvero una finzione tale che il prelievo abbia ragione diversa da quella di colpire una specifica capacità contributiva del soggetto tenuto all'obbligo sostanziale ⁽¹⁹⁾.

Ove, infatti, si ritenesse che la società sia un mero modulo organizzativo dell'esercizio dell'impresa, il reddito per il suo tramite prodotto ed in capo ad essa tassato altro non esprimerebbe che una manifestazione di capacità contributiva unica dal punto di vista oggettivo e soggettivo: in base a questa visione, il reddito già al momento della sua produzione ed a prescindere dalla sua distribuzione apparterebbe al socio e, di conseguenza, non esprimerebbe alcuna ricchezza effettiva dell'ente societario.

In senso diverso, peraltro, si potrebbero distinguere i soggetti e di attribuire alla sola società, non più schermo giuridico, la capacità contributiva manifestata dal risultato utile della gestione in modo da individuare non un

⁽¹⁷⁾ Per una visione di insieme leggasi, da ultima, R. MICELI, *Società miste e diritto tributario: le questioni aperte*, in *Rass. Trib.*, 2006, p. 796 ss.

⁽¹⁸⁾ Su cui per tutti A. FANTOZZI-R. LUPI, *Profili tributari*, Trattato delle società per azioni diretto da Colombo e Portale, Torino, 9 **, 1993, p. 6 ss. e p. 15 s.

⁽¹⁹⁾ Sull'evoluzione teorica della distinzione fra soggettività tributaria, capacità contributiva ed imputazione degli effetti vedi per tutti anche per riferimenti G. FRANSONI, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2002, p. 129 ss.; P. BORIA, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEG)*, in A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 877 ss.; nella prospettiva della riforma c.d. Tremonti G. FRANSONI, *I criteri e i principi direttivi della legge delega relativi ai soggetti passivi delle nuove imposte sui redditi*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 2015 ss.

solo reddito ma due diversi redditi in conseguenza della pluralità dei presupposti.

È, però, innegabile, soprattutto se ci si cala nella logica empirica del legislatore tributario, che la ricchezza appartiene a chi non solo la produce ma ne può disporre rispetto alla sua fonte e destinazione e che, quindi, la duplicità di soggetti passivi rispetto ad uno stesso reddito creerebbe una doppia imposizione economica.

Se ciò è vero, con particolare riguardo all'imposizione personale sul reddito se ne può far discendere come fisiologica la tassazione in capo al socio laddove le regole di attribuzione a questo del risultato produttivo siano tali da non creare alcuna soluzione di continuità di modo che il socio si rivela, *pro quota*, l'unico soggetto passivo dell'imposta che colpisca direttamente o indirettamente l'attività, la società un soggetto obbligato per ragioni di tutela erariale e le imposte da questa pagate un acconto di quelle dovute dal socio.

Una simile ragione giustifica la fisiologica imposizione in capo al socio di società di persone e viene sostenuta dall'Amministrazione finanziaria, in sede di accertamento di maggior redditi di società di capitali a ristretta base sociale, per imputare direttamente al socio il reddito solo formalmente riferibile alla società partecipata a seguito di un accertamento di un maggior reddito di impresa.

Ad altra conclusione giunge il legislatore tributario per le società di capitali e, in specie, per le s.r.l. laddove si conserva, nell'assetto normativo, il menzionato principio di attrazione.

Il legislatore tributario nel qualificare il reddito prodotto da (e distribuito ad) una s.r.l. quale reddito di impresa e quale reddito di capitale distribuito al socio non imprenditore sembrerebbe aver sempre scelto come fisiologica l'esistenza di una duplicità di presupposti (i.e. la formale diversità fra l'esercizio di un'attività e l'investimento del capitale) e di un possesso da parte del socio del reddito prodotto dalla società affatto automatico e, quindi, la natura delle imposte pagate a livello societario non come un vero e proprio acconto di quelle dovute dai soci di cui si dovrebbe tener conto nella fiscalità del socio al fine di evitare una doppia imposizione ⁽²⁰⁾.

La società, quindi, sarebbe considerata l'unico soggetto passivo delle imposte sul reddito di impresa in ragione di un criterio di individuazione del soggetto titolare della capacità contributiva individuato nella produzione

⁽²⁰⁾ Più nel dettaglio, poi, la diversa opzione ricostruttiva in materia induce a diverse conclusioni circa la natura sistematica o, invece, agevolativa delle disposizioni che introducono esenzioni parziali nell'imposizione dei dividendi di cui si dirà successivamente.

della ricchezza ⁽²¹⁾ e non (più) nella sua destinazione ed appropriazione ⁽²²⁾.

Ciò è, peraltro, conformemente al sistema della riforma tributaria intervenuta con il d. lgs. n. 344/2003, in ossequio allo *slogan* « dalle persone alle cose », alla scelta di indirizzare l'imposizione verso la società che produce la ricchezza imponibile, eliminando tutti quegli istituti che, in passato, tendevano a garantire, invece, la caratteristica personalistica dell'imposizione dei proventi dell'impresa esercitata dalle società di capitali ⁽²³⁾.

In coerenza ad una simile opzione legislativa l'assetto normativo dovrebbe, però, garantire che a fronte di un'unica manifestazione di ricchezza ⁽²⁴⁾ l'autonoma capacità contributiva della società (e con essa la conseguente definitività delle imposte assolute) non si riveli anche ulteriore e concorrente a quella riferibile al socio, in ordine al regime del dividendo, della partecipazione e di costi deducibili, a causa di situazioni di (parziale) doppia imposizione non eliminabili tramite i regimi fiscali opzionali della c.d. trasparenza societaria e del consolidato fiscale, ai quali si dedicherà tra poco attenzione.

⁽²¹⁾ Di qui la natura derogatoria della non imposizione degli enti non commerciali giustificata da finalità di valorizzazione del merito sociale e non di evitare il rischio di una doppia imposizione: cfr. G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2003, p. 317.

⁽²²⁾ Tale scelta, peraltro, era stata già fatta dal legislatore tributario ante riforma del 2003 seppur con la fondamentale differenza che all'imposizione sul soggetto produttore seguiva quella sul soggetto percettore con evidente doppia imposizione risolta con il meccanismo del credito di imposta.

In line generale, come ricorda G. ZIZZO, *op. cit.*, p. 372, per evitare la doppia imposizione che si verrebbe a creare se la ricchezza prodotta da una società fosse tassata al momento della sua produzione ed in quello della sua distribuzione il legislatore ha a disposizione alcune opzioni la cui scelta risponde a scelte di politica fiscale: quella di disporre contestualmente all'imposizione in capo alla società d al socio l'attribuzione a questo di un credito di imposta di ammontare pari all'imposta assolta su dividendo (metodo, questo, modificato, prima, nel 1997 per dar conto della diversità fra utili già tassati e non tassati in capo alla società dopo l'eliminazione della c.d. maggiorazione di conguaglio e abbandonato, poi, con la riforma del 2003), quella di ammettere la deduzione del dividendo distribuito da parte del soggetto erogante e di colpire solo il percettore, quella di colpire solo il percettore seppur limitatamente al distribuito con la conseguenza di rinviare l'imposizione sull'utile solo prodotto, quella di non colpire il percettore ma solo la società produttrice (opzione, con alcune deviazioni, scelta dal riformatore del d. lgs. n. 344/2003) e, infine, quella di rendere la società partecipata del tutto trasparente e di riferire, pro quota, tutto il prodotto al socio.

⁽²³⁾ *Id est* il credito di imposta sui dividendi per evitarne una doppia imposizione e la loro conseguente esclusiva rilevanza fiscale; la rilevanza delle plusvalenze e minusvalenze da partecipazioni azionarie realizzate o maturate, espressa nella loro ri- o svalutazione.

⁽²⁴⁾ Il reddito prodotto dalla società sulla cui destinazione di appropriazione i soci vantano i propri diritti patrimoniali.

5. - *Segue. e specificità nell'imposizione per trasparenza delle s.r.l.*

Di indubbia importanza, a fini non sono ricostruttivi ma anche applicativi, è il regime opzionale di imposizione per trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 del Tuir, sul quale si tornerà, per la valorizzazione che in essi viene fatta dall'elemento personalistico ai fini dell'imputazione del reddito e, quindi, della capacità contributiva; altrimenti detto: la particolare compagine sociale esprime un unico soggetto decisionale dal punto di vista non solo economico ma anche giuridico⁽²⁵⁾ che può permettere di differenziare tipologie societarie in base alla loro struttura sociale e, quindi, la funzione non di gestione ma di investimento della partecipazione sociale⁽²⁶⁾.

Rinviando per l'analisi della disciplina della c.d. trasparenza fiscale di cui agli artt. 115 e 116 del Tuir, appare, comunque, opportuno evidenziare la possibile sistematicità degli effetti del regime di cui agli artt. 115 e 116 del Tuir 22 dicembre 1986, n. 917, il quali attribuiscono alle società di capitali commerciali la facoltà di optare per un regime impositivo diverso da quello tradizionalmente proprio dei soggetti Ires e sotto certi versi simile a quello obbligatorio previsto dall'art. 5 del Tuir n. 917/1986 per le società di persone commerciali.

La produzione di un risultato economico esercitando l'impresa in forma societaria è apprezzabile, in ordine al profilo della soggettività tributaria, in due diverse maniere:

a) attribuendo alla società un'autonomia sostanziale e procedimentale rispetto ai singoli soci di modo che il presupposto e la ricchezza prodotta siano immediatamente riferibili alla società: in tal senso sembra orientata la fiscalità societaria fino ad oggi, conformemente a quella effettuata ai fini civilistici per le società anche di persone seppur nell'imperfezione dovuta alla responsabilità illimitata;

b) oppure assumendo che la società sia un mero centro di imputazione, strumento organizzativo funzionale e secondario rispetto al potere di amministrazione dell'impresa e di apprensione del suo risultato economico da parte dei singoli soci: tale la scelta effettuata prima del d. lgs. n. 344/2003 per le società di persone commerciali residenti in Italia nel riconoscere la natura della società quale mero centro di imputazione discono-

⁽²⁵⁾ *Mutatis mutandis* è quanto accade anche per il gruppo di società e per sua imposizione consolidata, seppur solo opzionale.

⁽²⁶⁾ Sotto questo profilo si coglie, ad esempio, come la valorizzazione del diritto di gestione accanto a quello proprio dell'investitore possa permettere di cogliere elementi di identità tra società unipersonale ed impresa individuale.

scendo il ruolo dell'organizzazione e della delibera di distribuzione ⁽²⁷⁾.

La scelta della « piena » autonomia e, quindi, soggettività tributaria della società è stata fino ad oggi tradizionalmente accolta per le sole società di capitali assoggettate prima all'Irpeg ed ora all'Ires ed espressamente negata per le società di persone le quali ultime sono destinatarie per legge del solo obbligo dichiarativo ma non di quello impositiva.

Con l'opzione per la trasparenza – che, peraltro, sembra muoversi nella stessa prospettiva giuscommerciale di apprezzare, nelle s.r.l., la personalizzazione del rapporto sociale nonché al rilevanza, in punto di disciplina, della persona del singolo socio e dei diversi rapporti contrattuali con gli altri soci così da attenuare il peso dell'organizzazione capitastico – si permette, seppur a certe condizioni anche alle società di capitali e ai loro soci di accedere ad un regime fiscale di imposizione del risultato dell'attività produttiva ovvero del reddito (e non, si noti, dell'utile) prodotto e determinato dalla società nonché di attribuzione delle perdite in cui queste grandezze sono imputate non all'ente societario cui formalmente è imputata l'attività produttiva ma *pro quota* al singolo socio con l'aliquota (progressiva o proporzionale) fissata in base al regime del socio a prescindere dall'effettiva distribuzione e, quindi, apprensione dell'utile sotto forma di dividendo.

Nella disciplina opzionale la soggettività tributaria della società circoscritta alla sola determinazione e dichiarazione del reddito ma non al versamento dell'imposta sugli utili prodotti sembra configurarsi quale impropria « sostituzione » dell'intervento solutorio della società rispetto all'onere fiscale gravante sul socio percettore così come le imposte pagate dalla società quale acconto del dovuto dai soci beneficiari.

La scelta di individuare il momento impositivo in quello della produzione e non dell'apprensione e di riferire l'onere fiscale non al soggetto produttore ma a quello beneficiario del risultato della produzione ⁽²⁸⁾ induce a ri-

⁽²⁷⁾ La distinzione evoca, quindi, l'alternativa di individuare la capacità contributiva come:

a) la capacità di concorrere alle spese pubbliche in ragione di presupposti economicamente valutabili ma intrinseci di patrimonialità cui collegare la forza economica colpita rispetto ad indici via via emergenti dal mercato valutabili in termini di effettività: una simile visione potrebbe permettere di apprezzare il potere dei soci delle « piccole » società rispetto all'organizzazione, alla gestione ed all'apprensione dell'utile riferendola capacità al titolare del potere medesimo;

b) oppure un mero criterio di riparto funzionale alla redistribuzione della ricchezza e, dunque, sindacabile in termini di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* e razionalità.

⁽²⁸⁾ Con una certa deviazione, in termini di politica fiscale, da uno schema di imposizione « dalle persone alle cose ». In assenza dell'opzione il reddito della società sarebbe colpito

flettere se l'effetto sostitutivo risponda a finalità agevolative e/o di tutela dell'interesse erariale o se, invece, in ragione delle particolari caratteristiche fattuali dei fenomeni societari cui si indirizza, esprima, come pare, quantomeno un'ambizione sistematica del legislatore ⁽²⁹⁾.

L'avvenuta scomparsa del credito di imposta, volto a neutralizzare la doppia imposizione sugli utili societari, ad opera del d. lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, delle regole proprie della c.d. *participation exemption* ⁽³⁰⁾, pone all'attenzione in modo ancor più marcato il rapporto tra la fiscalità societaria e quella dei soci soprattutto nella prospettiva dell'identificazione del soggetto cui riferire la capacità contributiva di cui agli utili prodotti ma non anche distribuiti.

una prima volta con l'aliquota proporzionale del 27% e, poi, nell'eccedenza distribuita al socio con l'aliquota progressiva a scaglioni propria del socio persona fisica non imprenditore o da quella proporzionale se imprenditore societario con le franchigie di imposta previste dall'art. 47 del Tuir e dall'art. 89 del Tuir nel secondo caso.

La convenienza del regime opzionale è condizionata dall'entità dell'imposizione del socio in base all'aliquota progressiva o proporzionale e dalla base imponibile in base alla natura del socio.

In particolare, nell'imposizione per trasparenza l'onere finanziario del pagamento delle imposte si trasferirebbe sui soci e sarà tanto più elevato quanto più alta sarà l'aliquota marginale applicabile; l'imposizione, invece, dapprima sulla società e, poi, sui soci conserverebbe sulla prima l'onere finanziario più importante mentre sarebbe meno gravosa per i soci in virtù delle franchigie di imposte menzionate e, in ipotesi, di aliquote marginali non elevate.

Il regime opzionale sarebbe, infatti, vantaggioso per i soci solo in presenza di aliquote marginali medie e basse.

La scelta per il regime opzionale si dovrebbe, invece, rivelare più vantaggiosa per la società e non per i soci, per il quali, comunque, il 5% dell'utile distribuito non per trasparenza resta imponibile, qualora nel triennio di applicazione del regime opzionale il reddito prodotto sia inferiore al risultato di esercizio ovvero all'utile imputabile per trasparenza e, viceversa, vantaggioso per i soci se il primo sia superiore al secondo in ragione, in entrambi i casi, di differenze non temporanee ovvero eliminabili nell'esercizio successivo ma stabili; per esemplificazioni vedi MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, in *Boll. Trib.*, 2004, p. 249 nonché le stesse illustrazioni fornite dalla Circolare Agenzia delle Entrate 22 novembre 2004, n. 49/E.

⁽²⁹⁾ Così anche A. FEDELE, *I rapporti fra società e soci*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete* (a cura di F. PAPARELLA), Milano, 2006, p. 51.

⁽³⁰⁾ Con la scomparsa del credito di imposta la deroga alla proporzionalità dell'imposizione per le sole società di persone conservando in capo a quelle di capitali una soggettività tributaria tale da renderle destinatarie di una prima imposizione antecedente a quella in capo ai soci, non si accompagna, in realtà, ad una completa neutralizzazione della doppia imposizione a causa della sola parziale non tassazione in sede di cessione delle partecipazioni e di distribuzione di dividendi.

La disciplina opzionale della « trasparenza » così come disciplinata dagli artt. 116 e 117 del Tuir si rivela parte di un più complesso disegno legislativo nel quale è chiara l'esigenza di un coordinamento con gli effetti di discipline contigue ⁽³¹⁾ all'interno del neointrodotta sistema della fiscalità delle società di capitali a loro volta partecipate da altre società di capitali in una struttura di gruppo permettendo di raggiungere taluni risultati (la trasmissione delle perdite) in punto di determinazione del reddito che la svalutazione delle partecipazioni impediva e che il consolidato fiscale di gruppo ha ristretto a particolari « aree » di consolidamento ⁽³²⁾.

La scelta legislativa si attaglia alla peculiare fisionomia dell'attuale contesto imprenditoriale nazionale prevalentemente sviluppato in « piccole » società di capitali a vocazione non propriamente industriale nel quale il ruolo dei soci è predominante in ragione del frequente e quasi fisiologico controllo esercitato da una ristretta cerchia di soci sulla gestione dell'impresa e sull'appropriazione del risultato ⁽³³⁾: la disciplina potrebbe, così, esprimere un particolare modo di intendere il presupposto impositivo nell'imposizione dei redditi societari.

A quest'ultimo aspetto intendiamo ora dedicare attenzione.

Il potere che l'individuo esercita sull'organizzazione produttiva impiegata nell'attività, infatti, indurrebbe a ritenere la soggettività (anche) tributaria dell'ente collettivo quale « finzione » giuridica, tale che gli effetti (anche) reddituali dell'impresa, formalmente imputati alla società debbano essere, in realtà, riferiti al singolo individuo.

Il rapporto tra dominio sull'organizzazione/potere di apprensione dell'utile e caratteristiche strutturali del funzionamento e della compagine sociale fanno ragionevolmente presumere che la percezione dell'utile prodotto avvenga con modalità anche diverse dalla formale distribuzione ma, in ogni caso, espressive dell'effettività del possesso del reddito prodotto sotto forma di utile.

⁽³¹⁾ Ad esempio, quella del consolidato in materia di (in)deducibilità delle perdite su partecipazioni.

⁽³²⁾ Sul punto A. FANTOZZI-A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, cit., p. 688; la complementarietà fra il regime della trasparenza e quello del consolidato è ribadita nella Circolare Agenzia delle Entrate 16 giugno 2004, n. 25/e *sub* § 5 nonché in quella del 22 novembre 2004, n. 49/E § 2.3. la quale ultima evidenzia come tra l'uno e l'altro esistano vantaggi analoghi sebbene con condizioni diverse (ad es. con riguardo alle percentuali di partecipazione oppure alla coincidenza dei periodi di imposta dei diversi soggetti che abbiano scelto il regime opzionale).

⁽³³⁾ Diversamente regolata nel diritto civile dal momento che nelle società di capitali è necessaria un'apposita delibera (art. 2333, co. 1 del c.c.) a fronte della mera approvazione del rendiconto nelle società di persone (art. 2262 del c.c.).

In questi casi la società sarebbe, priva di quella ricchezza propria che giustifica, in generale, l'attribuzione di una (autonoma) soggettività tributaria al soggetto che la possiede⁽³⁴⁾; il meccanismo per l'appunto di « trasparenza » dell'ente collettivo⁽³⁵⁾ sarebbe, così, dal canto suo, coerente una capacità contributiva del solo socio e non del soggetto collettivo partecipato.

Viene, quindi, riprodotta, quella pluralità di centri di imputazione che nella primigenia esperienza della trasparenza delle società di persone *ex art.* 5 del Tuir permette di inquadrare il presupposto dell'imposizione in una fattispecie complessa nella quale alla titolarità della fonte non corrisponde l'imputazione del risultato⁽³⁶⁾.

La società partecipata resa trasparente non sarebbe, quindi, un vero e proprio soggetto di imposta ma, invece, un centro di imputazione di effetti⁽³⁷⁾ all'interno di una fattispecie nella quale l'imposizione in capo al socio

⁽³⁴⁾ Così P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 323 ss. e p. 329 ss. il quale affermando l'esistenza di affinità tra l'imputazione per trasparenza e l'imposizione tramite il consolidato fiscale individua nel « gruppo » di soci di maggioranza un fenomeno economico unitario assimilabile al gruppo di società quali « macrosoggetti » che si rivelerebbero « plurimi nella trasparenza » ma entità singola nel consolidato. Nel senso, invece, che l'introduzione di tale regime risponda a logiche non di sistematica eliminazione della doppia imposizione ma, invece, « particolaristiche » A. FANTOZZI - A. SPOTO, *Prime osservazioni*, cit., p. 688.

A. FEDELE, *La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 485 sottolinea come il legislatore abbia apprezzato l'influenza esercitata dai soci sull'indirizzo e la gestione dell'attività sociale che non rappresenterebbero più degli investitori ma veri e propri partecipanti all'impresa sociale e conclude a favore di una valenza sistematica « speciale » ed affatto agevolativa della disciplina della trasparenza; sulla valenza sistematica anche Dus, *Opzione per la trasparenza fiscale: prime considerazioni*, in *Fisco*, 2004, p. 4825 ss. e nota 3.

⁽³⁵⁾ Cfr. P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996, *passim* spec. p. 1 ss. e p. 63 ss. A. FANTOZZI - R. LUPI, *Le società per azioni nella disciplina tributaria*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, Torino, 1993, 9th ed., p. 6 ss.; nel senso della mera natura « mediale » degli enti collettivi L. CASTALDI, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999 *passim* spec. p. 17 ss.; diversamente, se non erriamo, G. FRANSONI, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in P. Russo, *Manuale di diritto tributario*. Parte speciale, Milano, 2002, p. 129 ss. Sul venir meno del fondamento sistematico della tesi che esclude soggettività agli enti collettivi intermedi a seguito dell'introduzione dell'Ires e dell'eliminazione del credito di imposta si veda A. FEDELE, *La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società*, cit., p. 478 ss.

⁽³⁶⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, cit., p. 267 ss. non riconduce, invece, ai soci l'effettivo possesso del reddito prodotto per un'assunta disponibilità del medesimo da parte dei soci stessi (*contra* NUSSI, *Spunti per una rimeditazione della disciplina impositiva reddituale delle società di persone*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, p. 731 ss.).

⁽³⁷⁾ Diversamente, però, A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in AA.VV., *Commentario al Tuir ed altri scritti*, Scritti in memoria di Graneli, Roma - Milano, 1990, pp.

o la trasmissione a favore di questo delle perdite fiscali costituirebbero il risultato finale di un procedimento in cui il soggetto al quale riferire il mero esercizio dell'attività produttiva resta, pur sempre, titolare di situazioni giuridiche rilevanti sebbene non tali da giustificare in via sistematica il finale peso dell'imposta gravante sui soci in grado di dominare l'organizzazione produttiva e la gestione sociale.

Nell'uno ed altro caso il dato ricorrente è costituito dalla ristretta base proprietaria sebbene questo si arricchisca di ulteriori requisiti nella fattispecie disciplinata dall'art. 116 del Tuir.

Se a ciò si aggiunge che il legislatore delegato ha conservato in capo alla società trasparente l'obbligo di determinazione del reddito prodotto (o della perdita realizzata) in base alla regole del reddito di impresa e di dichiarazione dell'imponibile si potrebbe riconoscere un fenomeno di sostituzione impropria ed incompleta ai fini di un riconoscimento di piena soggettività alla società nel quale gli obblighi strumentali all'esatto adempimento da parte del socio si inseriscono in una fattispecie a formazione progressiva e non, invece, complessa in ragione del condizionamento che, per l'appunto, esercitano sul reddito e sull'imposta riferibili al socio.

Orbene, questi dati spingono verso l'individuazione del soggetto passivo in ragione del particolare atteggiarsi del presupposto (ovvero del possesso del reddito di impresa) ovvero di un'impresa e di un'organizzazione intrinsecamente legati all'individualità del socio ed al controllo esercitato dai soci in quanto « pochi ».

Il regime della trasparenza non avrebbe una funzione agevolativa o, quantomeno, « promozionale » – infatti il reddito rappresentato dalla quota parte di utile laddove direttamente imputato non sconta alcuna doppia imposizione quale dividendo – ma, invece, valenza sistematica ⁽³⁸⁾; le ricadute

21-23 il quale osserva come, da un lato, le società di persone presentino « quel minimo di capacità giuridica che consente il riferimento dei redditi quali indice di capacità contributiva » e, dall'altro, il riferimento della capacità all'ente partecipato assolve anche ad esigenze di cautela fiscale che impedire qualsiasi « attenuazione del rigido automatismo dell'imputazione ».

Sul rinnovato interesse per la distinzione fra soggetto e mero centro di imputazione si legga, da ultimo, E. NUZZO, *Patrimoni destinati ed il ... fantasma di Flaubert (con postilla di D. Stevanato)*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 695 ss. spec. nota 9.

⁽³⁸⁾ La disciplina opzionale confermerebbe, peraltro, la sua valenza sistematica quantomeno per le « piccole » società di capitali nel senso di rendere il regime fiscale eguale tra situazioni simili (società di persone e s.r.l. a ristretta base sociale) nelle quali la capacità di appropriazione e disponibilità dell'utile è sostanzialmente eguale anche in ragione del fatto che tali società di capitali in molti casi nascono dalla trasformazione di società di persone in ragione della limitazione della responsabilità.

applicative, come si vedrà, sono evidenti con riguardo, ad esempio, alla successione nei regimi fiscali agevolativi ed alla notifica di uno o più avvisi di accertamento in un contesto di unitarietà dell'atto ma di pluralità di centri di imputazione.

La circostanza che l'imputazione prescinda dall'avvenuta appropriazione a seguito di delibera di distribuzione e segua direttamente il momento della produzione del risultato e della sua determinazione in base alle regole fiscali è coerente, a nostro avviso, alla sostanza di un fenomeno nel quale il ruolo dei soci è predominante in ragione del potere di costante controllo ed ingerenza di una ristretta cerchia di soci sull'organizzazione produttiva impiegata, sulla politica e le regole di gestione e funzionamento dell'impresa e sulle politiche di appropriazione del risultato.

Il singolo socio appare l'unico soggetto cui riferire gli effetti reddituali dell'impresa esercitata in ragione dei « *privilegi* » che gli derivano perché « *uno di pochi* » nonché, per l'ipotesi di cui all'art. 115 del Tuir, perché anche *qualificato* in ragione della percentuale di partecipazione.

È, infatti, tangibile nella « piccola » società di capitali una relazione del socio al presupposto tale che, nella misura della quota di partecipazione, il reddito prodotto di per sé già « appartiene » al socio anche a prescindere dalla delibera di distribuzione in virtù dell'influenza che il medesimo riesce ad esercitare esercitando i propri diritti patrimoniali e amministrativi sulla produzione e destinazione del risultato.

La determinazione del livello di partecipazione minima (non inferiore al dieci per cento) esprimerebbe proprio l'intenzione di valorizzare la funzione della partecipazione come strumento non di mero investimento considerando il socio alla stregua di un risparmiatore ma, invece, di controllo e condizionamento della gestione della società.

Di qui la mancata oggettivizzazione dell'organizzazione produttiva laddove questa, per le sue precipue forme di gestione ed amministrazione, non sia autonoma ed autoreferenziale, ma, invece, degradata a mero centro di imputazione di effetti delle volontà di coloro che l'hanno dotata di struttura e, per effetto, la controllano.

La neoriformata disciplina delle s.r.l. sembra confermare la possibilità di una ricostruzione del presupposto che degradi la « piccola » società di capitali da soggetto passivo a mero centro di imputazione di effetti e che, di conseguenza, esalti il singolo socio quale unico soggetto passivo e compartecipe della capacità contributiva espressa dal risultato dell'impresa.

In particolare, si ha l'impressione che all'indomani della riforma del diritto societario la s.r.l. si atteggi come « una società di persone a responsabilità limitata » in ragione delle scelte effettuate dal legislatore civilistico a fa-

vore di un modello non capitalistico ma personalistico di società di capitali a ristretta base proprietaria sotto i profili sia della costituzione che dell'amministrazione ⁽³⁹⁾.

Ne discende un assetto composito nel quale le variazioni dal modello tradizionale, in ragione di un'evidente libertà di forme e strumenti organizzativi, « svuotano » il substrato materiale del soggetto societario in quanto tale; parimenti, la personalità di tutti o di alcuni dei soci è pienamente apprezzata nella fase sia costitutiva che gestionale della società in aggiunta alla sua valorizzazione in sede assembleare di modo che il socio si trova a poter essere investito di forti diritti proprietari ma anche di poteri amministrativi coincidenti con quelli degli amministratori, senza che l'autonomia contrattuale elimini la limitazione della responsabilità.

Il ruolo che il contratto riveste nella regolamentazione dei poteri di gestione ed amministrazione nella s.r.l. riformata testimonia, dunque, come il governo dell'impresa sia in mano ai soci e non necessariamente agli amministratori ove da questi diversi.

Il « privilegio dei pochi » sopra menzionato è ancor più evidente nella s.r.l. unipersonale la quale ben potrebbe procedere all'imputazione per trasparenza al socio unico persona fisica *ex* art. 116 del Tuir; nella società unipersonale l'aggettivo societario esprimerebbe solo il richiamo di una disciplina (quella, appunto, delle società di capitali) ma non un fenomeno necessariamente contrattuale: si pensi alla circostanza che il socio unico esercita per legge i poteri dell'assemblea e, dunque, alla derogabilità della disposizione prima imperativa della costituzione dell'assemblea di modo che nella s.r.l. unipersonale vi sarebbe l'«annacquamento» dell'organizzazione corporati-

⁽³⁹⁾ Si pensi

- alla possibilità di conferimento non solo in denaro ma anche di opera e servizi (art. 2464 c.c.);
- alla non proporzionalità tra conferimenti (art. 2468 c.c.),
- ai limiti alla trasferibilità della partecipazione (art. 2469 c.c.),
- alla possibilità di affidare l'amministrazione non solo ad uno o più ma anche a tutti i soci (art. 2475 c.c.) con un sistema di amministrazione simile a quello delle società di persone tale che si possa adottare all'interno dei sistemi di amministrazione di queste tra amministrazione disgiunta ed amministrazione congiunta dei soci a seconda che il singolo socio possa « amministrare » in nome e per conto della società salva opposizione degli altri a maggioranza oppure chiedi il previo consenso a tutti i soci o ad analoga maggioranza degli stessi fermo restando che nell'uno e nell'altro l'amministrazione può essere affidata ad uno solo o solo ad alcuni dei soci;
- all'attecchirsi dell'assemblea dei soci non più come sede esclusiva di scelte fondamentali quale l'approvazione del bilancio in ragione dell'affiancamento con pari valenza della delibera assembleare della decisione dei soci la quale esprime la volontà della società.

va identificandosi l'organo di indirizzo nel socio unico e potendo questo essere amministratore unico ⁽⁴⁰⁾.

6. - *La dimensione « plurisoggettiva » dell'impresa: il gruppo.*

6.1. - *L'impresa « di gruppo » nella disciplina del « consolidato » fiscale nazionale...*

A seguito del d. lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, l'ordinamento tributario italiano conosce la tassazione consolidata del gruppo (il c.d. consolidato nazionale e mondiale) ora disciplinata dagli artt. 117 ss. del Tuir n. 917/1986.

6.1.1. - *Condizioni soggettive ed oggettive per l'esercizio dell'opzione.*

Si tratta di una disciplina fiscale opzionale in quanto si richiede un'espressa scelta negoziale congiunta da parte dell'ente controllante e di quello controllato i cui effetti perdureranno per tre esercizi sociali senza possibilità di revoca; l'avvenuta opzione dovrà essere comunicata all'Agenzia delle Entrate (art. 119 Tuir ed art. 5, co. 2, del d.m. 9 giugno 2004); la comunicazione sarà unica e sarà effettuata dall'ente controllante ⁽⁴¹⁾.

L'art. 119 nel dettare alcune condizioni prevede che:

- il soggetto che effettua l'opzione non può aderire a due diversi consolidamenti di cui in uno come ente controllante ed in un altro come ente controllato;

- l'opzione deve essere esercitata congiuntamente dai soggetti del rapporto di controllo solo con identità di esercizio sociale;

⁽⁴⁰⁾ Così C. IBBA, *La s.r.l. unipersonale fra alterità soggettiva e separazione patrimoniale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, IV, Milano, 1998, p. 261.

Il distacco di una massa patrimoniale dal patrimonio del soggetto che costituisce la s.r.l. si affianca ad un'alterità soggettiva forse meno completa di quella che tradizionalmente si verifica per le società di capitali dal momento che la limitazione della responsabilità del socio unico verso i creditori dell'impresa (evidentemente più vantaggiosa di quella illimitata dell'imprenditore individuale) non si accompagna ad una effettiva imputazione della gestione e dell'amministrazione dell'impresa a soggetto da questo diverso.

Se così è, aver reso il patrimonio dell'impresa insensibile alle obbligazioni non imprenditoriali e viceversa non comporta necessariamente una netta alterità soggettiva; legittimo, allora, ritenere che nonostante l'« etichetta » societaria non si abbia altro fenomeno se non quello di una separazione patrimoniale all'interno di un'unica sfera soggettiva (vedi ancora C. IBBA, *La s.r.l. unipersonale fra alterità soggettiva e separazione patrimoniale*, cit., p. 255).

⁽⁴¹⁾ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate 20 dicembre 2004, n. 53/E § 4.

– l'opzione deve essere espressa ed effettuata utilizzando i modelli legali di modo che non avrebbe rilievo una scelta negoziale meramente comportamentale ⁽⁴²⁾.

Il regime è applicabile anche solo ad alcune delle imprese di un gruppo.

Il consolidamento ha una durata triennale al fine di evitare che il godimento dei benefici del regime fiscale di gruppo costituisca l'unica ragione di entrata nel perimetro di consolidamento ⁽⁴³⁾ e con onere di rinnovo espresso tra i cui destinatari è compresa la s.r.l. quale soggetto sia controllante che controllato.

L'art. 126 del Tuir esclude l'accesso al regime opzionale per le società che fruiscono di riduzioni di aliquota (co. 1) di modo che non sarebbero preclusive le agevolazioni di altra natura come quelle che permettono l'accesso a particolari criteri di determinazione della base imponibile mentre resta da verificare se la limitazione sia ulteriormente circoscrivibile, in via interpretativa, alle agevolazioni solo soggettive escludendo quelle oggettive.

Peraltro, un ente ben potrebbe rinunciare all'agevolazione e, dunque, far cadere la preclusione fissata dal legislatore alla luce di un'eventuale maggiore convenienza del consolidamento rispetto all'aliquota agevolata. L'art. 4 del d.m. 9 giugno 2004 esclude l'opzione per la società che abbia optato, in qualità di partecipata, per il regime di trasparenza fiscale previsto per le « piccole » società di capitali e per quella assoggettata a fallimento, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ L'art. 13, co. 11 del d.m. 9 giugno 2004 e la Circolare Agenzia delle Entrate 53/E cit. § 2.1.2., nel confermare quanto già desumibile dall'art. 119, co. 1 del Tuir, escludono, però, che una società consolidata quale controllata possa procedere al consolidamento delle sue controllate in qualità di controllante consolidante dovendosi attendere l'interruzione del consolidamento al livello superiore per il venir meno, ad esempio, della quota di partecipazione richiesta: in questo modo si confermerebbe un consolidamento solo orizzontale nel quale ad una sola controllante consolidante possano riferirsi più società controllate consolidate ma non quello verticale in cui a livello intermedio una società possa agire in qualità di consolidata e consolidante; l'unica consolidante, peraltro, dovrà effettuare una sola comunicazione e non tante comunicazioni quante siano i rapporti bilaterali.

L'opzione parrebbe rientrare, quale atto di gestione, nelle funzioni dell'organo amministrativo sebbene la nuova disciplina delle s.r.l. possa giustificare un valido esercizio dell'opzione, alle condizioni stabilite dal codice civile, da parte dei soci: cfr. G. PRESTI, *Il consolidato di gruppo*, cit., § 3.

⁽⁴³⁾ Cfr. Circolare Agenzia Entrate 53/E/2004 § 7.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Circolare Agenzia Entrate n. 53/E § 2.2.2 ove si puntualizza come l'inibizione non operi per l'amministrazione straordinaria di tipologia non liquidatoria ma funzionale alla ripresa dell'attività ex art. 27, co. 2, lett. b) del d. lgs. n. 270/1999 e per le procedure di ristrutturazione industriale ex l. 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modifiche.

6.1.2. - *Segue. Il concetto di controllo.*

Gli artt. 117, co. 1, e 120 del Tuir costruiscono l'area di controllo sulla partecipazione diretta o indiretta⁽⁴⁵⁾ per una percentuale superiore al cinquanta per cento sia al capitale sociale che all'utile per rinvio al rapporto di cui all'art. 2359, co. 1, n. 1 del c.c.⁽⁴⁶⁾ con specifiche percentuali di partecipazione diretta o indiretta al capitale « per una percentuale superiore al 50 per cento » ed all'utile da determinarsi tenendo conto della demoltiplicazione prodotta dalla catena societaria di controllo escludendo le azioni prive di voto nell'assemblea di cui agli artt. 2364, 2364 *bis* e 2479 *bis* del c.c. e la loro quota di utile⁽⁴⁷⁾.

L'ente controllato dovrà necessariamente essere una società di capitali anche se residente a seguito di previo trasferimento della sede in Italia o costituitasi a seguito di trasformazione omogenea progressiva (da società di persone) o eterogenea (da ente non commerciale) (art. 2 del d.m. 9 giugno 2004).

⁽⁴⁵⁾ L'art. 1 del d.m. 9 giugno 2004 a riguardo specifica come il rapporto di controllo indiretto possa sussistere anche tramite soggetti residenti in stati diversi dall'Italia con i quali esista un adeguato scambio di informazioni come da indicazione nel d.m. 4 settembre 1996 e successive modifiche; sulla delimitazione del concetto vedi Circolare Agenzia delle Entrate 20 dicembre 2004, n. 53/E).

⁽⁴⁶⁾ « Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa »: approfondimenti in G. ZIZZO, *Osservazioni in tema di consolidato nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 628 ss., D'ABRUZZO, *Note critiche in margine alla disciplina di attuazione del consolidato fiscale nazionale*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 1047 ss., P. MARONGIU, *Il consolidato*, cit., p. 603 ss.; vedasi anche Circolare Agenzia delle Entrate 20 dicembre 2004, n. 53/E § 3. Per le differenze con il concetto civilistico chiaramente vedi PRESTI, *Il consolidato di gruppo nella nuova imposta sulle società: profili di diritto commerciale*, in *Tributimpresa*, 2005, n. 3.

⁽⁴⁷⁾ Tale soglia, forse eccessivamente elevata se non coordinata con altre discipline opzionali dall'effetto coincidente sarebbe intesa, probabilmente, a evitare che un socio « tiranno » in virtù della propria posizione possa decidere di non distribuire dividendi (anche) ai soci di minoranza e, invece, di consolidare le perdite della controllata con i proventi della controllante. P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 331.

Il limite si rivela, in altra prospettiva, invece, eccessivamente ridotto laddove si ritenesse, come qui ipotizzato, che il legislatore abbia inteso valorizzare il gruppo quale realtà economica. Così M. BEGHIN, *Le opportunità del consolidato nazionale nella nuova imposta sulle società*, in *Corr. trib.*, 2003, p. 2281; D. STEVANATO, *Il consolidato nazionale nella delega per la riforma tributaria: profili sistematici e prospettive di attuazione*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 1192 ss.

Il concetto di controllo è, indubbiamente, assai ristretto rispetto ad altre nozioni presenti nell'ordinamento giuridico anche non tributario attraverso il meccanismo del c.d. « demoltiplicatore » volto a definire l'area di consolidamento in presenza di più livelli di controllo indiretto.

Sono, quindi, escluse dall'area di controllo disciplinata ai fini di tale consolidato fiscale di situazioni frequenti nella pratica come accade in presenza di soglie inferiori a quelle indicate dal legislatore e/o, addirittura, di rapporti contrattuali dal contenuto sostanzialmente equivalente agli effetti del controllo da partecipazione che abbiano luogo sia tra i soggetti imprenditoriali che tra i soci mediante patti parasociali ⁽⁴⁸⁾.

L'area del consolidamento può comprendere anche singoli rapporti di controllo all'interno di uno stesso gruppo con la conseguenza che le società astrattamente idonee, non optando, potranno essere escluse dal consolidato e, dunque, assoggettate alle normali regole; di conseguenza l'ente consolidante non sarà necessariamente la *holding* del gruppo.

In base all'art. 117, co. 2, del Tuir i soggetti societari e non societari non residenti possono optare per l'imposizione consolidata solo in qualità di controllanti e a condizione che il loro stato di residenza abbia stipulato un accordo contro la doppia imposizione che preveda lo scambio di informazioni. Con riguardo ai non residenti l'art. 117 del Tuir ammette che la posizione di controllante possa essere rivestita solo da enti che esercitino in Italia un'attività di impresa mediante una stabile organizzazione ai sensi degli artt. 55 e 162 del Tuir; la partecipazione nella società controllata residente deve essere compresa nel patrimonio della stabile organizzazione della controllante non residente.

Sono, quindi, escluse, allora, delle stabili organizzazioni di soggetti esteri che effettuino mera gestione e godimento di partecipazioni ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Il rilievo critico è in A. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, cit., p. 497 ss.; l'irrazionalità è evidenziata anche da M. MICCINESI, *La tassazione consolidata del gruppo multinazionale in Italia (alla luce della delega per la riforma del sistema fiscale)*, relazione al Convegno su « La tassazione dell'impresa multinazionale nell'Unione Europea », Siena 24-25 Gennaio 2003, p. 9 ss. del datt.

⁽⁴⁹⁾ Tale « comprensione » dovrebbe permettere solo di oggettivizzare flussi reddituali incrementativi o decrementativi distinguendoli, dal punto di vista dell'inerenza ad un'attività, da quelli *aliunde* realizzati dallo stesso oggetto non residente con altra forma di articolazione della propria impresa esprimendo formalmente il ruolo strategico e pertinenziale della partecipazione nella controllata residente rispetto all'attività svolta in Italia tramite essa. Peraltro, qui si ricorda, l'esclusione di enti controllanti privi di una stabile organizzazione e di società controllate non residenti potrebbe dare adito a sospetti di discriminazione illegittima ai sensi dei principi comunitari espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE. Specificamente in V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale* cit., p. 1595 ss. cui si rimanda.

Il controllo deve sussistere sin dall'inizio di ogni esercizio per il quale l'ente controllante e la società controllata abbiano optato per l'imposizione su base consolidata (art. 120, co. 2, del Tuir); pertanto, gli effetti decorreranno dall'inizio per ogni singolo ingresso nell'area di consolidamento fiscale e non alla prima opzione da parte degli enti legati dai rapporti di controllo; di conseguenza, le perdite compensabili utilizzabili all'interno del gruppo sarebbero, però, condizionate dalla diversa collocazione temporale dell'opzione di modo che sarebbero « anteriori » quelle perdite maturate da una società prima del suo ingresso seppur successivamente alla prima opzione per il consolidamento.

6.1.3. - *Le cause di interruzione.*

Il regime si può interrompere per il mancato rinnovo dell'opzione successivamente al triennio. In questo caso gli effetti fiscali maturati nel corso del triennio resteranno definitivamente acquisiti salvo il riallineamento del valore dei beni trasferiti in neutralità; nel secondo caso, ai sensi dell'art. 124 del Tuir, la società controllante dovrà effettuare delle rettifiche in aumento nell'eventualità di avvenuta deduzione nella vigenza del consolidato di interessi passivi seguente alla disapplicazione del *pro rata* di cui all'art. 96 del Tuir nonché di cessione di beni plusvalenti in regime di neutralità ferma restando, invece, l'esclusione totale da tassazione dei dividendi distribuiti.

A tale prima causa se ne aggiungono cause anteriori al compimento del triennio come il permanere della società nell'area di consolidamento di gruppo e la conservazione del requisito del controllo oppure eventi che incidono sulla partecipazione e che attengono al soggetto originario titolare della stessa non assumendo almeno in linea generale, rilevanza interruttiva le operazioni straordinarie sui soggetti o sui beni.

Tali regole si applicano, in base all'art. 124, co. 5, anche al venir meno del controllo a seguito della fusione della società controllata in altra non appartenente al consolidato mentre la continuazione del regime di consolidazione sarebbe possibile a seguito di esito positivo dell'istanza di interpello ai sensi dell'art. 11 della l. n. 212/2000.

L'interruzione del regime opzionale non fa, invece, venir meno il diritto della controllante alle perdite fiscali indicate nella dichiarazione consolidata – salvo che queste siano attribuite alle società che le hanno prodotte ai sensi del d.m. 9 giugno 2004 –, ai crediti di imposta richiesti e delle eccedenze non attribuite alle controllate.

L'effetto interruttivo non si dispiegherà nel caso in cui una o più degli

enti che abbiano esercitato l'opzione siano coinvolti in operazioni di fusione (cfr. art. 11 del d.m. 9 giugno 2004) e di scissione o siano messe in liquidazione volontaria; la continuità è, comunque, condizionata al permanere dei requisiti soggettivi e del controllo fissati dall'art. 117 del Tuir o all'assenza di modifica della compagine sociale e si rispettino i requisiti nell'art. 117 del Tuir ⁽⁵⁰⁾.

Nelle operazioni societarie ed imprenditoriali diverse da quelle tipizzate negli artt. 11 e 13, co. 1, dello stesso decreto l'art. 13, co. 2, del d.m. 9 giugno 2004 dispone la continuazione del regime opzionale solo previo esito positivo dell'interpello ai sensi dell'art. 11 della l. n. 212/2000 ⁽⁵¹⁾.

Circa altre vicende ed operazioni, la liquidazione dell'ente consolidante avrà effetti interruttivi solo se giudiziale ma non se volontaria (art. 11 del d.m. 9 giugno 2004); egualmente dicasi per la trasformazione societaria regressiva che faccia perdere alla controllante la propria natura di società di capitali o il trasferimento della sede della controllante all'estero con perdita della residenza fiscale in Italia. Privi di effetti interruttivi, invece, i conferimenti tra soggetti entrambi consolidati (art. 11 del d.m. 9 giugno 2004).

Infine, il trasferimento della partecipazione dalla quale deriva il rapporto di controllo potrebbe avere conseguenze interruttive laddove il trasferimento avvenisse con un conferimento di una partecipazione che modifichi la quota di partecipazione nella controllata consolidata.

L'attuale lacuna normativa renderebbe ipotizzabile come legittima la circolazione del diritto di compensazione delle perdite della società partecipata controllata ad altra compagine sociale dando, così luogo, all'ingresso nel gruppo consolidato di un ente controllante il quale potrebbe beneficiare delle perdite: se così fosse, però, l'operazione sarebbe sindacabile ai sensi dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 salva la dimostrazione che la cessione della partecipazione abbia una ragione economica diversa dalla mera compensabilità delle perdite; non vi sarebbe, invece, alcun rischio di vantaggio fiscale indebito laddove a fare ingresso nel gruppo consolidato a seguito dell'acquisto

⁽⁵⁰⁾ Più ampiamente sul punto anche per riferimenti sia permesso rinviare a V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale*, cit., p. 1600 ss.

Cfr. Ris. Agenzia Entrate 25 maggio 2007, n. 116/ per l'incorporazione di una società non già appartenente all'area del consolidamento e sulla necessità della previa procedura di interpello.

⁽⁵¹⁾ Si è, però, negata la continuazione nel caso del conferimento della stabile organizzazione, operazione non assimilata ad una fusione, ma ad un vero e proprio conferimento di azienda ed in quanto tale idoneo a garantire alla conferitara la successione nella prosecuzione del consolidato fiscale per il quale aveva optato la conferete: cfr. Ris. Agenzia Entrate 22 maggio 2007, n. 110/E.

di partecipazioni di controllo fosse una società controllata con proventi compensabili con le perdite del soggetto acquirente già appartenente ad un gruppo consolidato ⁽⁵²⁾.

Nei casi di interruzione, il reddito dell'ente controllante dovrà essere aumentato di quei componenti reddituali eccezionalmente dedotti se negativi e non tassati se positivi ⁽⁵³⁾.

6.1.4. - *La determinazione di un reddito complessivo di gruppo*

L'art. 118, co. 1, del Tuir permette di determinare « un reddito complessivo globale » ovvero una grandezza reddituale « corrispondente alla somma algebrica dei redditi complessivi netti » (ovvero anche delle perdite fiscali) ⁽⁵⁴⁾ delle singole società e risultante dall'utilizzabilità, a certe condizioni, sia di perdite fiscali che di eccedenze di imposta di originaria titolarità dei soggetti aderenti al consolidato.

Parimenti si tiene conto, con rettifiche di valori, delle operazioni infragruppo relative a distribuzione di dividendi distribuiti, alla corresponsione di interessi passivi corrisposti e a trasferimenti di partecipazioni e di beni-merce che avvengono in regime di neutralità fiscale ⁽⁵⁵⁾.

In base al disposto dell'art. 122 del Tuir prima delle sue modifiche ad opera della l. n. 24/2007, il reddito complessivo globale costituito dalla somma algebrica dei redditi complessivi dei soggetti partecipanti al consolidato subisce delle rettifiche in diminuzione – dei dividendi distribuiti dalla società controllata anche se provenienti da utili realizzati dalle società consolidate e assoggettati a tassazione in esercizi precedenti a quello in cui l'opzione è stata per la prima volta esercitata e della differenza tra il valore di libro e

⁽⁵²⁾ Cfr. M. BEGHIN, *Operazioni straordinarie*, cit., p. 3361 ss.

⁽⁵³⁾ Si tratta: *a)* degli interessi passivi dedotti in deroga al divieto di deduzione sancito dall'art. 97 del Tuir in ragione del pro rata patrimoniale; *b)* della differenza di valore dei beni trasferiti in neutralità tra valore di libro e valore fiscalmente riconosciuto (in questo secondo caso la rettifica in aumento opera in conseguenza della perdita del requisito da parte anche della sola cedente o cessionaria), l'ente controllante dovrà integrare i versamenti effettuati e la società controllata dovrà integrare la propria base imponibile rispetto a quanto in precedenza comunicato all'ente controllante.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate 20 dicembre 2004, n. 53/E § 4.2.1.

Per un'analisi della trasmissibilità delle perdite dall'ente controllante alla società partecipata e viceversa nel più ampio quadro della riforma si rinvia a V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale* cit., p. 1605 ss.

⁽⁵⁵⁾ Più ampiamente, tra gli altri, G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSTITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2005, p. 436 ss.

quello fiscalmente riconosciuto dei beni ceduti in neutralità ai sensi dell'art. 123 – in diminuzione o in aumento a seconda dei casi per effetto della rideeterminazione del pro rata patrimoniale di cui all'art. 97 del Tuir; di conseguenza i dividendi distribuiti all'interno del gruppo consolidato non saranno imponibili neppure per il 1,65%, pari al 33% della quota imponibile del dividendo pari al 5% come da disciplina della *participation exemption*.

Il consolidamento dei redditi o perdite della società controllata avviene in capo all'ente controllante per l'intero importo e non in base alla percentuale di partecipazione al capitale sociale della società controllata; l'ente controllante dovrà applicare a tale base l'aliquota proporzionale Ires e, quindi, liquidare l'« unica imposta dovuta » o l'« unica eccedenza rimborsabile o riportabile a nuovo ».

Con specifico riguardo alle perdite l'art. 118, co. 2, del Tuir distingue quelle di esercizi anteriori all'inizio dell'imposizione consolidata, per quanto maturate nella vigenza del regime opzionale, e quelle posteriori, disponendo per quelle anteriori una specifica disciplina. Le perdite eccedenti perché superiori alle componenti positive compensabili nel primo esercizio restano nella disponibilità della società controllante, che le dovrà utilizzare entro i quattro periodi di imposta successivi, salvo che le stesse siano attribuite, ai sensi dell'art. 124, co. 4, del Tuir e della successiva normativa regolamentare delegata di cui al d.m. 9 giugno 2004, alle società controllate che le hanno prodotte e nei cui confronti venga meno il requisito del controllo.

È, peraltro, ipotizzabile che, qualora l'attribuzione avvenga a favore di queste, sia realizzabile una circolazione delle perdite all'interno del gruppo a prescindere dall'origine e dal controllo in base a criteri convenzionalmente fissati dalle società come puntualizza l'art. 13, co. 8, del d.m. 9 giugno 2004.

6.1.5. - *Gli accordi compensativi.*

Il legislatore tributario riconosce la possibilità che le imprese di un gruppo perfezionino accordi contrattuali per disciplinare taluni effetti fiscali del consolidato con funzione sia distributiva che compensativa, accordi, espressione di autonomia privata e senza dubbio utili in funzione di tutela dell'interesse economico delle minoranze, assoggettati, ovviamente, alle regole del negozio giuridico ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ Per un'approfondita disamina vedi PACITTO, *I patti di consolidamento*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, opera diretta da F. Tesauero, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 673 ss.

Sono, a riguardo, escluse dalla formazione del reddito imponibile le « somme percepite o versate tra le società » incluse nell'area di consolidamento « in contropartita dei vantaggi fiscali ricevuti o attribuiti » (art. 118, co. 4, del Tuir) ovvero le perdite trasmesse o le imposte versate dalla controllante in riferimento ad imponibili degli enti controllati così come le somme percepite o versate « per compensare gli oneri connessi con l'interruzione » del regime di imposizione consolidata (art. 124, co. 6, del Tuir) o con il suo mancato rinnovo (art. 125, co. 4, del Tuir).

Si tratterebbe di vantaggi economici (utilizzo di perdite fiscali) e di vantaggi finanziari (differimento dell'imposizione a seguito dei trasferimenti in-fragrappo neutrali e del trasferimento di perdite fiscali utilizzabili); si può, peraltro, osservare come l'attribuzione di simili erogazioni dalla valenza indennitaria richieda per esigenze di cautela degli amministratori e di tutela delle minoranze un'espressa motivazione nell'atto che l'autorizza ⁽⁵⁷⁾.

Le disposizioni, nel far seguito all'art. 2497, co. 1, del c.c., che ipotizza l'eliminazione dei danni da illegittima direzione e coordinamento di società mediante « operazioni » che dovrebbero tradursi in erogazioni indennitarie ⁽⁵⁸⁾, negano qualsiasi rilevanza alle erogazioni in termini di costi deducibili e di sopravvenienza attiva imponibile circoscrivendo, così, al solo versante civilistico la questione della determinazione dell'importo dell'erogazione stessa e del riferimento a criteri che la rendano il più oggettiva possibile.

Si evidenzia la totale libertà delle parti di reintegrare in tutto o un parte la rinuncia alle perdite fiscali quale credito verso il Fisco e l'opportunità di apprezzare la concreta fruibilità della perdita distinguendo società costante-

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 53/E cit. § 4.2.5 con esemplificazioni: vedi anche documento Abi TR/OF/003882. Per più ampie considerazioni V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, p. 288 ss. ma vedasi anche P. MARONGIU, *op. cit.*, p. 608 ss.; MICHELUCCI PICCONI FERRAROTTI, *Accordi di consolidamento e irrilevanza reddituale dei pagamenti*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 2766; IDEM *Clausola di salvaguardia per la « sub – holding » negli accordi di consolidamento*, *ivi* p. 2854 ss.

Osserva, comunque, G. TINELLI, *Il « bilancio » consolidato fiscale nazionale nella disciplina dell'Ires*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete*, a cura di F. PAPARELLA, *cit.*, p. 129 nota 32 che tali flussi quali meri ristorni di una quota di imposte differite darebbero, in ogni caso, luogo a contropartite contabili che non inciderebbero sconto economico, alva l'ipotesi in cui la controllata ceda non crediti verso l'erario ma perdite fiscali a fronte delle quali non sia iscrivibile da parte della cedente alcun credito verso la cessionaria.

⁽⁵⁸⁾ Si pensi all'interruzione dell'imposizione di gruppo per scelta della controllante (cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 53/E cit. § 4.2.5).

mente in perdita da quelle solo occasionalmente e, dunque, in grado di goderne compensando redditi futuri ⁽⁵⁹⁾.

Il soggetto che potrebbe farsi carico di tali indennità potrà essere non solo l'ente controllante ma anche un ente controllato laddove questo, con le perdite fiscali altrui, abbia, comunque, ridotto o annullato il gravame fiscale ⁽⁶⁰⁾.

La previsione pattizia dell'erogazione di un'indennità appare, comunque, giustificata e condizionata all'utilizzabilità della perdita fiscale da parte della società cedente, verosimilmente in un periodo di imposta successivo per ridurre in parte o del tutto l'imponibile; di converso, se la cedente fosse costantemente in perdita la misura indennitaria appare inopportuna se non addirittura non dovuta così come la cessione renderebbe stabile l'arricchimento della cessionaria: essa sarebbe, altresì, del tutto non richiesta laddove essa si aggiungesse a vantaggi pregressi che la società *de qua* avesse ottenuto prima del trasferimento infragruppo.

Sotto il profilo del soggetto danneggiato, la misura indennitaria dovrebbe, in realtà spettare alla minoranza della società che abbia ceduto la perdita dal momento che la maggioranza condividendo la scelta effettuata a livello di gruppo accetta di subire un danno ma giusto; l'aver, invece, individuato nella società e non nei soci i beneficiari della misura indennitaria potrebbe neutralizzare la funzione indennitaria poiché l'erogazione andrebbe a vantaggio anche dei consenzienti e non solo dei dissenzienti ⁽⁶¹⁾.

Il d.m. 9 giugno 2004 rimette la restituzione delle perdite non utilizzate alle società che le hanno prodotte a criteri convenzionalmente stabiliti dalle società esaltando la libertà contrattuale di ripartizione di componenti deducibili anche tra soggetti diversi da quelli cui si dovrebbero riferire le stesse.

Al fine di evitare un indebito vantaggio finanziario della cedente, la compensazione a seguito della cessione di perdite fiscali dovrebbe avere luogo solo a seguito dell'avvenuto utilizzo delle stesse e in misura alla fruizione possibile da parte della cessionaria (es. se illimitata o solo in un quinquennio) senza, peraltro, che la misura sia condizionabile da quella della paretciazione della controllante nella controllata.

Si pongono così, problemi di tutela delle minoranze ⁽⁶²⁾ nonché di informativa societaria.

⁽⁵⁹⁾ In questo senso documento Abi TR/OF/003882.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. imp.*, 2004, p. 485.

⁽⁶¹⁾ Brevi cenni a riguardo in D. STEVANATO, *Remunerazione delle perdite trasferite al gruppo ed altri « vantaggi fiscali »*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 721 ss.

⁽⁶²⁾ Come nel caso della cessione di perdite da parte della controllata e della riduzione

L'alternativa nel beneficiario dell'imputazione delle perdite fiscali risultanti dalla dichiarazione di gruppo così significativa da creare non solo dubbi di violazione della delega ma anche una evidente contraddittorietà nella *ratio legis*: se così fosse, alle singole controllate sarebbero attribuiti gli effetti reddituali del consolidato seppur all'uscita dal consolidamento.

La circostanza che l'operazione infragruppo non assuma rilevanza fiscale se effettuata in continuità di valori fiscalmente riconosciuti potrebbe indurre le parti a trasferimenti a prezzi inferiori a quelli di mercato (nonché a quelli di libro) con evidente diminuzione dei proventi per la cedente, giustificabile solo in virtù di un interesse di gruppo e non di un abuso della maggioranza. È evidente che in una simile eventualità la mancata coincidenza del prezzo con quello di mercato dovrà essere motivata dagli amministratori ai sensi dell'art. 2497 *bis*, co. 5, nella relazione di gestione nella parte dedicata ai rapporti di direzione e controllo.

Il tema della cessione di perdite o crediti fiscali nella dimensione dei vantaggi compensativi si collega all'importante ed ampiamente dibattuta questione della responsabilità e diligenza degli amministratori, tema che, nella prospettiva in esame, trova un'importante indicazione nella giurisprudenza civile di legittimità la quale ha statuito che un pregiudizio ingiusto dell'interesse della singola società controllata debba essere valutato considerando *ex ante* e non *ex post* non solo l'effetto patrimoniale immediatamente negativo ma anche (e soprattutto) il concreto vantaggio arrecabile al gruppo di appartenenza ⁽⁶³⁾.

Sarebbe erogabile un'indennità che compensi il danno subito dalla minoranza della società cedente (ad esempio per aver ceduto un bene con plusvalenze latenti che emergerebbero in ipotesi senza tassazione in capo al cessionario in seguito al trasferimento da parte di questi), erogazione anch'essa fiscalmente irrilevante *ex art.* 118, co. 4, del Tuir ⁽⁶⁴⁾. Ciò induce a ritenere che l'erogazione non sia necessaria ma solo eventuale ⁽⁶⁵⁾.

Anche nei casi di indennità a seguito di operazioni infragruppo neutrali

dell'utile prospettico per i soci (vedi G. TINELLI, *Il « bilancio » consolidato*, cit., p. 129, nota 32).

⁽⁶³⁾ Vedi Cass. civ., 24 agosto 2004, n. 16707 in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 246 ss. con nota di SALINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, cit., p. 489.

⁽⁶⁵⁾ Per la necessità FAZZINI, *Consolidato civile e compensazione fiscale tra redditi positivi e negativi*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 1081; nel senso del testo già D. STEVANATO in *Nessun automatismo per i flussi compensativi in presenza di perdite*, *ivi*, 2004, p. 1347 ss. ed in *Remunerazione*, cit., p. 721 ss.

perché effettuate con continuità dei valori fiscali l'opportunità dell'erogazione indennitaria, al pari di quanto sopra osservato per le perdite, dovrebbe essere esclusa laddove l'esclusività del vantaggio per la cessionaria non sia certa (ad es. perché il bene plusvalente potrebbe nel corso del possesso diventare minusvalente).

A fronte di una tangibile libertà contrattuale, l'unico limite oggettivo di indubbia ragionevolezza al fine di evitare abusi del vantaggio della neutralità fiscale è l'individuazione del danno da indennizzare nell'imposta che si sarebbe, a seconda dei casi, pagata o meno non potendosi, peraltro, escludere un valore a questo superiore ⁽⁶⁶⁾.

Il versamento da parte della controllata a favore dell'ente consolidante potrebbe, peraltro, essere configurato anche in una prospettiva non indennitaria ma solo finanziaria al fine di garantire la provvista necessaria al pagamento della quota parte di imposte una volta che si sia effettuato il consolidamento degli imponibili delle controllate.

A riguardo si ha l'impressione che l'attribuzione a favore dell'ente consolidante di un importo pari alle imposte che la controllata avrebbe versato se non avesse aderito al consolidato potrebbe, in realtà, creare in capo al primo un indebito arricchimento qualora l'imposta venisse decurtata delle perdite fiscali: in tale eventualità l'ente controllante dovrebbe restituire un pari importo alla controllata.

Si è, infine, precisato che tali accordi non danno luogo ad operazioni imponibili ai fini dell'Iva (d.p.r. n. 633/1972) e non configurino atti assoggettati all'imposta di registro alla stregua degli atti formati per l'applicazione, la riduzione, al liquidazione, al riscossione, la rateazione ed il rimborso di imposte e tasse a chiunque dovute cui fa riferimento l'art. 5 della Tabella del T.U. 26 aprile 1986, n. 131, purché nell'accordo sia prevista una remunerazione non superiore all'imposta sul reddito teoricamente calcolata sull'« imponibile negativo » trasferito dovendosi, altrimenti, configurare una prestazione di servizi assoggettata ad Iva ⁽⁶⁷⁾.

6.1.6. - *Diritti ed obblighi dei soggetti del consolidato. Responsabilità (rinvio).*

g) Gli artt. 118 e 122, co. 1, del Tuir pongono una serie di diritti ed obblighi dell'ente controllante e delle società controllate consolidate funzionali

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate 20 dicembre 2004, n. 53/E § 4.2.5 che, però, individua tale grandezza nel limite massimo consentito.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Circolare 20 dicembre 2004, n. 537E e Ris. Agenzia Entrate 12 luglio 2007, n. 166/E.

alla determinazione dell'imponibile di gruppo nonché rispondenti al diverso ruolo rivestito.

In particolare, l'ente controllante può riportare a nuovo le perdite risultanti dalla somma algebrica degli imponibili non impiegate in sede di compensazione con i redditi imponibili ed utilizzare le eccedenze di imposta riferibili a società del gruppo; deve liquidare un'unica imposta dovuta mediante i versamenti in acconto e a saldo (gli eventuali acconti versati dalle controllate saranno, comunque, validi e la controllante resterà responsabile solo se gli stessi si rivelino inferiori al dovuto – cfr. art. 6 del d.m. 9 giugno 2004) oppure l'eccedenza rimborsabile o riportabile; deve comunicare all'Agenzia delle Entrate l'avvenuto esercizio dell'opzione; deve presentare alla stessa Agenzia la dichiarazione sia propria che di consolidamento nella quale indicare il reddito complessivo globale dato dalla somma algebrica dei redditi netti dei singoli soggetti partecipanti al consolidamento alla luce delle rettifiche di consolidamento nonché l'eventuale unica eccedenza di imposta rimborsabile o riportabile nell'esercizio successivo.

La società controllata consolidata non ha alcun obbligo di presentazione della dichiarazione di consolidamento né di versamento in acconto e saldo dell'imposta complessivamente dovuta sul reddito globale del gruppo.

Essa, invece, deve eleggere domicilio presso la società al fine della notifica degli atti e provvedimenti relativi ai periodi di imposta compresi nel consolidamento; la domiciliazione è irrevocabile fino a quando l'Amministrazione finanziaria non sia decaduta dall'azione di accertamento o di irrogazione delle sanzioni relative all'ultimo esercizio il cui reddito sia stato compreso nella dichiarazione di consolidamento (art. 119, co. 1, lett. c) del Tuir); presentare all'Agenzia delle Entrate competente la propria dichiarazione al fine del controllo il cui esito condiziona quella del reddito consolidato o della perdita consolidata (art. 7 del d.m. 9 giugno 2004); compilare e trasmettere la dichiarazione alla controllante cui comunicare il proprio reddito complessivo (art. 121, co. 1, del Tuir) al fine di operare le rettifiche necessarie per perfezionare il consolidamento allegando alla stessa il prospetto richiesto dall'art. 109, co. 4, lett. b) del Tuir per gli accantonamenti e l'ammortamento di beni materiali e immateriali e per le altre rettifiche di valore (si evidenzia, peraltro, come la trasmissione della dichiarazione solo all'ente controllante e non anche all'Agenzia delle Entrate possa rappresentare un ostacolo per quest'ultima nel distinguere, ai fini della responsabilità delle controllate, quelle che abbiano concorso alla formazione dell'imponibile consolidato con imponibili propri o con perdite fiscalmente deducibili: sul punto vedi *infra* a proposito della responsabilità); fornire i dati relativi ai beni ceduti ed acqui-

stati in regime di neutralità fiscale *ex art.* 123 del Tuir con specificazione della differenza tra il valore di libro e quello fiscalmente riconosciuto nonché collaborare al fine di permettere alla società controllante di adempiere agli obblighi imposti anche successivamente al periodo di validità dell'opzione al fine di permettere alla controllante di verificare se le risultanze reddituali, che la stessa dovrà poi consolidare, siano state determinate in modo corretto.

Si individuano, inoltre, regole di responsabilità che coinvolgono, a titolo principale o dipendente, esclusivo o solidale, ciascuna società controllata partecipante al consolidato e l'ente controllante, regole a cui si dedicherà attenzione successivamente.

6.1.7. - *Riflessioni conclusive sistematiche.*

A fronte di un simile quadro, una prima ricostruzione della disciplina ne coglie una *ratio* solo agevolativa⁽⁶⁸⁾ in ragione non solo dell'effetto di permettere, nei fatti, la trasmissibilità delle perdite e la svalutazione delle partecipazioni⁽⁶⁹⁾ ma, soprattutto, del costituire una deroga alla regola generale adottata con la riforma di cui al d. lgs. n. 344/2003 di incentrare l'imposizione dell'utile di impresa in capo al soggetto che lo produce, deroga, peraltro, facoltativa per la prevista opzione, simile a quella di regimi fiscali propri di altri peculiari fenomeni imprenditoriali.

⁽⁶⁸⁾ Così A. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 495 ss.; in questo senso, se non erriamo, anche G. TINELLI, *Il « bilancio » consolidato*, cit., p. 146 il quale esclude che le società perdano la soggettività tributaria conservando tutte quelle posizioni giuridiche a rilevanza fiscale diverse da quelle connesse al trasferimento del reddito come per gli adempimenti formali. Nella dottrina civilistica che si è dedicata al tema ricorda G. PRESTI (*Il consolidato di gruppo nella nuova imposta sulle società: profili di diritto commerciale*, in *Tributimpresa*, 2005, n. 3) ad avviso del quale si avrebbe qualcosa di più di un consolidamento finanziario ma non la tassazione di un soggetto autonomo che si sarebbe potuta realizzare solo muovendo dalle risultanze del bilancio consolidato; lo stesso Autore (§ 3) ipotizza una configurazione in termini contrattuali alla stregua di un mandato collettivo irrevocabile simile a quello che caratterizzerebbe le associazioni temporanee di imprese. Si esprime a favore di una soggettività di secondo grado e complementare del gruppo M. BASILAVECCHIA, *Lineamenti generali*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società* (opera diretta da F. Tesauro), Bologna, Zanichelli, 2007, p. 44.

⁽⁶⁹⁾ Che, peraltro, con altri strumenti, era in passato già realizzabile. In tal senso M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. imp.*, 2004, p. 482 ss. e nota 2 il quale conclude per una funzione sovvenzionale della disciplina rispetto alla possibilità di diversificazione e complementarità di attività imprenditoriali anche senza integrazione economica.

Si è già in altra sede cercato di dimostrare ⁽⁷⁰⁾ come tale disciplina, in entrambe le forme di consolidamento fiscale, colga in termini sistematici un fenomeno imprenditoriale metaindividuale, reso concettualmente ed empiricamente autonomo dai nessi di funzionalità delle azioni dei singoli rispetto al perseguimento di un comune interesse economico e da una logica di azione comune rispetto alla quale, tuttavia, il soggetto titolare del potere di direzione e controllo è direttamente responsabile.

La percezione di tale autonomia è evidente nelle regole di determinazione unitaria delle basi imponibili dei soggetti legati da rapporti di controllo e/o collegamento, nella neutralità dei trasferimenti infragruppo con iscrizione dell'ultimo valore fiscalmente riconosciuto in capo al cedente tali da permettere di riferire flussi di ricchezza interni ad una realtà economica e produttiva unitaria ⁽⁷¹⁾ rinviando l'individuazione di un reddito unico all'esito della determinazione unitaria.

In questa prospettiva, il reddito consolidato rivelerebbe un fenomeno imprenditoriale metaindividuale, non autonomamente soggettivizzato in quanto riferibile all'ente controllante titolare del potere di indirizzo e controllo quale soggetto che dirige e coordina l'esecuzione di un programma imprenditoriale di gruppo anche quando, a seguito dell'opzione, l'area di consolidamento non copre, di fatto, tutti i soggetti controllati; si distinguerebbe, così, una capacità contributiva consolidata dell'impresa di gruppo seppur non tale da raggiungere una vera e propria *soggettivizzazione* ⁽⁷²⁾.

L'utilizzabilità da parte dell'ente controllante delle perdite risultanti dalla determinazione complessiva e l'imputazione allo stesso della responsabilità diretta degli effetti del consolidamento dimostrerebbe, peraltro, che l'impresa « di gruppo » dovrebbe essere imputata all'ente controllante e, dun-

⁽⁷⁰⁾ Per approfondimenti si legga V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale*, cit., p. 1587 ss.; si aggiunga, tra gli altri, P. MARONGIU, *Il consolidato fiscale nazionale tra norme di attuazione, prassi e decreto correttivo*, in *Dir. prat. trib.*, 2005, I, p. 585 ss. Esclude la soggettività del gruppo *tout court* considerato A. GIOVANNINI, *Personalità dell'imposizione e consolidato nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, I, p. 647 ss. il quale evidenzia l'assenza di una autonomia patrimoniale del gruppo in quanto tale nonché, con valenza ancora più decisiva, l'impossibilità di configurare una capacità contributiva autonoma dai soggetti che lo compongono.

⁽⁷¹⁾ A riguardo P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 331 afferma che con l'imposizione consolidata l'Ires si applicherebbe « su dei macrosoggetti » che sarebbero « plurimi nella trasparenza e singolo nel consolidato » i quali « catalizzerebbero su di sé, a fini esclusivamente tributari, la ricchezza prodotta all'interno del "gruppo" in senso economico ».

⁽⁷²⁾ Sul punto si rinvia a V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale*, cit., p. 1590 ss. ove indicazioni bibliografiche anche per i profili elusivi.

que, alla maggioranza che controlla le società consolidate; la circostanza che il consolidamento possa avvenire anche in presenza di una partecipazione di controllo non inferiore al 50% e che la misura della partecipazione non influenzi quella dell'imputazione dei redditi o delle perdite della controllata sembra confermare la convinzione che il controllo non sia un criterio di riparto ma solo elemento indicativo dell'unitarietà del fenomeno imprenditoriale *de quo* ⁽⁷³⁾.

Non da ultimo, è significativo che all'ente consolidante sia riconosciuto il potere di cedere ai sensi dell'art. 43 *ter* del d.p.r. n. 602/1973 le eccedenze Ires risultanti dalla dichiarazione consolidata a soggetti sia interni all'area di consolidamento fiscale che a questa esterni ma, comunque, compresi nella nozione di gruppo di cui al citato decreto n. 602 ⁽⁷⁴⁾.

Si deve, quindi, osservare come la facoltatività del regime del consolidamento potrebbe non rendere indebito il vantaggio ad esso conseguente e, dunque, necessario dimostrare l'esistenza di valide ragioni economiche opponibili all'Amministrazione finanziaria ⁽⁷⁵⁾.

6.2. - *Segue. e mondiale.*

Un ultimo aspetto attiene alla possibilità che la s.r.l. faccia parte di un gruppo multinazionale e, quindi, possa essere coinvolta in un consolidamento fiscale c.d. mondiale disciplinato dagli artt. 130 ss. del Tuir, le cui caratteristiche sono solo apparentemente coincidenti a quelle del consolidato nazionale.

L'opzione è riservata al solo ente controllante che, se società, non potrà aderire quale controllata ad un consolidato nazionale (art. 130, co. 4); il consolidamento deve coinvolgere tutte le controllate non residenti (art. 132, co. 2, lett. *a*) senza alcuna possibilità di esclusione ⁽⁷⁶⁾ mentre resta sostanzial-

⁽⁷³⁾ Cfr. anche A. GIOVANNINI, *Personalità dell'imposizione e consolidato nazionale*, cit., p. 652 ss.

⁽⁷⁴⁾ Così espressamente Circ. Agenzia Entrate 18 luglio 2005, n. 35/E.

⁽⁷⁵⁾ Così anche M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. imp.*, 2004, p. 483.

⁽⁷⁶⁾ L'impossibilità di effettuare dei consolidamenti solo fra due soggetti attribuisce al consolidamento quello mondiale la funzione di rappresentare, in capo all'ente controllante, la complessiva capacità contributiva derivante dall'attuazione di un programma imprenditoriale di gruppo (vedi G. ZIZZO, *Osservazioni*, cit., p. 627).

Il c.d. principio *all in all out* condiviso dal legislatore ha una chiara finalità antielusiva poiché intende evitare il consolidamento in capo all'ente controllante delle sole controllate

mente comune alle regole del consolidato domestico il concetto di controllo (art. 133, co. 1) ⁽⁷⁷⁾; il medesimo ente controllante residente è tenuto ad assolvere ad una serie di obblighi formali ovvero quello di versamento a saldo e in acconto (art. 131, co. 5).

L'ente controllante residente deve determinare non solo il proprio reddito ma anche quello delle controllate non residenti, tenendo conto delle operazioni infragruppo ⁽⁷⁸⁾ per poi effettuare la somma algebrica tra il proprio imponibile e quello delle controllate estere (art. 136) ⁽⁷⁹⁾; l'ente controllante

estere con perdite deludibili; esso, peraltro, si presta ad un sindacato sulla ragionevolezza e proporzionalità dell'obbligo di consolidamento per un gruppo internazionale solo comunitario per l'esistenza, in ipotesi, di strumenti normativi già esistenti o adottabili che avrebbero potuto parimenti garantire l'interesse erariale.

Sul punto ci si limita a segnalare che la CGE (13 dicembre 2005 procedimento C-446/03 caso *Marks & Spencer*) ha riconosciuto la possibilità della deduzione dai redditi imponibili nello Stato della controllante delle perdite subite da una società controllata residente in altro Stato della CE a condizione che tali perdite non siano deducibili nello Stato della controllata in base alla normativa di quest'ultimo: ricorrendo tale condizione non sarebbe legittima quella norma che condizionasse la deducibilità della perdita all'imponibilità nello stesso Stato di proventi.

⁽⁷⁷⁾ Si considerano, infatti, controllate società ed enti di ogni tipo anche senza personalità giuridica non residenti le cui azioni, quote, diritti di voto e di partecipazione agli utili siano posseduti direttamente o indirettamente dall'ente residente per una percentuale superiore al 50 per cento.

⁽⁷⁸⁾ Nella individuazione di componenti reddituali imponibili il legislatore, in presenza di rapporti di controllo coincidenti a quelli tipizzati nell'art. 133 del Tuir colpisce le plusvalenze e minusvalenze derivanti da cessioni e conferimenti infragruppo fra società controllate non residenti di beni diversi da quelli merce e da quelli che danno luogo a plusvalenze esenti in una misura legata alla differenza tra la misura della partecipazione agli utili dell'ente controllante nella società estera controllato acquirente e quella, se minore, nella società estera acquirente (art. 135, co. 1) di modo che, diversamente dalla neutralità che assiste i trasferimenti infragruppo di tali beni in un contesto solo nazionale, la disciplina del consolidato mondiale imporrà alle controllate non residenti cedenti un onere finanziario non gravante su quelle residenti così come un incremento dell'imponibile determinato dalla consolidante residente in Italia.

⁽⁷⁹⁾ Con gli evidenti problemi di riclassificazione dei proventi e costi in base alle regole nazionali dell'ente controllante residente.

In ordine ai valori imponibili nelle operazioni fra controllante e controllate del gruppo « consolidato » già l'art. 4, co. 1, lett. b), della legge delega n. 80/2003 differenziava la realtà del gruppo nazionale da quella del gruppo internazionale prevedendo per questo secondo la conservazione del principio del valore normale (la distinzione, peraltro, sarebbe utilizzabile a riprova tramite un'interpretazione quasi autentica del legislatore dell'inapplicabilità del criterio del valore normale alle operazioni fra società di un gruppo nazionale) in luogo del valore di libro e del valore fiscale la cui continuità condiziona la neutralità dello scambio infragruppo nel consolidato nazionale; evidentemente, però, laddove la percentuale di partecipazione fosse diversa la menzionata limitazione non opererebbe.

procede, quindi, al calcolo del reddito imponibile di ciascuna controllata estera solo a seguito dell'avvenuta revisione del bilancio (art. 134, co. 1) ⁽⁸⁰⁾.

L'efficacia dell'opzione ad una revisione del bilancio dell'ente controllante, delle controllate residenti e della controllata non residente (ovvero di tutti i membri del gruppo) (art. 132, co. 2, lett. c), del Tuir) per tutti i bilanci approvati nel corso della vigenza dell'opzione ⁽⁸¹⁾.

Ulteriore condizione posta è l'ottenimento di una positiva risposta ad un'istanza di interpello che l'ente controllante dovrà presentare ai sensi della procedura di cui all'art. 11 della l. n. 212/2000 (il c.d. Statuto del contri-

La diversità potrebbe rispondere ad esigenze antielusive laddove la cessionaria potesse assoggettare ad imposizione agevolata o nulla la plusvalenza latente derivante dalla cessione a valore di libro; l'imputazione alla controllante dei flussi reddituali della controllata che abbia ceduto beni a valori inferiori a quello normale dovrebbe, comunque, minimizzare il rischio di perdita di gettito: a riguardo si vedano, tra gli altri, BERGAMI-D. STEVANATO, *Il consolidato internazionale ed il transfer pricing*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 437 ss. e p. 447 ss. ove approfondimenti sugli effetti del consolidamento rispetto alle operazioni fra controllate estere cui si aggiungano le osservazioni di R. Lupi a p. 453 ss.

⁽⁸⁰⁾ A seguito dell'opzione l'ente capogruppo dovrà includere i redditi delle società controllate non residenti proporzionalmente nella propria base imponibile ed indipendentemente dalla distribuzione (art. 130, co. 1) escludendo dall'imponibile i dividendi distribuiti infragruppo (art. 134, co. 1, lett. a), gli utili e delle perdite di cambio relativi a finanziamenti attivi e passivi superiori ai diciotto mesi stipulati fra società appartenenti all'area del consolidamento; i redditi prodotti dalla controllata eccedenti la citata proporzione saranno tassati nel paese di residenza della controllata estera. La proporzionalità potrebbe rivelarsi penalizzante sul fronte della deducibilità delle perdite della controllata dal momento che queste saranno limitate alla percentuale di partecipazione di controllo e non nella misura piena come nel consolidato nazionale; la stessa, peraltro, comporterà per le componenti positive eccedenti la misura di cui alla proporzione, l'imponibilità nello Stato estero di residenza della controllata.

⁽⁸¹⁾ La revisione si deve intendere come positiva certificazione da parte del soggetto abilitato della presenza nei singoli bilanci di regole minime di redazione e valutazione nonché della correttezza delle singole situazioni economico, patrimoniali e finanziarie. Più ampiamente in M. BEGHIN, *La revisione del bilancio nella disciplina del « consolidato mondiale »: profili funzionali e aspetti problematici della bozza di testo unico predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, p. 579 ss.; IDEM *La revisione del bilancio e l'imposizione sui gruppi multinazionali*, in *Corr. trib.*, 2003, p. 2787 ss.

Si evidenzia, a riguardo, come l'avvenuta revisione introduce un elemento di certezza di taluni profili dell'imponibile e dell'imposta « di gruppo » dall'evidente novità nonché problematicità rispetto alle prove cui tradizionalmente si ispira la disciplina dell'accertamento. Sulla preoccupazione dell'impatto SACCHETTO, *L'Italia verso una riforma fiscale radicale: gli aspetti internazionali*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2002, p. 352 ss.; più in generale sulla condizione vedi M. BEGHIN, *La revisione del bilancio*, cit., p. 591 ss. e IDEM, *Note minime a proposito dell'interpello « obbligatorio » nella disciplina del c.d. consolidato mondiale*, in *Boll. trib.*, 2003, p. 1285 ss.

buente) nel primo periodo di imposta di applicazione del consolidato al fine di ottenere dall'ente interpellato l'accertamento della sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'esercizio dell'opzione nonché dell'eventuale esclusione di alcune società controllate estere di dimensioni non rilevanti.

Più in generale si può evidenziare come le menzionate differenze con il consolidato c.d.nazionale possano indurre a dubitare della legittimità della diversità e non proporzionalità fra lo strumento normativo, i suoi effetti e le finalità di accertamento e controllo ⁽⁸²⁾.

6.3. - *Le modifiche apportate alla disciplina del consolidato fiscale dalla l. n. 244/2007 (eliminazione delle rettifiche di consolidamento, della neutralità dei trasferimenti infragruppo).*

Con efficacia per il periodo di imposta 2008 la legge 24 dicembre 2007, n. 244, è intervenuta con rilevanti modifiche sul regime del consolidato fiscale introducendo una regolamentazione applicabile a partire dal periodo di imposta 2008 che risente, peraltro, di altri interventi legislativi in materia di fiscalità di impresa.

Le novità attengono, da un lato ed in via diretta, alle rettifiche di consolidamento e, dall'altro ed in via consequenziale, ad una specifica disciplina delle eccedenze di interessi passivi divenute indeducibili a seguito delle modifiche che hanno interessato l'art. 96 del Tuir e del riferimento al r.o.l.; si aggiunge la possibilità dell'applicazione di un'imposta sostitutiva per il riallineamento dei valori di cui all'art. 128 del Tuir.

a) L'art. 1, co. 33, della legge n. 244/2007 ha sostituito l'art. 122 del Tuir che, in precedenza disciplinava le rettifiche di consolidamento in base alle quali l'ente controllante doveva rettificare la somma algebrica dei redditi complessivi dei soggetti consolidati con riguardo alla circolazione infragrup-

⁽⁸²⁾ Cfr. G. MAISTO, *Profili internazionalistici dell'imposizione delle imprese nella delega per la riforma tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, p. 744 ss. e A. DI PIETRO, *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti ed i principi comunitari*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 601 ss.; sul punto, si pensi alle disposizioni che prevedono la revisione obbligatoria del bilancio della controllante residente e delle società estere, l'imputazione solo proporzionale delle perdite al mantenimento del valore normale nelle operazioni infragruppo tra società incluse nel consolidato mondiale, la condizione che gli oneri finanziari confluiscono in un reddito imponibile per la deducibilità di interessi da finanziamenti quando il rapporto tra finanziamenti e patrimonio netto ecceda una certa soglia.

Più in generale si vedano anche G. GAFFURI, *Il consolidato fiscale mondiale*, in AA.VV., *L'Ires due anni dopo. Considerazioni critiche e proposte*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2005, p. 209 ss.

po dei dividendi distribuiti dalle società controllate, ai finanziamenti infragruppo assoggettati al *pro rata* patrimoniale di indeducibilità degli interessi passivi ed al trasferimento di beni infragruppo godendo del regime di neutralità di cui all'art. 123 del Tuir.

In base alla nuova disciplina l'ente controllante deve calcolare il reddito complessivo facendo riferimento alla mera somma algebrica dei redditi complessivi netti dichiarati da ciascuna società consolidata.

Di conseguenza si avrà l'integrale detassazione dei dividendi: tale effetto – che, peraltro, in ragione della sua novità potrebbe pregiudicare retroattivamente l'interesse a scelte con valenza triennale effettuate nella convinzione della stabilità del regime fiscale –, in una ricostruzione sistematica della soggettività tributaria in sede di consolidamento fiscale avrebbe il significato di attenuare se non negare la ricostruzione della titolarità del reddito consolidato in capo all'ente controllante e, di converso, di recuperare maggiore rilevanza soggettiva in capo alle società controllate che vadano a distribuire i dividendi ⁽⁸³⁾.

L'eliminazione delle rettifiche di consolidamento sarebbe coerente alla menzionata eliminazione del regime di limitazione della deducibilità degli interessi passivi e del regime di neutralità dei trasferimenti infragruppo.

b) In ordine agli interessi passivi, il novellato art. 96, co. 7, del Tuir introduce, sostanzialmente, una nuova rettifica di consolidamento ammettendo che l'eccedenza che si possa generare in capo ad una società consolidata possa essere utilizzata per ridurre l'omonibile consolidato a condizione che una o più degli altri enti consolidati presenti un risultato operativo lordo (ROL) non integralmente già utilizzato per compensare interessi passivi ⁽⁸⁴⁾.

Qualora le singole eccedenze non siano utilizzate in sede di consolidamento, si deve ritenere che le stesse debbano essere conservate in capo alla società che le ha generate e debbano essere riportate in avanti nel periodo di imposta successivo. Resta fermo che eventuali misure economiche a favore del soggetto che ceda ai fini del consolidamento l'eccedenza di interessi passivi deducibili potranno essere previste in sede di accordi di consolidamento e l'eventuale remunerazione dovrebbe essere fiscalmente irrilevante ai sensi dell'art. 118 del Tuir.

I vantaggi che, quindi, sembrano conseguire alla novellata disciplina si li-

⁽⁸³⁾ Cfr. MICHELUTTI, *Modifiche alla disciplina del consolidato fiscale nazionale*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 278 ss.

⁽⁸⁴⁾ Vedi sul punto MICHELUTTI, *Modifiche alla disciplina del consolidato fiscale nazionale*, cit., p. 280.

mitano ai possibili minori versamenti conseguenti alla somma algebrica, all'uso sia delle perdite derivanti dal consolidato per compensare eventuali imposte accertate singolarmente che di eccedenze di interessi passivi deducibili.

c) La novella legislativa ha modificato l'art. 96 del Tuir prevedendo un'inclusione virtuale delle società estere nel consolidato fiscale nazionale ove le stesse abbiano i requisiti fissati dagli artt. 117 e 120 del Tuir al fine di evitare discriminazioni ingiustificate nei confronti di *holding* che controllando società estere non potrebbero optare per il consolidato nazionale⁽⁸⁵⁾.

d) Infine, il co. 49 dell'art. 1 della l. n. 244 prevede un'imposizione sostitutiva del 6% per riallineare i valori evitando, così, di effettuare variazioni in aumento del reddito imonibile delle società consolidate⁽⁸⁶⁾.

6.4. - *Segue. La disciplina fiscale dei « distretti produttivi ».*

La proiezione del tipo s.r.l. verso il mondo della piccola e media impresa induce a menzionare la possibile collocazione di tale società all'interno dei c.d. distretti produttivi di cui all'art. 1, co. 366 ss., della l. 23 dicembre 2005, n. 266, e, quindi, il regime fiscale applicabile all'« entità » di cui la s.r.l. andrebbe a far parte⁽⁸⁷⁾.

I distretti produttivi, definiti dal legislatore quali « libere aggregazioni di imprese », sono destinatari di particolari norme (anche) fiscali: di una tassazione c.d. di distretto o distrettuale riconducibile, per rinvio, a quella del consolidato fiscale *ex* artt. 117 ss. del Tuir⁽⁸⁸⁾; di una tassazione c.d. unitaria e, contestualmente, l'autonoma soggettività tributaria Ires del « distretto »

⁽⁸⁵⁾ Vedi ancora MICHELUCCI, *Modifiche alla disciplina del consolidato fiscale nazionale*, cit., p. 281 ss. per le problematiche interpretative attinenti all'inclusione generalizzata o solo discrezionale delle partecipate ed alla rilevanza o meno degli interessi passivi delle società estere.

⁽⁸⁶⁾ Più ampiamente MICHELUCCI, *Modifiche alla disciplina del consolidato fiscale nazionale*, cit., p. 284.

⁽⁸⁷⁾ Già sotto questo aspetto è tangibile la diversità con quanto disposto dalla l. n. 317/1991 la quale disciplinava i c.d. distretti industriali di piccole imprese e consorzi di sviluppo industriale (art. 36) senza attribuire loro autonomia soggettiva ma definendoli solo come aree territoriali caratterizzate da un'elevata concentrazione di « piccole imprese » come individuate dall'art. 1 della stessa legge; per un'introduzione anche per i profili economici vedi P. ROSSI, *Prime considerazioni sulle disposizioni fiscali, amministrative e finanziarie riservate ai distretti produttivi*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, I, p. 319 ss.; M. BEGHIN, *Prime considerazioni intorno alla disciplina fiscale dei « distretti produttivi »*, *ivi*, I, p. 157 ss.

⁽⁸⁸⁾ Art. 1, co. 368, lett. a) nn. 1) e 2) cit.

ex art. 73, co. 1, del Tuir ⁽⁸⁹⁾; della possibilità di una determinazione concordata preventiva di durata almeno triennale ⁽⁹⁰⁾.

a) In seno alla menzionata disciplina, il « distretto », a seconda dei casi, assume autonoma soggettività tributaria rispetto alle società che ad esso appartengono oppure condivide la « non autonomia soggettiva » del gruppo di cui al consolidato fiscale nazionale.

Mentre il co. 366 definisce i distretti produttivi quali « libere aggregazioni di imprese articolate sul piano territoriale e sul piano funzionale » ⁽⁹¹⁾, il successivo co. 368 qualifica il fenomeno del « distretto » come privo di unitaria rilevanza soggettiva nel caso della c.d. tassazione di distretto in ragione del rinvio a quella già nota del consolidato fiscale nazionale di cui agli artt. 117 ss. del Tuir e, di converso, soggetto autonomo dalle società ad esso appartenenti nella c.d. tassazione unitaria ⁽⁹²⁾ e ai fini del concordato preventivo triennale ⁽⁹³⁾.

Premesso che la disciplina legislativa delega ad un decreto interministeriale la definizione delle caratteristiche e delle modalità di individuazione dei distretti produttivi il rinvio operato al consolidato fiscale, da un lato, richiama una disciplina già nota, dall'altro, però, non sempre rende chiari tutti gli aspetti della tassazione c.d. di distretto e della tassazione c.d. unitaria, ciò anche in ragione del diverso elemento caratterizzante, nel consolidato fiscale un particolare rapporto associativo di partecipazione mentre nel distretto la localizzazione territoriale e l'integrazione economica ⁽⁹⁴⁾.

a1) Nella c.d. tassazione di distretto il modello legislativo riproduce, arricchendolo nel perimetro ⁽⁹⁵⁾ e nella gamma di imposte consolidabili ⁽⁹⁶⁾,

⁽⁸⁹⁾ Art. 1, co. 368, lett. a) n. 3), cit.

⁽⁹⁰⁾ Art. 1, co. 368, lett. a) n. 6) cit.

⁽⁹¹⁾ Con « l'obiettivo di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, di migliorare l'efficienza nell'organizzazione e nella produzione, secondo principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale, anche individuano modalità di collaborazione con le associazioni imprenditoriali » (art. 1, co. 366 della l. n. 266/2005).

⁽⁹²⁾ Così letteralmente si esprimono rispettivamente il n. 1 ed il n. 3 della lett. a) del co. 368 cit.

⁽⁹³⁾ Ovvero della possibilità di concordare con l'Agenzia delle Entrate con effetto vincolante il volume di imposte dirette da versare (co. 368, lett. a) nn. 6 e 11).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. M. BEGHIN, *Prime considerazioni sul regime di tassazione dei « distretti produttivi »*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 346 ss.

⁽⁹⁵⁾ Non più caratterizzato da una bilateralità nel rapporto ma da una multilateralità sganciata da rapporti di controllo.

⁽⁹⁶⁾ Sono, infatti, compresi oltre alle imposte sul reddito anche « tributi, contributi ed alte somme dovute agli enti locali » (co. 368, lett. a) n. 5).

quello del bilancio consolidato fiscale ⁽⁹⁷⁾ di cui ribadisce la natura opzionale previa volontà delle imprese aderenti.

a2) Nella c.d. tassazione unitaria, la soggettività tributaria del distretto ai fini Ires, in punto di qualificazione soggettiva, non dovrebbe destare particolare scalpore ove ricondotta a soggetti commerciali già tipizzati come i consorzi a rilevanza esterna (o le società consortili) ⁽⁹⁸⁾ mentre sarebbe, senza dubbio, più eclatante se il fenomeno venisse configurato nelle « altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi nei confronti dei quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario ed autonomo » ⁽⁹⁹⁾ di cui fa menzione lo stesso art. 73 del Tuir nell'individuare i soggetti passivi Ires; non trascurabile ai fini della natura consortile, è la prescrizione legislativa che impone al distretto, ove soggetto autonomo, di provvedere alla ripartizione del carico tributario sulla base di criteri di trasparenza e parità di trattamento e di principi di mutualità ⁽¹⁰⁰⁾.

Pertanto, sebbene schematiche, le disposizioni contenute nei diversi numeri della lett. a) del co. 368 dell'art. 1 della l. n. 266/2005 sembrerebbero configurare una pluralità di scelte: quella minimale in cui il distretto non ha soggettività ed il regime di consolidamento *ex art. 117 Tuir* avviene in conseguenza dell'opzione delle sole società appartenenti al distretto: ciò, peraltro, contrasterebbe con l'enunciato in base al quale il distretto è, in ogni caso una libera aggregazione di imprese; quella più evoluta in cui il distretto in quanto tale emerge quale soggetto di un regime opzionale di determinazione, in grado, in ogni caso, di provvedere ad un concordato preventivo triennale indipendentemente dalla volontà delle singole imprese, comunque, destinatarie degli effetti, di optare per la tassazione metaindividuale ⁽¹⁰¹⁾ e che decide *super partes* sulla ripartizione interna del carico fiscale.

Con specifico riguardo al riparto, premesso che tale suddivisione fra il distretto e le diverse imprese, peraltro facoltativa ed affatto necessaria, appa-

⁽⁹⁷⁾ E, in particolare, la possibilità di distribuzione di ricchezza e di trasferimento di cepti infragruppo in regime di neutralità fiscale.

⁽⁹⁸⁾ La loro espressa menzione è nell'art. 73, co. 2 del Tuir esplicativo della lettera b) del precedente co. 1.

⁽⁹⁹⁾ Così l'ultimo periodo del sopra citato co. 2 dell'art. 73.

⁽¹⁰⁰⁾ Art. 1, co. 368, lett. a) nn. 7) e 14) cit.

⁽¹⁰¹⁾ Condivisibili le critiche mosse sul punto da DAMIANI, *Profili istituzionali e fiscali dei distretti produttivi*, in *Corr. trib.*, 206, p. 508 in ordine all'automatismo di effetti non del tutto lineare dal punto di vista sia civilistico che fiscale, sotto il profilo della capacità contribuiva; resta, comunque, apprezzabile la scelta di valorizzare una dimensione oggettivistica e metaindividuale della capacità contributiva al punto da creare, a certe condizioni, un soggetto passivo di imposta autonomo da quello identificabile nelle imprese aderenti al distretto.

re configurabile nella sola ipotesi in cui il distretto assume autonoma soggettività tributaria⁽¹⁰²⁾, non si tratta di una ripartizione che incide sull'entità delle imposte che devono essere versate ma sull'incidenza finale in capo alle imprese della variabile fiscale⁽¹⁰³⁾ derivante dall'imponibile riferibile al distretto quale insieme di imprese, incidenza che dovrebbe, in qualche modo, permettere di garantire il principio di mutualità tramite ripartizioni convenzionali non rigidamente proporzionali.

Per quanto possa a prima vista lasciare perplessi la mancata espressa disciplina della rivalsa del soggetto inciso per convenzione (i.e. l'impresa in capo alla quale il riparto opera) sul soggetto passivo (i.e. il distretto)⁽¹⁰⁴⁾, l'assenza sarebbe comprensibile ove la normativa fosse interpretata nel senso che la ripartizione non libererebbe l'originario debitore (cioè il distretto)⁽¹⁰⁵⁾ e che, quindi, gli effetti della ripartizione abbiano efficacia solo interprivatistica.

b) Con riguardo alla disciplina sostanziale, la tassazione di distretto è opzionale e può essere adottata anche non da tutte le imprese del medesimo.

Il rinvio al consolidato fiscale contiene alcune espresse puntualizzazioni come quella dell'irrilevanza della somme erogate in ragione dei c.d. vantaggi compensativi (i.e. vantaggi fiscali ricevuti o attribuiti) ottenibili in sede di tassazione di distretto o unitaria; restano, ovviamente, delle questioni aperte come quella relativa all'esclusione dall'ambito applicativo, almeno alla lettera della norma, delle imprese individuali e delle società di persone (i.e. degli imprenditori non soggetti passivi Ires), forse superabile in via sistematica per evitare irragionevoli discriminazioni⁽¹⁰⁶⁾ nonché per dar conto della fenomenologia economico-aziendale alla quale la disciplina giuridica tributaria si indirizza⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰²⁾ Il n. 7 del co. 368, infatti, la rimette al distretto presupponendone autonoma capacità decisionale.

⁽¹⁰³⁾ La norma che consente tale « riparto » convenzionale o, comunque, negoziale si rivela coerente a quelle disposizioni che non solo riconoscono possibilità di compensare svantaggi fiscali in sede di consolidato ma che riconoscono, ormai, la circolazione dell'obbligazione tributaria con rilevanza interna senza effetti liberatori (es. accollo del debito di imposta ex art. 8 l. n. 212/2000).

⁽¹⁰⁴⁾ Soprattutto se, come osserva M. BEGHIN, *Prime considerazioni sul regime di tassazione dei « distretti produttivi »*, cit., p. 349, si richiamano i criteri di trasparenza e parità di trattamento pur menzionati espressamente dal legislatore.

⁽¹⁰⁵⁾ In questo la conclusione sarebbe identica a quella che ha indotto il legislatore a ritenere non liberatorio l'accollo di imposte ex art. 8 l. n. 212/2000.

⁽¹⁰⁶⁾ Nel senso dell'estensione DAMIANI, *Profili istituzionali e fiscali dei distretti produttivi*, cit., p. 509.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. M. BEGHIN, *Prime considerazioni sul regime di tassazione dei « distretti produttivi »*, cit., p. 345.

Più in particolare, in ordine alla diretta applicabilità degli artt. 117 ss. alla tassazione c.d. di distretto – che, peraltro, non comprende l'imposta sul valore aggiunto per la quale viene conservata la singolarità delle imprese – nella quale il distretto non assumerebbe autonomia, si evidenziano lacune di disciplina al momento difficilmente colmabili e profili di indubbia criticità soprattutto in ragione del fatto che nella disciplina richiamata il legislatore ha espressamente presupposto il rapporto partecipativo di controllo.

Si dovrebbe, in particolare, espressamente individuare un'impresa che, *mutatis mutandis*, assolve al ruolo rivestito dall'ente controllante in sede di determinazione, dichiarazione, rettifiche infradistretto e versamento « di distretto » in virtù del rapporto di controllo: si potrebbe, allora, ipotizzare un meccanismo simile a quello che caratterizza le c.d. a.t.i. (associazioni temporanee di imprese) nel quale si individua una società capogruppo mandataria ⁽¹⁰⁸⁾.

Dall'altro, si dovrebbe confermare in capo a ciascuna impresa del distretto la persistenza non solo di tutti gli obblighi formali prodromici alla menzionata determinazione, liquidazione e versamento di distretto ma anche di una responsabilità diretta a titolo personale nel caso in cui il distretto non abbia autonomia soggettiva; ove, invece a questo sia riferibile una propria soggettività tributaria le singole società saranno coobbligate nei limiti in cui la maggiore imposta accertata derivi da un loro inadempimento mentre conserveranno una responsabilità esclusiva per le sanzioni relative ai singoli comportamenti omissivi o commissivi ⁽¹⁰⁹⁾.

Nella tassazione c.d. unitaria ed in quella concordata preventiva triennale, invece, il ruolo che nel consolidato spetta all'ente controllante verrebbe rivestito dal distretto in quanto tale e ciò potrebbe costituire una soluzione ove la normativa venisse meglio esplicitata.

6.5. - *La liquidazione Iva di gruppo.*

Il legislatore tributario ha apprezzato da tempo l'unitarietà economica delle diverse attività poste in essere dalle imprese di gruppo nella disciplina della liquidazione di un'imposta sul valore aggiunto liquidata su base complessiva in ragione delle singole posizioni creditorie e debitorie.

L'art. 73, ult. co., del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, prevede che, all'in-

⁽¹⁰⁸⁾ Egualmente P. Rossi, *op. cit.*, p. 13 ipotizza che una società del distretto assuma volontariamente le vesti che nel consolidato sono proprie dell'ente controllante.

⁽¹⁰⁹⁾ Così anche P. Rossi, *op. cit.*, p. 16.

terno di un perimetro di controllo peculiare ed affatto coincidente con quello civilistico ma definito in ragione del possesso di oltre la metà delle azioni o quote fin dall'inizio dell'anno solare precedente a quello della liquidazione congiunta ⁽¹¹⁰⁾, l'ente o società controllante presenti all'ufficio del proprio domicilio fiscale la dichiarazione della società controllata procedendo alla definizione di un'imposta nella misura risultante dalla somma fra le rispettive posizioni creditorie e debitorie delle società del gruppo.

Al pari di quanto accade nelle imposte sul reddito, la liquidazione riguarda solo rapporti di controllo di tipo orizzontale dal momento che una società non potrà concorrere a tale regime in qualità sia di controllante che di controllata ⁽¹¹¹⁾.

L'ente controllante dovrà sottoscrivere e presentare la dichiarazione della controllata così come indicare nella propria le risultanze complessive; ciò non toglie, però, la soggettività delle controllate in ordine alla singola liquidazione delle imposte *ex artt. 36 bis e 36 ter* del d.p.r. n. 600/1973.

Nell'art. 6 del d.m. 13 dicembre 1979 viene, quindi, disposto un regime di responsabilità solidale delle società controllate tale che queste siano coinvolte nel caso in cui l'ente o società controllante non abbia versato le imposte risultanti dalle liquidazioni.

Tale liquidazione congiunta, al pari di quanto accade nel consolidato fiscale, non esprime alcuna soggettivizzazione del gruppo dal punto di vista giuridico ma solo la possibilità, previo esercizio di un'opzione, di attribuire al fenomeno valenza economica unitaria.

Ai fini del controllo e dell'accertamento le singole società controllate, seppur in un regime di solidarietà con l'ente controllante, conservano la loro autonomia quale coobbligate solidali limitate dal momento che il loro concorso, ai sensi dell'art. 6, co. 2, del citato decreto, è limitato alle risultante delle proprie dichiarazioni; di converso, la società controllante dovrebbe rispondere illimitatamente quale obbligato principale.

In ordine alla competenza degli uffici, quello nella cui circoscrizione ha il domicilio fiscale l'ente controllante sarà deputato al controllo della singola dichiarazione dell'ente, della sussistenza del requisito del controllo e dell'esattezza dell'imposta di gruppo liquidata dal punto di vista sia dell'impor-

⁽¹¹⁰⁾ Più in particolare, sono escluse le società di persone commerciali nonché gli imprenditori individuali e non vengono considerate le azioni o quote prive del diritto di voto; sul concetto, tra gli altri, FAVA, *Liquidazione Iva di gruppo e società neocostituite*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 85 ss. ma anche V. FICARI, *Liquidazione congiunta dell'Iva ex art. 73 DPR 633 e rilevanza tributaria del gruppo di società*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, p. 151 ss.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. art. 2 del d.m. 13 dicembre 1979.

to che della tempestività del versamento nonché delle relative sanzioni; come puntualizzato dall'art. 6 del decreto, l'ufficio, invece, individuato in base al domicilio della controllata procederà al controllo dei dati che, singolarmente, sono confluiti, incrementandolo o diminuendolo, nell'imposta di gruppo.

Né la normazione primaria né quella regolamentare escludono espressamente dall'area di controllo e, quindi, di liquidazione congiunta, le società non residenti con rappresentante fiscale in Italia; un'eventuale esclusione potrebbe, solo, fondarsi sull'estraneità del soggetto estero alle tipologie societarie e non conosciute nell'ordinamento italiano sebbene, più in generale, anche in questo caso e ancor di più qualora il tipo sia noto, la libertà di stabilimento e di circolazione, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, non possa essere pregiudicata da discriminazioni sia palesi che indirette⁽¹¹²⁾ non rivelandosi decisiva, sebbene, significativa la presenza di una stabile organizzazione in Italia.

A partire dal periodo di imposta 2008, in base alle modifiche apportate all'art. 73 del d.p.r. n. 633/1972, la liquidazione non potrà riguardare posizioni creditore e debitorie antecedenti all'adesione dell'ente alla procedura liquidativa di gruppo.

⁽¹¹²⁾ Sul punto in senso critico tra gli altri vedi V. FICARI, *La non discriminazione nella liquidazione Iva di gruppo comunitario*, in *Corr. trib.*, 2003, p. 788 ss.

CAPITOLO II

IL FINANZIAMENTO DELLA SOCIETÀ: CONFERIMENTI, INDEBITAMENTO ED ALTRI « STRUMENTI »

SOMMARIO: 1. I conferimenti. La natura del conferimento (onerosità, effetti non traslativi/corrispettivi ma sostitutivi, funzione (ri)organizzativa) e la continuità dei valori fiscali fra beni di « primo » e di « secondo » grado quale condizione di neutralità. – 2. Il conferimento di azienda ... – 3. Segue. e di partecipazioni. – 4. Segue. Il conferimento di opere e servizi ed il regime fiscale del conferente/socio e della conferitaria/società. – 5. La valorizzazione oggettiva dei beni trasferiti. Il conferimento di qualsiasi « elemento » economicamente valutabile e di opere e servizi ed il conferimento non proporzionale. – 6. Le modifiche apportate alla disciplina dei conferimenti dalla l. n. 244/2007 e la generalizzazione del regime di neutralità fiscale del conferimento di azienda. – 7. Gli apporti diversi dai conferimenti « tipici ». – 8. Indebitamento e la deducibilità degli interessi passivi. La sottocapitalizzazione. – 9. Le modifiche apportate alla disciplina della deducibilità degli interessi passivi dalla l. n. 244/2007 (il R.o.l.; l'eliminazione del pro rata patrimoniale e delle regole in materia di sottocapitalizzazione). – 10. Lineamenti dell'imposizione indiretta sui conferimenti.

1. - *I conferimenti. La natura del conferimento (onerosità, effetti non traslativi/corrispettivi ma sostitutivi, funzione (ri)organizzativa) e la continuità dei valori fiscali fra beni di « primo » e di « secondo » grado quale condizione di neutralità.*

L'introduzione ad opera della disciplina civilistica della s.r.l. di forme di conferimento in società diverse da quelle tradizionali deve essere coordinata con l'assetto della disciplina fiscale dei conferimenti raggiunto dapprima con le modifiche apportate al Tuir 22 dicembre 1986, n. 917 dal d. lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 e, quindi, con la l. 28 dicembre 2007, n. 244 con decorrenza dal periodo di imposta 2008.

Il Tuir contiene regole generali e regole per « tipi » ed è disegnato da disposizioni fra loro eterogenee: alcune riferibili al conferimento nella sua genericità oppure circoscritte al solo profilo del valore di quanto conferito e di

quanto ricevuto ⁽¹⁾; altre più specificamente indirizzate ai componenti redditi originabili dal conferimento inteso quale cessione a titolo oneroso di beni relativi all'impresa ⁽²⁾ oppure a tipologie di conferimenti individuate in ragione del loro oggetto ⁽³⁾.

L'operazione di conferimento può essere osservata sotto molteplici angolature, peraltro comuni all'indagine giuscommercialistica del fenomeno. Queste sembrano offrire elementi utili a cogliere un loro regime di neutralità fiscale in una prospettiva sistematica e non meramente agevolativa ⁽⁴⁾ anche a fronte della fungibilità rispetto al conferimento di altri strumenti di finanziamento, della conseguente vicinanza via via più marcata della posizione del socio al mero investitore tale da ricondurre alla categoria dell'utile i proventi correlati alla partecipazione ai risultati economici dell'impresa e non solo quelli derivanti dalla gestione della medesima.

Da un lato, l'*onerosità* espressamente sancita dall'art. 9, co. 5 del Tuir. Questa disposizione equipara ai fini delle imposte sui redditi il conferimento ad una cessione a titolo *oneroso* e, quindi, ad un negozio giuridico idoneo a realizzare plusvalenze sui beni conferiti imponibili *ex artt.* 58 e 86 del Tuir in base ai quali le plusvalenze dei beni conferiti verrebbero assoggettate ad imposizione progressiva e proporzionale a seconda della natura del soggetto conferente (persona fisica o meno, imprenditore individuale, collettivo non societario e collettivo societario ⁽⁵⁾).

Dall'altro, la *valenza permutativo/sostitutiva* dell'operazione: la circostanza che all'avvenuto conferimento segua l'attribuzione al conferente di quote di partecipazione evidenzia, peraltro, un fenomeno nel quale l'interesse economico delle parti si soddisfa mediante una « sostituzione » a livello patrimoniale di beni « di primo grado » (denaro, beni in natura, opere e ser-

⁽¹⁾ Valore normale – art. 9 del Tuir.

⁽²⁾ Plusvalenze artt. 58 e 86 del Tuir; plusvalenze esenti – art. 87 del Tuir; minusvalenze – art. 101.

⁽³⁾ Azienda – artt. 58 e 175 del Tuir; partecipazioni e partecipazioni esenti – artt. 86, 87 e 175 del Tuir.

⁽⁴⁾ L'ipotesi è condivisa anche da R. ESPOSITO, *I conferimenti in natura. Contributo allo studio degli atti di riorganizzazione nel diritto tributario*, ed. provv., 2006, pp. 1 ss., 77 ss. e 216 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. A. FEDELE, in *Considerazioni generali sulla disciplina fiscale degli atti e delle vicende dell'impresa*, in AA.VV., *Il reddito di impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988, p. 782 ed in *Riorganizzazione delle attività produttive e imposizione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, p. 488 ss.; lo stesso Autore ribadisce la natura onerosa ma non corrispettiva e la neutralità strutturale del conferimento anche a seguito del d. lgs. n. 344/2004 in *La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 467 ss.

vizi) o « di secondo grado » (partecipazioni) con beni necessariamente « di secondo grado » (partecipazioni emesse dalla conferitaria): di qui un profilo anche *permutativo* del conferimento (natura) ⁽⁶⁾.

Per ciò il conferimento dovrebbe essere considerato (almeno ai fini fiscali) un atto non di realizzazione ma di (ri)organizzazione nel quale i beni conferiti non perdono la loro destinazione imprenditoriale ma vengono solo sostituiti dalle partecipazioni ricevute in una successione di « beni » di « grado » diverso ⁽⁷⁾.

Dall'altro, ancora, la valenza anche *funzionale e (ri)organizzativa*: con riguardo a quest'ultimo aspetto, si noti come in ragione del conferimento e della particolare natura del suo oggetto si massimizza l'efficienza della conferitaria nonché, in una logica di gruppo, si soddisfano esigenze anche di (ri)organizzazione dell'impresa a livello metaindividuale distribuendo nei singoli centri dell'articolazione imprenditoriale di gruppo le diverse « utilità » conferibili.

Nel conferimento il trasferimento del bene non appare solo strumentale alla causa del negozio così come accade per le operazioni societarie straordinarie (fusioni e scissioni) ⁽⁸⁾.

Un elemento che dovrebbe testimoniare l'apprezzamento da parte del legislatore per la valenza organizzativa ed affatto traslativo/corrispettiva del conferimento di azienda si individua nell'art. 176, co. 4 del Tuir ante modifi-

⁽⁶⁾ Cfr. già A. FANTOZZI, *Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze*, in *Riv. dir. fin.*, 1965, I, p. 473 ss. e G. FALSITTA, in *Appunti in tema di iscrizione di beni conferiti nel bilancio della conferitaria ovvero ...« quandoque bonus dormitat Homerus »*, in *Rass. trib.*, 1988, I, p. 987; quindi, tra gli altri, R. LUPI, *Conferimenti in natura senza regole tra salti di imposta e doppie imposizioni*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 1225 ss.; L. CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997, p. 47.

⁽⁷⁾ Sulla strutturale neutralità delle diverse operazioni societarie con valenza (ri)organizzativa nelle quali l'assetto, per quanto oneroso, ha funzione non traslativa sul mercato A. FEDELE, *Riorganizzazione*, cit., *passim* spec. 490 ss. L'aspetto viene colto, tra gli altri, anche da G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale diritto tributario. Parte speciale*, 2003, p. 428; P. BORIA, *Le operazioni straordinarie di impresa*, in A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, pp. 902 ss. e 909; G. FRANSONI, *Le operazioni straordinarie*, in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2002, p. 168; PORCARO, *Il conferimento in società tra neutralità e simmetria*, in AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa* (a cura di R. Lupi e D. Stevanato), Milano, Il Sole 24 Ore, 2002, p. 280; spunti a riguardo anche in V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, p. 107 ss.

⁽⁸⁾ Sulla contiguità del conferimento di azienda a tali operazioni R. ESPOSITO, *Profili sostanziali e funzionali dei conferimenti in natura. Analogie con le operazioni c.d. straordinarie ed esigenze di una disciplina comune*, in *Riv. dir. trib.*, 1997, I, p. 433 ss.

che apportate dalla l. n. 244/2007, il quale dispone che, a fronte della neutralità fiscale del conferimento di azienda, le partecipazioni in conseguenza ricevute nel bilancio della conferente debbano essere iscritte come immobilizzazioni finanziarie con continuità anche dell'anzianità di iscrizione. Si potrebbe, di contro, rilevare che la funzione riorganizzativa potrebbe rivelarsi attenuata alla luce del fatto che il legislatore, nel caso di specie, sarebbe attento al solo fatto della circolazione dell'azienda e non anche alla funzionalità in termini di riorganizzazione ⁽⁹⁾.

Ne risulta, pertanto, confermata, almeno nel quadro normativo vigente fino al periodo di imposta 2008 la natura non corrispettiva del conferimento; alla conclusione della corrispettività si giungerebbe, solo ipotizzando che il conferimento dia luogo ad una destinazione extraimprenditoriale ove essa (destinazione) venga apprezzata in termini soggettivi e non oggettivi ⁽¹⁰⁾.

Ampliando e razionalizzando l'ambito applicativo di disposizioni già presenti nell'ordinamento a seguito dell'esperienza della Riforma c.d. Visco ⁽¹¹⁾, l'art. 176 del Tuir sembra recepire una ricostruzione della neutralità fiscale dei conferimenti in chiave sistematica per quanto, almeno letteralmente, circoscritta al conferimento della sola azienda.

La continuità dei valori fiscalmente riconosciuti all'azienda conferita in quelli dei beni iscritti dalla società conferitaria e nelle partecipazioni ricevute dal soggetto conferente è apprezzata dal legislatore al fine di escludere o, quantomeno, rinviare la rilevanza dei plusvalori o minusvalori dei beni con-

⁽⁹⁾ Sul punto A. TURCHI, *I conferimenti di aziende e di partecipazioni*, in *TributImpresa*, 2005, n. 2.

⁽¹⁰⁾ Nel senso che la valenza reddituale del conferimento sia giustificata dal definitivo distacco di quanto conferito dalla sfera imprenditoriale del conferente M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, pp. 150 e 202 ss. il quale giustifica il prelievo in base al convincimento che l'«impresa» si debba identificare fiscalmente in ragione del soggetto e non del regime.

⁽¹¹⁾ In tale contesto normativo (d. lgs. n. 358/1997) – che richiama, con l'eccezione della permanenza di una stabile organizzazione, la disciplina dei conferimenti di aziende infracomunitari – l'inidoneità del conferimento a realizzare plusvalenze era circoscritta al solo conferimento in società di capitali di aziende purché possedute per un periodo inferiore a tre anni (art. 4) e a condizione del mantenimento in capo al conferitario degli originari valori fiscalmente riconosciuti; tale regola non era applicabile per i conferimenti di partecipazioni di controllo e per quelli di azienda in società di persone o imprese individuali per i quali si disponeva (art. 3) solo la coincidenza del valore delle partecipazioni ricevute a quello delle partecipazioni conferite o, se superiore, a quello attribuito alle stesse dalla conferitaria, ciò per ragioni di mera semplificazione nella determinazione della plus (o minus-) valenza; sulla disciplina del d. lgs. n. 358/1997 si rinvia per tutti a M. BEGHIN, *Le operazioni di riorganizzazione delle attività produttive*, cit., p. 376.

feriti e delle partecipazioni ricevute per il (solo) conferimento di azienda (art. 176 del Tuir).

L'emersione di materia imponibile viene condizionata, nella *ratio legis*, ad una diversità di valori fiscali fra un bene di « primo grado » (l'azienda) ed un bene di « secondo grado » (la partecipazione); si realizza, infatti, un plusvalore imponibile in ragione della sola asimmetria dei valori dell'oggetto del conferimento e della partecipazione ricevuta di modo che non si avrà realizzo qualora i valori siano simmetrici in ragione della scelta delle parti di conservare nelle rispettive sfere giuridiche i valori fiscali dei beni conferiti e attribuiti.

Peraltro, la non emersione di plusvalenze latenti a seguito della continuità dei valori fiscali di per sé non pregiudicherebbe l'interesse erariale all'acquisizione dell'imposta: il plusvalore non emerso a seguito della simmetrica valutazione sarebbe tassabile in occasione della cessione della partecipazione da parte del conferente o del bene conferito da parte del conferitario.

Se le conclusioni sopra accennate non sembrano condizionate dalla natura aziendale del bene conferito, l'art. 176 del Tuir potrebbe, allora, essere interpretato quale espressione di un principio (neutralità del conferimento con continuità dei valori fiscali) estensibile anche a conferimenti con oggetto diverso dall'azienda ovvero di partecipazioni; la regola, se generalizzata, si rivela coerente ai caratteri del conferimento come negozio privo di natura corrispettiva ⁽¹²⁾, avente, invece, funzione (ri)organizzativa dell'impresa.

Infine, si rammenta che l'art. 176, co. 3 del Tuir riconosce alla continuità dei valori fiscali l'idoneità a provare la natura funzionale/organizzativa dell'operazione di conferimento (ovvero le sue valide ragioni economiche) escludendo che l'operazione sia sindacabile *ex art. 37 bis* del d.p.r. n. 600/1973 qualora il bene conferito sia trasferito dalla società conferitaria con negozi non organizzativi ma traslativi, quando la partecipazione ricevuta sia ceduta beneficiando del regime dell'esonero totale di cui all'art. 87 del Tuir oppure la conferitaria sia « non operativa » non svolgendo, all'epoca del

⁽¹²⁾ Dal carattere corrispettivo ed affatto permutativo è il leasing azionario il quale, sempre afferente alla più ampia fenomenologia delle fattispecie di investimento in società è stato disconosciuto come causa di ammortamento dei beni ma, invece, qualificato come negozio strumentale all'acquisto della proprietà della partecipazione ed avente ad oggetto un bene non ammortizzabile di modo che il canone di leasing non sarà fiscalmente deducibile come, invece, i canoni per la locazione finanziaria di beni effettivamente ammortizzabili perché soggetti a logorio e obsolescenza; ciò anche in ragione del regime dell'operazione di acquisto diretto il cui costo non è ammortizzabile; pertanto, l'operazione fiscalmente rilevante sarà la finale (ma eventuale) cessione il cui valore sarà determinabile quantomeno nella somma dei canoni corrisposti e della rata finale di riscatto (cfr. Ris. Agenzia Entrate 10 maggio 2004, n. 69/E).

conferimento, un'effettiva attività di scambio, con evidente diversità dalla disciplina antecedente alla c.d. riforma Tremonti poiché l'imponibilità delle plusvalenze latenti viene conservata in capo al cessionario delle partecipazioni⁽¹³⁾.

Si pone, però, il problema di stabilire se tale insindacabilità che alla lettera varrebbe per i conferimenti effettuati con la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti *ex art.* 176 valga o meno anche per quelli effettuati a valori correnti ovvero contabili in quanto corrispondenti al valore dell'oggetto del conferimento o delle partecipazioni ricevute *ex art.* 175 del Tuir. La questione potrebbe essere risolta in due maniere alternative: o ritenendo estensibile la disposizione dell'*art.* 176 oppure accettando la diversità e, dunque, che i conferimenti *ex art.* 175 con successiva cessione siano sindacabili *ex art.* 37 *bis* sebbene in questo caso si potrebbe dubitare della ragionevolezza della discriminazione.

2. - *Il conferimento di azienda ...*

Il conferimento dell'azienda o di un ramo aziendale è regolato senza alcuna distinzione tipologica della società conferitaria nell'articolato quadro normativo rappresentato dagli *artt.* 17, 58, 86 e 175 e 176 del Tuir ante modifiche apportate dalla l. n. 244/2007, conservando per il conferente (imprenditore o non imprenditore) la possibilità di optare per la tassazione separata delle plusvalenze comprese l'avviamento derivanti dalla cessione a titolo oneroso di aziende possedute da più di cinque anni (*art.* 17, co. 1 e 58, co. 1 del Tuir); per il solo conferente imprenditore si evidenzia una disciplina articolata⁽¹⁴⁾ che, comunque, si dovrebbe coordinare, nella sua logica e funzione, a quella della cessione delle partecipazioni di cui alla c.d. *participation exemption*.

Per i conferenti imprenditori societari si individuano ipotesi di tassabilità e condizioni di mancata emersione di imponibile e di neutralità nel trasferimento dell'azienda.

a) L'*art.* 86, co. 2 del Tuir prevede la tassazione delle plusvalenze aziendali compreso il valore dell'avviamento.

⁽¹³⁾ Cfr. M. BEGHIN, *Le operazioni di riorganizzazione delle attività produttive*, in AA.VV., *Commento agli interventi di riforma tributaria* (a cura di M. Miccinesi), Padova, 1999, p. 335.

⁽¹⁴⁾ Nella vigenza della disciplina fissata dal d. lgs. n. 358/1997, invece, la scelta era stata quella di un'imposta sostituiva senza alcuna distinzione in base all'oggetto del conferimento ed al mezzo giuridico di circolazione dell'azienda.

L'art. 175, co. 1 dispone che se il conferimento di azienda è effettuato a favore di un altro soggetto imprenditore anche non residente (purché in quest'ultimo caso l'azienda si trovi in Italia) il valore di realizzo è rappresentato da quello attribuito alle partecipazioni ricevute nelle scritture contabili del conferente o, se superiore, a quello attribuito nelle proprie scritture contabili dal conferitario all'azienda ricevuta in base, quindi, a scelte convenzionali delle parti che potranno divergere nel *quantum* dal valore normale fissato dall'art. 9 del Tuir.

Ai sensi del co. 2 dell'art. 175 il criterio del valore normale *ex art. 9* e non contabile si applica laddove il conferimento abbia ad oggetto partecipazioni sì di controllo o collegamento ma prive dei requisiti per la c.d. *participation exemption*.

b) L'art. 176 del Tuir, richiamando quando già disposto dall'art. 58 del Tuir per il trasferimento dell'azienda per causa di morte o per atto gratuito, introduce un regime di neutralità fiscale del conferimento di azienda alla condizione che, se il conferitario è una società soggetta all'Ires, residente ed il conferente un imprenditore commerciale anche non societario ma, comunque, residente, il conferente assuma le partecipazioni ricevute all'ultimo valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda⁽¹⁵⁾ e che vi sia continuità dei valori fiscalmente riconosciuti dell'azienda in capo al conferitario.

La neutralità del conferimento di azienda, condizionata alla continuità dei valori fiscali, in quanto circoscritta ai soli conferitari società commerciali ed enti commerciali esclude le società di persone, gli imprenditori individuali nonché gli enti non commerciali che esercitano un'attività commerciale in via non principale: ciò causa una discriminazione nella circolazione di aziende sulla base della natura dell'oggetto dell'attività principale della cui ragionevolezza si può ben dubitare.

Con riguardo al conferimento in s.r.l. dell'unica azienda dell'imprenditore individuale nonché dell'impresa familiare in s.r.l.⁽¹⁶⁾ l'art. 176, co. 6 del

⁽¹⁵⁾ Il regime di neutralità sopra descritto comporta, quindi, l'emersione di una plusvalenza ai soli fini civilistici in quanto iscritta tramite imputazione nel conto economico nonché un maggior valore (quello conseguente al corrispettivo pagato) rilevante ai soli fini civilistici e superiore a quello fiscalmente riconosciuto inferiore in coerenza alla non imponibilità della plusvalenza.

T. DI TANNO, *Conferimenti proporzionali e non proporzionali. Profili fiscali*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 1672 evidenzia il condizionamento esercitato dalla disciplina fiscale sui valori civilistici dal momento che, seguendo tale comportamento, l'aumento del patrimonio netto della conferitaria sarà determinato in base ad un valore non di perizia ma, bensì, convenzionale che potrà divergere da quello civilistico.

⁽¹⁶⁾ E, dunque, ad una trasformazione c.d. impropria. Più in generale si veda P. PURI,

Tuir si preoccupa di riconoscere espressamente l'applicabilità dell'antecedente art. 175, ult. co., di modo che la plusvalenza sarebbe realizzata solo in caso di asimmetria tra il valore attribuito alla partecipazione ricevuta e quello dell'azienda conferita.

In base all'art. 175, ult. co. del Tuir l'eventuale cessione delle partecipazioni ricevute dal conferente imprenditore individuale darà luogo ad un reddito diverso⁽¹⁷⁾ con un costo fiscale della partecipazione eventualmente plusvalente individuato in quello attribuito dal conferente alle partecipazioni ricevute nelle proprie scritture contabili o, se superiore, in quello dell'azienda conferita; la tassazione delle plusvalenze aziendali latenti viene quindi, rinviata al momento del trasferimento della partecipazione il quale, diversamente da quanto accadeva nella vigenza del d. lgs. n. 358/1997, non è più considerato come « appartenente » al mondo dell'impresa anche quando la vendita avvenga nel triennio successivo al conferimento dell'unica azienda.

3. - *Segue. e di partecipazioni.*

Il conferimento di partecipazioni, al pari di quello di azienda, non presenta peculiarità in ragione della natura della conferitaria.

In quanto cessione a titolo oneroso di beni relativi all'impresa essa può realizzare plusvalenze imponibili eventualmente rateizzabili se qualificabili ai sensi dell'art. 86, co. 4 del Tuir.

Si applicherà il criterio fissato dall'art. 9, co. 2 del Tuir alla cui stregua si considera corrispettivo il valore normale dei beni (*alias* partecipazioni) conferiti(e); per i conferimenti delle sole partecipazioni di controllo o di collegamento definite dall'art. 2359 del c.c. tra imprenditori commerciali residenti in Italia il valore di realizzo, al pari di quanto previsto per il conferimento dell'azienda tra i medesimi soggetti, ai sensi dell'art. 175 del Tuir è individuato in quello attribuito alle partecipazioni ricevute o, se inferiore, a quello attribuito dal conferitario delle partecipazioni.

Il conferimento origina, quindi, plusvalenze imponibili salva la neutralità per talune partecipazioni ed in presenza di valori fiscali simmetrici.

La non imponibilità delle plusvalenze è disposta, inoltre, quando le partecipazioni trasferite abbiano i requisiti richiesti dall'art. 87 del Tuir per la

Considerazioni sui profili fiscali della « trasformazione » dell'impresa familiare in società, in *Rass. trib.*, 1999, p. 1407 nonché V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 128 ss.

⁽¹⁷⁾ E non più, come accadeva in precedenza, ad una componente di redditoimpresa se le plusvalenze dalla cessione fossero conseguite dopo un triennio dal conferimento.

c.d. *participation exemption* (*pex* ⁽¹⁸⁾) e la conferente l'azienda abbia i requisiti ivi richiesti relativi, ad esempio, all'effettività dello svolgimento di un'impresa commerciale che dovrebbe sussistere ininterrottamente dall'inizio del terzo periodo di imposta precedente il periodo di realizzo.

Per quanto riguarda l'effettività dell'impresa commerciale esercitata dalla partecipata le cui quote siano cedute dal conferente l'azienda, il requisito dovrebbe proseguire in ragione della continuità di posizioni tra conferente e conferitario di un'azienda di modo che un'eventuale conferitaria non operativa lo diverrebbe in ragione del conferimento di un'azienda con l'anzianità dell'effettività che deriva dalla conferente anche quando questa cedesse le partecipazioni; negare la continuità e, dunque, far decorrere l'anzianità dalla data del conferimento contrasterebbe con la circostanza che l'impresa partecipata godrebbe di un'azienda già posseduta da altri per assumere una (nuova) fisionomia operativa. Peraltro, se non vi fosse continuità nell'anzianità e, dunque, il periodo triennale decorrente dal conferimento non fosse utile ai fini della *pex* la partecipazione se ceduta potrebbe, in ipotesi, generale (non solo una plusvalenza imponibile ma anche e ciò che più importa ai fini elusivi) una minusvalenza deducibile perdita che sarebbe, invece, irrilevante nel regime *pex*.

Con riguardo al caso inverso del conferimento di un'azienda di una società sostanzialmente non operativa si può dubitare dell'esistenza e continuità del requisito dell'effettività dell'impresa: in assenza di una nozione generale di società senza impresa e di impresa solo apparente salvo nozioni settoriali ed a fronte di requisito dell'effettività che sembra presumibile quantomeno in via relativa in ragione della forma societaria adottata dovrebbe essere onere dell'ufficio dimostrare, in sede di disconoscimento dell'anzianità di possesso del requisito in esame, che la conferente l'azienda è, in realtà, una società senza impresa perché di mero godimento.

La natura sostitutiva del conferimento (anche) di azienda soprattutto se effettuato in continuità dei valori fiscali giustificerebbe una continuità dell'anzianità di possesso del bene conferito nella partecipazione; di ciò si avrebbe conferma nell'art. 176, co. 4 del Tuir.

Più in generale se, come pare, la non imponibilità in caso di conferimento di partecipazioni con le caratteristiche di cui alla disciplina della *pex* è coerente alla *ratio* di quest'ultima disciplina, una più generalizzata e, forse,

⁽¹⁸⁾ In assenza dei requisiti previsti il conferimento originerà, invece, una componente positiva di reddito con applicazione del criterio di determinazione del valore di realizzo non del primo comma dell'art. 175 (valore più alto fra quello delle partecipazioni ricevute e quello dell'azienda o delle partecipazioni conferite) ma dell'art. 9 del Tuir (valore normale).

sistematica neutralità potrebbe essere sostenuta richiamando in via interpretativa il ruolo decisivo nella neutralità del conferimento di azienda della continuità dei valori fiscali e della simmetria di valori fra beni conferiti e partecipazioni ricevute ⁽¹⁹⁾.

Si aggiunga che l'estensione del regime di neutralità alle condizioni di cui all'art. 176 del Tuir sarebbe coerente all'equiparazione fra conferimenti aziendali e di partecipazione che il legislatore delegante aveva, nelle intenzioni, voluto realizzare ⁽²⁰⁾.

Infine, la mancata generalizzazione della neutralità evidenzerebbe un'illegittima discriminazione alla luce dell'avvenuto riconoscimento di neutralità effettuato dall'art. 179 del Tuir ai conferimenti di partecipazioni infracomunitari ovvero tra soggetti entrambi residenti nella U.e. ma in Stati diversi di cui uno costituito dall'Italia ⁽²¹⁾.

4. - *Segue. Il conferimento di opere e servizi ed il regime fiscale del conferente/socio e della conferitaria/società.*

Ai sensi degli artt. 2342 e 2464 del c.c. le prestazioni di opera e servizi sono conferibili solo nelle società a responsabilità limitata e non in quelle per azioni ⁽²²⁾ previa previsione nell'atto costitutivo e, soprattutto, polizza di assicurazione o fideiussione bancaria che sollevi la conferitaria dal rischio di mancata esecuzione dell'opera o della prestazione.

⁽¹⁹⁾ Permettendo così, di superare l'obiezione che, così facendo, ad un conferimento di partecipazioni iscritte nell'attivo circolante potrebbe far seguito l'acquisizione di partecipazioni a loro volta non imponibili se cedute dal conferente alle condizioni di cui all'esenzione *ex* art. 87 del Tuir.

⁽²⁰⁾ Lo ricorda anche T. DI TANNO, *Conferimenti proporzionali e non proporzionali. Profili fiscali*, in *Rass. trib.*, 2004, pp. 1674 e 1676.

⁽²¹⁾ In particolare, infatti, l'art. 179, co. 4, nell'escludere la realizzazione di qualsiasi plusvalenza o minusvalenza su partecipazioni a condizione che le quote ricevute abbiano lo stesso valore di quelle conferite richiama le operazioni di cui al precedente art. 178 il quale alla lett. *e*) menziona i conferimenti di azioni o quote effettuati da ed in soggetti di cui alla precedente lett. *a*): enti commerciali residenti in Italia, da un lato, e, dall'altro, più genericamente, «soggetti residenti in altri Stati membri» e, quindi, anche imprenditori individuali ed enti non commerciali; il profilo discriminatorio atterrebbe, dunque, all'esclusione dal novero dei conferenti che possono realizzare conferimenti di partecipazioni neutrali degli imprenditori individuali e degli enti non commerciali residenti.

⁽²²⁾ Per le società per azioni il conferimenti di opere e servizi è ammesso dall'art. 2346, ult. co. del c.c. senza possibilità di aumento del capitale e nel solo caso in cui a tale apporto segua l'emissione di strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o amministrativi ma privi del diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti.

La conferibilità di opere e servizi pone una serie di questioni legate alla possibile sfasatura temporale tra la sottoscrizione del capitale e l'effettivo versamento ed alla novità dell'oggetto ed alla rilevanza o meno della continuità dei valori fra « beni » ricevuti e partecipazione assegnata nella prospettiva della neutralità di tale tipo di conferimento; il legislatore tributario delegato non le ha, al momento, risolte espressamente lasciando, forse, intendere che siano infondate o siano risolvibili già *de iure condito* in via interpretativa.

La prima questione è stabilire in quale momento il conferente sia assoggettabile al regime fiscale del socio considerando che la realizzazione dell'opera o servizio conferito potrebbe non essere contestuale alla sottoscrizione dell'incremento di capitale e all'attribuzione della quota di partecipazione e che l'adempimento della promessa di conferimento è, comunque, garantito dall'assicuratore o dal fideiussore.

L'insorgenza in uno od altro momento della natura di « socio », da un lato, giustificherebbe la qualificazione di quanto « erogato » dalla società conferitaria quale dividendo o remunerazione di un'opera o servizio alla stregua di un reddito di lavoro autonomo o di impresa a seconda della natura del conferente; dall'altro, condizionerebbe il regime fiscale dei costi inerenti all'opera o servizio conferiti prima ed apportati e del pagamento dell'opera o servizio quale costo per la conferitaria.

A) Enfatizzando l'effettività del capitale nella sua reale consistenza questo aumenterebbe solo se l'opera ed il servizio conferiti fossero effettivamente prestati alla stregua delle regole proprie del conferimento di beni in natura diversi dal denaro; in particolare, a favore di una ricostruzione che condizioni lo *status* di socio all'effettivo adempimento si può rilevare che:

a) l'opera o servizio per quanto entità economicamente valutabili ed iscrivibili in bilancio ⁽²³⁾ non assolvono ad alcuna utilità per la società se non nel momento in cui sono rese oppure quando il terzo assicuratore o garante non ha provveduto a liquidare ⁽²⁴⁾;

b) l'effetto sostitutivo/permutativo caratteristico dei conferimenti non potrebbe dispiegarsi qualora la società provvedesse all'attribuzione della quota in assenza dell'opera o la prestazione poiché all'incremento patrimoniale conseguente all'ipotetica assegnazione della quota non seguirebbe al-

⁽²³⁾ L'imputazione nell'attivo patrimoniale presupporrebbe, comunque, la valutabilità dell'opera o servizio; in caso contrario si è ipotizzato di rilevare l'apporto tra i conti d'ordine o la nota integrativa (così, tra gli altri, D. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 60).

⁽²⁴⁾ Cfr., per tutti e senza pretesa di esaustività, M. MIOLA, *Conferimenti in natura*, cit., p. 56 e nota 135 e p. 94 ove si distingue fra iscrivibilità e conferibilità.

cun decremento del conferente laddove inadempiente ⁽²⁵⁾ almeno fino a quando e se l'assicuratore o fideiussore non provveda in denaro.

Pertanto, in base a questa prima ipotesi l'effetto incrementativo del capitale e con esso quello reddituale per il conferente e per il conferitario si dispiegherebbero solo al momento e nella misura in cui l'oggetto del conferimento entri nella sfera giuridica della conferitaria o il terzo abbia corrisposto l'equivalente in denaro ⁽²⁶⁾.

La menzionata sfasatura, peraltro, richiederebbe che in attesa della realizzazione la promessa conferitaria evidenziasse un credito verso terzi pari al valore dell'opera o servizio da apportare e lo riduca ogniqualvolta vi sia anche una parziale realizzazione procedendo, contestualmente, ad un proporzionale aumento di capitale.

L'effetto reddituale si avrebbe, dunque, solo al momento e nella misura in cui l'opera o la prestazione siano realizzate seguendo il criterio di competenza o di cassa in base alla natura del soggetto conferente; non quando, anteriormente ad esso, il conferente nel proprio bilancio contrapponga al valore della partecipazione che dovrebbe ricevere un debito pari al suo conferimento e la conferitaria iscriva un credito: in questo momento, precedente al perfezionarsi del conferimento, vi saranno variazioni in diminuzione prima ed in aumento poi rispetto alle risultanze civilistiche ⁽²⁷⁾.

B) Una diversa conclusione si raggiunge laddove si ammetta come caratteristica innovativa della disciplina del finanziamento dell'impresa in forma di s.r.l. proprio la possibilità di aumentare il capitale in presenza non solo della sottoscrizione ma anche della mera promessa di conferimento di « utilità », resa certa nel suo effetto incrementativo dal ruolo della garanzia assicurativa e fideiussoria; se così fosse, il promittente conferente diventerebbe socio e potrebbe esercitare tutti i diritti patrimoniali e amministrativi a seguito della sottoscrizione « garantita ».

⁽²⁵⁾ Sulla conferibilità di quelle sole entità che si autonomizzano dal patrimonio del conferente tramite la fuoriuscita da questo e l'incremento in misura certa e definitiva del patrimonio del conferitario con piena disponibilità da parte di questo nella prospettiva dei beni in natura vedi M. MIOLA, *Conferimenti in natura*, cit., pp. 56 e 79 il quale esclude che siano entità conferibili le promesse di finanziamento a favore della società e ogni altra promessa del conferente a prestazioni di servizi, alla consegna di un bene o alla realizzazione di un'opera.

⁽²⁶⁾ Cfr. STANCATI, *Spunti di riflessione sui possibili effetti tributari dei conferimenti nelle s.r.l.*, in *Corr. Trib.*, 2003, p. 100 ss. nonché la postilla di R. LUPI, *È sufficiente estendere le regole sui conferimenti contenute nel D.Lgs. n. 358/1997*, *ivi*, p. 103.

⁽²⁷⁾ Cfr. per le diverse e progressive rilevazioni GIULIANI, *Conferimenti di opere e servizi in s.r.l. tra bilancio d'esercizio e imposizione sul reddito societario*, in *Il Fisco*, 2004, p. 4980 ss.

A favore di questa seconda ipotesi militano diversi argomenti.

a) Una ricostruzione della nozione di capitale sociale che apprezzi il valore non solo presente ma anche futuro/programmatico in ragione degli apporti che i soci effettuano o promettono di effettuare anche alla luce della garanzia, necessaria, da parte dell'assicurazione o del fideiussore, scindendo il valore del comportamento dall'esecuzione del comportamento valutato ⁽²⁸⁾.

b) La conseguente distinzione fra conferibilità ed iscrivibilità facendo discendere dalla prima i diritti sociali e dall'avvenuta opera o servizio (o dal pagamento dell'assicurazione o del fideiussore) l'incremento di capitale ⁽²⁹⁾.

c) Infine, il fatto che sia conferibile tutto quanto sia suscettibile di tendenziale oggettiva valutazione economica, di formare oggetto di un rapporto giuridico ed utile economicamente al conferitario ⁽³⁰⁾ e, quindi, anche un diritto ad ottenere una certa cosa o prestazione da un terzo anche quando questi sia socio *in fieri*.

La sfasatura sarebbe, dunque, fisiologica in ragione della derogabilità del principio di effettività del capitale sociale a condizione che siano presenti adeguati strumenti di tutela dei diversi interessi coinvolti ⁽³¹⁾.

L'effettività dell'incremento dal cui rispetto discende, sostanzialmente, l'emissione di quote di partecipazione che attribuiscono lo *status* di socio non sarebbe pregiudicata dal rischio della mancata esecuzione in ragione della garanzia obbligatoria.

Dopo aver esposto l'alternativa in punto di aumento del capitale ed acquisto dello *status* di socio è possibile verificare i riflessi di una od altra ipotesi con riguardo al valore reddituale della partecipazione ove assegnata prima dell'effettivo adempimento nonché alla disciplina dei costi sostenuti dall'assegnatario per la realizzazione dell'opera o del servizio.

A) Laddove lo *status* di socio sussista solo al momento in cui l'opera o il

⁽²⁸⁾ Cfr. G. FERRI jr, in *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, p. 391 ss.; tra gli altri, in senso adesivo se non erriamo, anche G. GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2003, I.

⁽²⁹⁾ Sul rapporto tra conferibilità a seguito di una idoneità ad essere economicamente valutabile ed iscrivibilità in bilancio in termini di autonomia e di non necessaria consequenzialità della seconda dalla prima per tutti M. MIOLA, *Conferimenti in natura*, cit., p. 50 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. MIOLA, *Conferimenti in natura*, cit., p. 35.

⁽³¹⁾ Peraltro, la non eseguibilità del conferimento impedirebbe, in ipotesi, l'attuazione della delibera di aumento solo nelle s.p.a. e non nelle s.r.l. per una diversa esigenza di tutela del socio che abbia già sottoscritto e versato alla luce del peculiare regime di circolazione delle azioni quali titoli di credito e non delle quote; sul punto tra gli altri G. GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale*, cit., pp. 790 ss. e 793 ss.

servizio siano realizzati, il promesso conferente sarebbe un semplice terzo che intrattiene con la società rapporti contrattuali.

Di conseguenza, la conferitaria dovrebbe iscrivere in bilancio un credito verso terzi per il valore delle prestazioni conferite ma non ancora eseguite e man mano che queste fossero ultimate ridurre tale credito deducendo un costo proporzionale al valore della prestazione ricevuta così come, al fine di evitare salti di imposta, ad un costo deducibile dovrebbe corrispondere l'imponibilità in capo alla conferente di quanto ricevuto fino al momento dell'incremento di capitale di modo che l'irrilevanza reddituale dell'aumento di capitale si accompagni a quella dell'iscrizione del valore della partecipazione nell'attivo del bilancio della conferente ⁽³²⁾.

Assumerebbe rilievo, a riguardo, la distinzione fra promittente socio già imprenditore societario e, invece, non imprenditore in una dimensione evidentemente corrispettiva/traslativa del fenomeno.

a) Nel caso di una previa natura societaria imprenditoriale, il valore della partecipazione nonché i costi inerenti l'opera o il servizio da apportare sarebbero per legge assoggettati al regime dell'impresa commerciale in virtù del principio di attrazione nel reddito di impresa di modo che la partecipazione assumerebbe la qualifica di ricavo in natura ed i costi di componenti negativi deducibili in quanto al primo inerenti.

b) Qualora il promettente fosse già lavoratore autonomo il valore della partecipazione, ove assegnata, sarebbe configurabile alla stregua di una remunerazione in natura dell'opera o servizio e, dunque, come lavoro autonomo così come i costi a questi inerenti sarebbero deducibili in base alla regole del lavoro autonomo ⁽³³⁾.

c) Laddove il promettente non fosse già neppure lavoratore autonomo abituale la partecipazione sarebbe equiparabile un reddito diverso ex 67, co. 1 del Tuir nelle vesti di reddito di lavoro autonomo occasionale (lett. l), primo periodo) oppure di remunerazione corrispettiva di un obbligo di fare (lett. l), ultimo periodo).

In tutte le alternative ipotizzate, i proventi ottenuti dal conferente saranno qualificabili al pari dei redditi che il conferente avrebbe prodotto se non avesse conferito quelle opere e quei servizi ma li avesse offerti sul mercato assimilando l'emissione delle quota ad un'operazione di scambio con la conseguente possibilità per il conferente di continuare a godere del regime di deducibilità dei costi inerenti.

⁽³²⁾ Cfr. STANCATI, *Spunti di riflessione*, cit., p. 101; R. LUPI, *È sufficiente estendere le regole sui conferimenti contenute nel D.Lgs. n. 358/1997*, in *Corr. trib.*, 2002, p. 102.

⁽³³⁾ Così A. FEDELE, *La nuova disciplina Ires*, cit., p. 469.

Parimenti, la partecipazione quale forma di remunerazione dovrebbe costituire per la beneficiaria (della promessa) dell'opera o del servizio un costo deducibile.

Qualora, poi, a seguito della mera sottoscrizione il promettente ricevesse dalla società non solo la partecipazione ma anche erogazioni corrispondenti ai dividendi distribuiti ai soci che abbiano conferito in modo tradizionale, quanto erogato fino al momento dell'avvenuta opera o prestazione potrebbe essere considerato o parte della remunerazione oppure un compenso a questa assimilabile alla stregua di quanto accade per i proventi dell'associazione in partecipazione o della cointeressenza con apporto di solo lavoro *ex art. 53, co. 2, lett. c) del Tuir*.

B) Nell'ipotesi in cui la qualifica di socio fosse attribuita per la semplice sottoscrizione garantita dalla polizza di assicurazione o dalla fideiussione emergerebbe una natura eccezionalmente corrispettiva ed obbligatoria dei conferimenti di opere e servizi.

Il valore della partecipazione assumerebbe rilievo non quale remunerazione ed il suo valore sarebbe legato a quello dei « beni » strumentali in quanto utili conferiti al solo fine di verificare l'applicazione o meno della norma sulla neutralità del conferimento di azienda.

Se l'aumento si realizzasse con la sottoscrizione verrebbe meno l'inerenza del costo in quanto relativo ad una prestazione effettuata in qualità non di terzo ma di socio così come per la conferitaria non vi sarebbe alcun costo deducibile e per il conferente alcuna componente positiva di reddito.

Se, come accennato, il conferimento nel suo genere assolve ad una funzione (ri)organizzativa ed il trasferimento di beni che esso origina non assume natura corrispettiva ma meramente onerosa/sostitutiva la peculiarità del conferimento di opera e servizi in una s.r.l. non dovrebbe escluderlo dall'applicazione del principio di neutralità fiscale laddove i valori fiscali iscritti dal conferente e dal conferitario siano simmetrici.

È, tuttavia, evidente che la novità della specie costringe a fissare delle regole che permettano, da un lato di rinviare l'imposizione di eventuali plusvalenze non iscritte ma latenti dei « beni » conferiti e, dall'altro, escludere la deducibilità del « valore » della partecipazione per il conferitario che riceva l'opera o il servizio e che la « remunererà » anche a fronte dell'iscrizione di un credito per il socio qualora l'opera o il servizio non venisse eseguito contestualmente alla sottoscrizione ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. R. LUPI, *E se fosse più conveniente la tassazione come « reddito finanziario »*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 598.

Si è, peraltro, ipotizzato che tale neutralità dovrebbe accompagnarsi all'iscrizione della partecipazione da parte del conferente « a costo zero » rinviando, quindi, l'imposizione delle plusvalenze al momento della cessione della partecipazione a terzi ⁽³⁵⁾.

Orbene, la simmetria di valori sottostante alla *ratio* di una possibile neutralità del conferimento anche di opera e servizi sembra, invece, operare non solo tra non imponibilità della plusvalenza latente relativa a quanto conferito e non deducibilità di quanto attribuito dal conferitario ma anche (e soprattutto) tra valori di beni di « grado » diverso.

Pertanto, se il valore di iscrizione della partecipazione ricevuta dal conferente fosse nullo di pari consistenza (e, quindi, nullo anch'esso) dovrebbe essere quello di iscrizione dei « beni » ricevuti.

Lo stesso art. 176 del Tuir, peraltro, richiede la continuità del valore dei beni aziendali conferiti in quelli della partecipazione ricevuta: ciò significa che, nel caso del conferimento di opera e servizi, occorrerà valorizzare i « beni » apportati secondo il criterio di cui all'art. 9, co. 2 del Tuir e, cioè, a valore normale.

Ad una simile neutralità potrebbe, allora, conseguire un'imposizione circoscritta all'erogazione del dividendo distribuibile già all'atto del conferimento qualora lo *status* di socio sorga alla sottoscrizione dell'aumento di capitale previa garanzia assicurativa o fideiussoria.

5. - *La valorizzazione oggettiva dei beni trasferiti. Il conferimento di qualsiasi « elemento » economicamente valutabile e di opere e servizi ed il conferimento non proporzionale.*

Le circostanze che il conferimento abbia natura non traslativa/corrispettiva ma funzionale/riorganizzativa e che il suo oggetto, alla luce della riforma del diritto societario, si sia ampliato a tutte quelle « entità » utili per lo svolgimento dell'impresa accomunano il diritto societario al diritto tributario nella necessità di individuare i valori dei beni (di primo e di secondo grado) conferiti e delle partecipazioni ricevute in base a criteri soggettivi od oggettivi a secondo che l'individuazione sia espressiva delle scelte dei privati oppure demandata ad un terzo o effettuata dal legislatore.

L'oggettivizzazione del valore, mentre ai fini civilistici sembra giustificata principalmente dall'esigenza, che appare, peraltro, attenuata soprattutto nel-

⁽³⁵⁾ In tal senso R. LUPI, *E se fosse più conveniente la tassazione come « reddito finanziario »*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 599.

le s.r.l., di garantire l'effettività del capitale sociale, nel diritto tributario dovrebbe permettere di accertare se all'assunta natura permutativa del conferimento consegua o meno un effetto reddituale e, in caso affermativo, se la libertà di valutazione rimessa alle parti in occasione del trasferimento dei beni relativi all'impresa « attribuiti » e « ricevuti » condizioni l'esistenza e l'entità di incrementi o decrementi patrimoniali a valenza reddituale ⁽³⁶⁾.

L'incontro o scontro tra valorizzazioni di natura soggettiva ed oggettiva si percepisce quando il valore del bene conferito è diverso da quello della partecipazione ricevuta e tale *plus* (o *minus*) valore resta allo stato latente non emergendo nella base imponibile ⁽³⁷⁾.

Il trasferimento dei beni a valori fiscali asimmetrici potrebbe causare un salto di imposta ogniqualevolta il beneficiario assuma un valore fiscale superiore a quello del suo dante causa o, in senso contrario, una doppia imposizione se il valore considerato imponibile non acquistasse, in ragione di ciò, un riconoscimento fiscale.

Il medesimo trasferimento potrebbe, peraltro, far presumere che le parti tramite un negozio non organizzatorio ma prettamente traslativo/corrispettivo destinato al mercato abbiano perseguito un intento (anche) realizzativo del maggior (o minor) valore dei beni di primo o di secondo grado trasferiti, valore che avrebbe così valenza reddituale ⁽³⁸⁾.

La possibile divergenza dei valori fiscali attribuiti dalle parti e la conseguente natura del conferimento meramente permutativa e sostitutiva senza effetti reddituali, nonostante un incremento o decremento latente del patrimonio, giustifica la tutela dell'interesse erariale di certezza *pro fisco* tramite l'oggettivizzazione del « corrispettivo » del conferimento e, dunque, la nor-

⁽³⁶⁾ Sulla rilevanza fondamentale del « valore » nell'imposizione del reddito derivante dal trasferimento dei beni relativi all'impresa per tutti A. FANTOZZI-R. LUPU, *Profili tributari, Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 9 **, 1993, p. 35 ss.

⁽³⁷⁾ Si pensi al plusvalore latente di cui godrebbe il conferente se a seguito del conferimento le partecipazioni ricevute avessero, di fatto un valore superiore a quello dei beni conferiti e, viceversa, se il valore del « bene » ricevuto fosse superiore a quello della partecipazione attribuita e, dunque, a quello del capitale assegnato con il riconoscimento per il conferitario di un maggior costo fiscale spendibile in sede di determinazione dell'eventuale plusvalenza (o minusvalenza) realizzabile a seguito della cessione del « bene » conferito dal patrimonio del conferitario.

⁽³⁸⁾ Cfr., tra gli altri, R. LUPU, da ultimo in *La specificazione legislativa del concetto di reddito, i riferimenti civilistici e le operazioni straordinarie*, in AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, a cura di R. Lupu e D. Stevanato, Milano, 2002, p. 98; L. CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, cit., p. 50 ss.; F. PAPA-RELLA, *Profili tributari delle operazioni societarie disciplinate dalla « legge Amato »*, Milano, 1993, p. 36 ss.

malizzazione dei valori di (bene di primo e di secondo grado) trasferiti (artt. 9, 175 del Tuir) ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Prima della l. n. 503/1994 il conferimento rappresentava un'ipotesi di realizzo di plusvalenze per il conferente laddove il valore normale dei beni conferiti quale corrispettivo superasse il valore fiscalmente riconosciuto dei medesimi rispetto al valore delle partecipazioni; per il conferitario ciò avrebbe comportato la possibilità di iscrivere quanto conferito ad un valore pari a quello normale di cui al corrispettivo senza alcun salto di imposta o doppia imposizione poiché il valore imponibile per un soggetto corrispondeva al valore deducibile per altro soggetto. Sulla valenza sistematica e non agevolativa di un regime nel quale i valori fiscali dei beni conferiti venivano conservati nella conferitaria anche in termini diversi da quelli civilistici A. FANTOZZI-R. LUPI, *Profili tributari, Trattato delle società per azioni*, cit., p. 163 e R. LUPI, *Neutralità dei conferimenti in natura e doppia imposizione*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, I, p. 614.

La l. n. 503/1994 eliminando per il conferimento nelle sole società non quotate il riferimento di cui all'art. 9 all'individuazione del corrispettivo nel valore normale di beni conferiti creò un vuoto normativo.

Tale lacuna sarebbe stata colmabile riconoscendo che se il legislatore, in tale occasione, aveva voluto abbandonare il criterio della valorizzazione in ragione di quanto conferito, si potesse verificare, ai fini della plusvalenza o minusvalenza da conferimento, quale fosse il valore attribuito alle partecipazioni ricevute (l'attenzione per il valore delle partecipazioni ricevute era stato già rimarcato da G. FALSITTA, *Appunti in tema di iscrizione*, cit. *passim*; nel senso, invece, dell'intassabilità del conferimento in società non quotate M. MICCINESI, *L'art. 9, comma 2 del Tuir e i conferimenti effettuati da soggetti non imprenditori*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 1234 ss.) utilizzando i criteri fissati nell'art. 9 ovvero il riferimento al patrimonio netto della conferitaria affatto corrispondente a quello venale (così R. LUPI, *Conferimenti in natura senza regole*, cit., p. 1231); in questo modo il conferimento avrebbe manifestato ricchezza imponibile qualora il conferente avesse iscritto le partecipazioni ricevute ad un valore superiore alla quota di patrimonio netto della conferitaria oppure il conferitario avesse proceduto ad un incremento del patrimonio netto superiore al valore delle partecipazioni così come iscritte dal conferente (sul punto, tra gli altri, F. PAPARELLA, *Riflessioni sulla nuova disciplina sostanziale della cessione di aziende (e di partecipazioni di controllo o di collegamento) e dello scambio di partecipazioni ai fini delle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, I, p. 405).

Nella vigenza dell'art. 4 del d. lgs. n. 358/1997 il conferimento di azienda godeva di un regime di doppia sospensione seppur solo tra enti commerciali; in particolare, il regime di irrilevanza delle plusvalenze e minusvalenze era condizionato, oltre che al possesso dell'azienda per un periodo non inferiore a tre anni, alla circostanza che per il conferente il valore fiscale delle partecipazioni ricevute fosse pari a quello dell'azienda conferita e che la conferitaria evidenziasse in un apposito prospetto di riconciliazione i valori di bilancio ed i valori fiscalmente riconosciuti.

Nella vigenza di tale regime (come osservano M. BEGHIN, *Le operazioni di riorganizzazione delle attività produttive*, cit., p. 391; D. STEVANATO, *Riorganizzazione di attività produttive: riflessioni sullo schema di decreto*, in *Corr. Trib.*, 1997, p. 2118) alla conferitaria era permesso di godere, in ipotesi, di valori fiscali maggiori di quelli civilistici con possibilità di ridurre l'imponibile in sede di ammortamento e svalutazioni fiscali senza che il conferente subisse alcun prelievo e con il conseguente rischio che l'operazione di conferimento fosse giustificata solo

All'indomani della riforma intervenuta con il d. lgs. n. 344/2003 si considera « corrispettivo conseguito il valore normale dei beni e dei crediti conferiti » (art. 9, co. 2 del Tuir) ⁽⁴⁰⁾ individuato, in alcuni casi, nel valore di mercato (art. 9, co. 3 e co. 4, lett. *a* e *c*) del Tuir) ed in un altro (quote di partecipazione in società non quotate) in quello in proporzione con il patrimonio netto o all'ammontare complessivo dei conferimenti (art. 9, co. 4, lett. *b*) del Tuir).

La regola di cui al secondo comma dell'art. 9 del Tuir intende raccordare il valore delle partecipazioni ricevute a quello dell'« oggetto » del conferimento al fine di evitare che vi sia un valore di iscrizione nella conferitaria superiore a quello delle partecipazioni; pertanto, laddove a seguito dell'apporto il conferente sia assegnatario non di quote di partecipazione ma solo di strumenti finanziari partecipativi che non determinano alcun incremento del capitale il criterio di cui al secondo comma non sarebbe applicato.

In ordine alla normalizzazione del valore dell'oggetto del conferimento nel caso dei soli conferimenti in società quotate nonché dei conferimenti proporzionali il valore (corrispettivo) non potrà in nessun caso essere inferiore a quello fissato dall'art. 9, co. 4, lett. *a*) nella media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese o, se di nuova costituzione, all'ammontare complessivo dei conferimenti, valori questi affatto condizionati da pattuizioni soggettive; a tale valore si dovrà iscrivere la partecipazione ricevuta.

Qualora, invece, il conferimento non sia proporzionale tale parametro non dovrebbe essere necessariamente applicato.

Per i conferimenti di azienda o di partecipazioni di controllo o di collegamento escluse dal regime di esenzione di cui all'art. 87 del Tuir ⁽⁴¹⁾ è « valore di realizzo quello attribuito alle partecipazioni ricevute in cambio all'og-

dalle conseguenze per la conferitaria della continuità dei valori fiscali dell'azienda conferita così come valutata nel conferente.

La simmetria di valori e, di converso, l'individuazione dei plus – o minusvalori veniva garantita con la previsione che la conferitaria recepisce i valori fiscali che la conferente aveva attribuito all'oggetto del conferimento e che la conferente attribuisse alle partecipazioni un valore da iscriversi nel bilancio corrispondente.

⁽⁴⁰⁾ Si deve notare, sotto il profilo dell'accertamento, che la presunzione che il corrispettivo corrisponda a valori normali non escluderebbe, secondo un indirizzo giurisprudenziale (Cass., sez. trib., 6 dicembre 2001, n. 15442) che l'Amministrazione finanziaria possa provare un maggior valore imponibile dal momento che la norma avrebbe la sola funzione di invertire l'onere della prova a favore del contribuente che dichiarasse il valore indicato nella norma; ad altra conclusione si potrebbe giungere laddove si osservasse che la norma opera in termini di qualificazione legale/presunzione assoluta.

⁽⁴¹⁾ La c.d. *participation exemption* o *pex*.

getto conferito nelle scritture contabili del conferente ovvero, se superiore, quello attribuito all'azienda o alle partecipazioni conferite nelle scritture contabili del soggetto conferitario » (art. 175 del Tuir).

Da un simile quadro normativo si può, allora, desumere l'esistenza di criteri di valorizzazione dei « beni » che vengono trasferiti in occasione del conferimento secondo regole di normalità e di oggettività; ad essa si affianca, come vedremo nel paragrafo che segue, il principio per cui, laddove sia conferita un'azienda o una partecipazione si configura un valore di realizzo così normalizzato qualora il valore del « bene » conferito e quello della partecipazione ricevuta non siano simmetrici ma, invece, fra loro diseguali.

Si è, così, circoscritta la rilevanza del richiamo alla situazione patrimoniale della conferitaria che, in passato, condizionava il conferimento effettuati a favore di società non quotate legando in modo del tutto irragionevole la determinazione del reddito in capo al conferente a situazioni patrimoniali della conferitaria ⁽⁴²⁾.

Di conseguenza il criterio del valore di quanto conferito esposto dal co. 2 dell'art. 9 del Tuir dovrebbe, quindi, riferirsi ai conferimenti di tutti quei « beni » diversi da partecipazioni in società non quotate al fine sia di individuare il valore fiscalmente riconosciuto che di determinare l'eventuale plusvalenza.

Ciò comporta un necessario rinvio al valore peritale dal momento che la scelta del legislatore è stata quella di non richiamare il valore di borsa, impossibile per le società non quotate; di conseguenza, si assiste ad un condizionamento del valore fiscale da parte di quello civilistico di natura convenzionale e non normativamente predeterminato ⁽⁴³⁾.

L'art. 177, co. 2 del Tuir, peraltro, prescrive una valorizzazione puntuale ed affatto « normale » per le partecipazioni ricevute dall'impresa conferente

⁽⁴²⁾ Tale preoccupazione è stata, peraltro, già espressa da R. LUPI, *Conferimenti in natura senza regole*, cit., p. 1230 ss.; sulla maggiore aderenza al criterio di effettività anche M. BEGHIN, *La determinazione dell'imponibile e dell'imposta*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone fisiche. I* (Giur. sist. di diritto tributario, diretta da F. Tesaurò), Torino, 1994, p. 152; G. MARINO, *I conferimenti in natura nel diritto tributario: nuove soluzioni ed antichi pregiudizi*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 350 ss.; T. DI TANNO, *Conferimenti proporzionali e non proporzionali*, cit. p. 1668 ss.

⁽⁴³⁾ La relazione di stima richiesta dagli artt. 2343 e 2465 del c.c., di un esperto liberamente scelto dal conferente laddove si tratti di conferimento in una s.r.l. ha la funzione di evitare che la partecipazione assegnata sia superiore al valore del conferimento operato al di fuori delle ipotesi in cui si sia espressamente deciso di procedere a conferimenti non proporzionali; in realtà, la tutela dell'integrità del capitale sociale è garantita dal controllo effettuato sulla somma dei conferimenti; per le s.r.l. ciò è chiarito dall'art. 2464 del c.c.

a seguito di un conferimento di partecipazione con il quale la conferitaria acquista il controllo di una società nei termini del controllo *ex artt.* 2359 del c.c.

Il valore è stabilito, in contrapposizione al valore fiscalmente riconosciuto in sede di determinazione della plusvalenza, « *in base alla corrispondente quota delle voci di patrimonio netto formato dalla società conferitaria per effetto del conferimento* »: sembra, allora, che l'iscrizione nel bilancio della partecipazione ricevuta dalla conferente ad un valore diverso, perché superiore, da quello fiscalmente riconosciuto e, in linea generale, il mancato allineamento tra valori fiscali e valori civilistici possa dare luogo ad una plusvalenza solo fiscale ma non civilistica.

L'art. 2464, co. 2 del c.c., nel disporre la conferibilità di qualsiasi elemento dell'attivo patrimoniale suscettibile di valutazione economica, ammette un apporto (anche) a favore di s.r.l. di « beni » quali il c.d. *know how*, l'avviamento, il marchio, i brevetti, le invenzioni industriali ed i diritti di autore nonché obbligazioni di non fare od obbligazioni di cosa futura⁽⁴⁴⁾; la novità risiede nell'atipicità dell'oggetto del conferimento ora esteso a tutto quanto possa essere di utilità per l'impresa della conferitaria.

Tale modello, al pari di quanto accade a fini civilistici, pone la questione della valorizzazione fiscale e dell'individuazione di uno o più criteri applicabili: mentre l'art. 2465, co. 1 del c.c. richiede solo « la relazione giurata di un esperto o di una società di revisione » la quale, oltre a individuare il valore, attesti che questo « è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale sovrapprezzo », a fini fiscali la soluzione è più articolata.

Ove si richiamasse il combinato disposto del co. 2 e 3 dell'art. 9 del Tuir il « corrispettivo » del conferimento sarebbe individuato nel « valore normale » dei « beni » conferiti così come determinato alla stregua dei criteri di normalità di cui al successivo terzo comma ovvero, in caso contrario, alla

⁽⁴⁴⁾ Un'occasione di riflessione potrebbe, peraltro, essere rappresentata dalla conferibilità dei crediti di imposta in ragione non tanto della disciplina civilistica che ammette il conferimento di crediti *tout court* quanto di quella fiscale in materia di vicende dell'obbligazione tributaria in genere e di cessione dei crediti di imposta in specie; se, infatti, istituti privatistici quali l'accollo e la compensazione fanno ora parte per espresso riconoscimento legislativo dell'ordinamento tributario di modo che non vi dovrebbero essere ostacoli concettuali ed ideologici ad ammetterne di altri, è indubbiamente significativo che la cessione del credito di imposta sia già conosciuta come strumento di circolazione della posizione giuridica creditoria sia fra privati che fra società di un gruppo. Un simile contesto non può, allora, che indurre all'impressione che il conferimento possa avere ad oggetto anche crediti vantati dal conferente nei confronti dell'Erario riducendosi la problematicità al solo profilo della valorizzazione del credito di imposta alla stregua dei crediti in generale.

stregua di criteri il più oggettivi possibili rimessi, a questo punto, alle parti.

Laddove il « bene » trasferito di per sé abbia utilità identica a quella dei beni aziendali tradizionalmente intesi il criterio di cui al co. 2 dell'art. 9 conserverebbe validità al pari delle regole di neutralità di cui all'art. 176 del Tuir.

In ordine al conferimento di opere e servizi, laddove l'apporto di opere e servizi non ancora realizzati non fosse tipizzabile quale conferimento, il valore di tale « apporto » sarebbe esterno all'area di normalizzazione di cui al citato art. 9 del Tuir di modo che le parti non sarebbero condizionate a dichiarare valori corrispondenti ⁽⁴⁵⁾.

La particolare natura del conferimento di opera e servizi nelle s.r.l. pone un'ulteriore questione in materia di valorizzazione delle « entità » conferite e della partecipazione ricevuta, da affrontare alla luce dell'attenzione dedicata dal legislatore alla continuità dei valori dei « beni » conferiti e ricevuti.

A fronte dell'art. 9, co. 2 del Tuir, il quale menziona come « corrispettivo conseguito il valore normale » dei « beni » conferiti, il valore dell'opera o servizio conferito potrebbe essere alternativamente individuato:

a) nel costo sostenuto dal conferente per la loro realizzazione prima del conferimento nella misura in cui il conferente lo abbia dedotto;

b) oppure nel valore normale che quell'opera o servizio può avere nel mercato.

Poiché il secondo dei due appare circoscritto alle sole società quotate, sarà il primo a costituire un oggettivo parametro di valutazione.

Per quanto riguarda il valore delle quote ricevute la sua simmetria a quello del « bene » conferito non sembra automatica in ragione del riferimento alla quota proporzionale del patrimonio netto della conferitaria (art. 9, co. 4, lett. *b*) del Tuir) il cui valore potrebbe essere diverso dal costo dell'opera o servizio comprendendo, ad esempio, anche il « valore aggiunto » di quanto realizzato.

È, però, vero che se l'aumento di capitale con garanzia dell'opera o della prestazione fosse contestuale all'attribuzione di una partecipazione di pari importo si avrebbe un fenomeno in realtà solo patrimoniale e non reddituale a condizione di eguaglianza dei valori dei « beni » di primo e di secondo grado ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Così CHIRICHIGNO-STANCATI, *Il regime tributario del conferimento di opere e servizi nelle società a responsabilità limitata*, in *Dialoghi*, 2004, pp. 591 e 592 i quali richiamano a sostegno lo sviluppo logico dei lavori della Commissione Gallo; *contra* D. STEVANATO, *Il regime fiscale degli apporti di opere e servizi tra ipotesi ricostruttivo e trascuratezza del legislatore*, *ivi*, 2004, p. 594.

⁽⁴⁶⁾ R. LUPI, *È sufficiente estendere le regole sui conferimenti contenuti nel D.Lgs. n. 358/1997*, in *Corr. Trib.*, 2003, p. 101.

Ove vi sia continuità di valori si potrebbe ritenere logico e coerente colpire solo l'utile prodotto (eventualmente maggiore in ragione del conferimento) ed il plusvalore che dovesse emergere (salva l'esenzione *ex artt.* 87 del Tuir) in sede di cessione della partecipazione ricevuta ma non i plusvalori da conferimento ed il valore di iscrizione della partecipazione ricevuta.

L'avvenuta deducibilità del costo inerente all'opera o servizio potrebbe, peraltro, giustificare il prelievo del maggiore fra il valore della partecipazione ricevuta ed il valore del « bene » conferito ove individuato nei costi dedotti.

L'art. 2468 del c.c. ⁽⁴⁷⁾ nel derogare alla regola della proporzionalità di valori fra quanto conferito e le partecipazioni ricevute pone una questione di valori e di simmetria.

Poiché l'art. 9, co. 2 del Tuir prescrive di determinare il « corrispettivo » del conferimento in base al valore normale dei beni conferiti ed il valore fiscalmente riconosciuto di quanto conferito in base al criterio di cui al successivo co. 4, lett. *a*) ovvero in base alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese a condizione, però, che la conferitaria sia quotata; può dubitarsi se, come pare, tale regola valga solo per il conferimento proporzionale – di modo che, *a contrario*, se il conferimento non è proporzionale il valore delle partecipazioni ricevute sarà determinato in base a quello dei beni o crediti conferiti così come determinato nella perizia a prescindere dalla quotazione o meno della conferitaria ⁽⁴⁸⁾ – o, invece, se essa abbia una valenza indiscriminata con eccezione per le società quotate ⁽⁴⁹⁾.

La natura non proporzionale del conferimento con oggetto un'azienda non dovrebbe condizionare l'applicazione al caso di specie degli artt. 175 e ss.; un effetto reddituale in termini di perdita deducibile si avrebbe, invece, per i soci la cui entità di partecipazione si sia « diluita » in conseguenza dell'assegnazione di quota in misura più che proporzionale al conferimento ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Ma con esso l'art. 2346 del c.c. per le s.p.a.

⁽⁴⁸⁾ Così T. DI TANNO, *Conferimenti proporzionali e non proporzionali. Profili fiscali*, cit., pp. 1689 ss. e 1694. Qualora vi sia una plusvalenza latente della partecipazione attribuita a seguito della diversità di valori fra quanto conferito e partecipazione, il plusvalore resterà latente e sarà imponibile, se del caso, in sede di cessione della partecipazione qualora questa non sia esente ai fini del regime della c.d. *participation exemption ex art.* 87 del Tuir. Cfr. anche GAVELLI-LOTTI, *I conferimenti in società di capitali alla luce della riforma del diritto societario e delle conseguenze di ordine tributario*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 746.

⁽⁴⁹⁾ Vedi Ris. Agenzia Entrate 16 febbraio 2006, n. 29/E la quale conclude, però, nel senso di far coincidere il valore della partecipazione a quanto conferito ove si tratti di conferimento in denaro non proporzionale.

⁽⁵⁰⁾ In particolare, si è osservato (T. DI TANNO, *Conferimenti proporzionali e non proporzionali. Profili fiscali*, cit., p. 1691 ss.) come la questione sarebbe attuale con riguardo a parte-

I conferimenti non proporzionali potrebbero essere esposti al « rischio » di una predeterminazione normativa del valore in quanto cessioni a titolo oneroso con natura non tanto permutativa ma, invece, tendenzialmente traslativa e, dunque, idonea a richiamare il criterio non del secondo ma del co. 3 e 4 dell'art. 9 del Tuir ⁽⁵¹⁾.

In senso contrario, si può osservare che la normalizzazione di valori di scambio in operazioni corrispettive è circoscritta alle « operazioni » effettuate infragruppo tra società residenti in Italia e società non residente legate da un rapporto di controllo anche indiretto *ex* artt. 110, co. 7 del Tuir di modo che il « rischio » non dovrebbe sussistere per i conferimenti non proporzionali fra società entrambe residenti essendo, in ipotesi, invocabile l'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 che richiede l'esistenza di valide ragioni economiche per i conferimenti ove questi possano permettere di ottenere vantaggi fiscali sebbene queste, come visto, sono per legge dimostrate ove i valori fiscali siano mantenuti; si potrebbe, inoltre, obiettare che l'art. 9, co. 2, nel disporre che il criterio del valore normale da perizia vale per i soli trasferimenti che si perfezionino in occasione di conferimenti rappresenterebbe una norma speciale rispetto al terzo ed al quarto comma circoscritti a cessioni effettuate non in sede di conferimenti (co. 3) e con oggetto partecipazioni (co. 4).

6. - *Le modifiche apportate alla disciplina dei conferimenti dalla l. n. 244/2007 e la generalizzazione del regime di neutralità fiscale del conferimento di azienda.*

La l. 28 dicembre 2007, n. 244 ha nuovamente modificato la disciplina fiscale dei conferimenti di azienda e di partecipazioni intervenendo negli artt. 175 e 176 del Tuir.

cipazioni che non godrebbero della *participation exemption* – essendo per queste esclusa qualsiasi deducibilità – dal momento che la situazione patrimoniale del socio peggiorerebbe in ragione di un sacrificio legato al maggior costo della propria partecipazione analogo a quello di cui al versamento per perdite; la non proporzionalità, in altri termini, aumentando il valore della partecipazione del socio conferente diminuirebbe, diluendola, quella degli altri soci che non abbiano sottoscritto l'aumento di capitale condividendo la scelta societaria. Orbene, una necessaria discriminazione dovrebbe essere fatta tra l'ipotesi in cui tale conferimento si perfezioni tramite il trasferimento di quote delle partecipazioni dei soci a favore del conferente e, quindi, tramite un mezzo traslativo e l'ipotesi in cui, invece, si ricorra ad un mezzo solo svalutativo come nel caso di un aumento gratuito di capitale riservato con attribuzione diseguale: in questo secondo caso, infatti, sarebbe evidente la perdita di valore di una partecipazione. Di qui l'opportunità di un intervento chiarificatore.

⁽⁵¹⁾ Nel senso, però, della natura permutativa Ris. Agenzia Entrate 16 febbraio 2006, n. 29/E.

La novella ha circoscritto la disciplina che in precedenza l'art. 175 riferiva al conferimento sia di azienda che di partecipazioni di controllo, riservando la disciplina del co. 1 e 2 ai soli conferimenti di partecipazioni di controllo e di collegamento, abrogando la possibilità di applicare la previgente disciplina del conferimento di azienda ai casi in cui il conferente o il conferitario fossero non residenti in Italia (co. 3) nonché la disposizione che qualificava come reddito diverso la plusvalenza realizzata a seguito della cessione della partecipazione ricevuta in cambio del conferimento dell'unica azienda dell'imprenditore, assumendosi come costo della partecipazione il valore attribuito alla stessa ai sensi dei primi due commi dello stesso art. 175 (co. 4).

Pertanto, nel testo vigente a partire dal periodo di imposta 2008, ai fini dell'imposizione delle plusvalenze *ex art.* 86 del Tuir realizzate a seguito della sola cessione di partecipazioni di controllo e di collegamento (e non più anche di azienda) è valore di realizzo quello attribuito nelle scritture contabili del conferente alle partecipazioni ricevute in cambio di quelle conferite o, se superiore, quello attribuito nelle scritture contabili del conferitario alle partecipazioni conferite (co. 1).

Il valore di realizzo continuerà ad essere determinato alla stegua dei criteri di normalizzazione di cui all'art. 9 del Tuir se le partecipazioni conferite siano prive dei requisiti *pex* di cui all'art. 87 Tuir e con esse anche quelle ricevute (co. 2).

La novella è, poi, intervenuta nell'art. 176 del Tuir nella parte in cui viene sancita la neutralità del conferimento di azienda, prevedendo che non si realizzino plusvalenze o minusvalenze a prescindere dalla natura del conferitaria quale soggetto Ires di natura societaria o, comunque, commerciale – i.e. soggetti di cui all'art. 73, co. 1, lett. *a*) e *b*) del Tuir – confermandosi la necessità che il conferente assuma quale valore fiscale delle partecipazioni ricevute il valore fiscale che l'azienda aveva in capo al conferente stesso.

Si elimina, invece, l'opzione per l'applicazione delle regole di imposizione delle plusvalenze patrimoniali *ex artt.* 86 e 17 del Tuir, riconoscendo, così, alla neutralità valenza di regola generale.

Si è, infine, introdotta nel nuovo co. 2 *ter* dell'art. 176 del Tuir un'opzione impositiva sostitutiva – speculare a quella prevista per le fusioni e scissioni – che, in luogo della disciplina fissata dai co. 1, 2 e 2 *bis* dell'art. 176 del Tuir, dovrebbe permettere di assoggettare i maggiori valori attribuiti in bilancio agli elementi dell'attivo costituiti dalle immobilizzazioni materiali ed immateriali ad un'imposta sostitutiva progressiva per scaglioni di valori ⁽⁵²⁾

(52) L'aliquota del 12% per maggiori valori compresi nei limite dei 5 ml di euro, del 14%

ed avere, così, valori fiscalmente riconosciuti ai fini dell'ammortamento; è evidente come l'imposizione sostitutiva sarà tanto più conveniente quanto breve sia il residuo tempo dell'ammortamento.

Con specifico riguardo a tale forma di imposizione, poiché, per l'azienda, il regime naturale sarebbe quello della neutralità, la forma di prelievo opzionale avrebbe natura non tanto propriamente sostitutiva quanto volontaria nel senso che garantirebbe al solo conferitario di rivalutare a pagamento i valori fiscali avvicinandoli a quelli civilistici⁽⁵³⁾ senza coinvolgere in alcunché il conferente⁽⁵⁴⁾.

Ne discende, in generale, l'abbandono della duplicità dei regimi fiscali impositivi corrispondenti ai previgenti artt. 175 e 176 del Tuir i quali, come visto in precedenza, fino al periodo di imposta 2007 compreso, in alternativa alla neutralità, prevedevano un regime di automatica neutralità per i conferimenti fra soggetti Ires residenti in Italia e, in mancanza delle condizioni richieste dall'art. 176, una realizzazione di plusvalenze ai cui fini il valore imponibile dipendeva non dal valore normale del bene conferito ma dal valore di più alta iscrizione fra quello della partecipazione presso il conferente e quello del bene conferito resso il conferitario.

La disciplina realizzativa di cui al previgente art. 175 è circoscritta al solo conferimenti di partecipazioni di controllo e di collegamento mentre viene generalizzata la neutralità del conferimento di azienda a prescindere dalla natura soggettiva delle parti, comprendendovi anche le società di persone commerciali e gli imprenditori individuali.

da 5 a 10 ml, del 16% per la parte eccedente i 10 ml di euro. La natura progressiva a scaglioni potrebbe essere considerata non coerente con l'imposta sostituita (cioè l'Ires) per i soggetti collettivi societari comemrcialei come le s.r.l. assoggettate ad un'imposta proporzionale. Cfr. sul punto tra gli altri M. BEGHIN, *Conferimento d'azienda e nuove imposte sostitutive*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 185 ss. e G. CORASANITI, *L'imota sostitutiva nelle operazioni straordinarie*, in *Rass. Trib.*, 2008, p. 662 ss.

Vedi il d.m. 25 luglio 2008 che riguarda l'applicazione dell'imposta sostituitiva sui maggiori valori che siano iscritti in bilancio a seguito di operazioni societarie straordinarie.

⁽⁵³⁾ Cfr. M. BEGHIN, *Conferimenti d'azienda e nuove imposte « sostitutive »*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 186; R. LUPI, *Un'imposta sostitutiva « consapevole », anche se non logicamente necessitata*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007, p. 1122 ss.

⁽⁵⁴⁾ In tal senso anche M. BEGHIN, *Conferimenti d'azienda e nuove imposte « sostitutive »*, cit., p. 188.

7. - *Gli apporti diversi dai conferimenti « tipici ».*

Altra ben nota fattispecie di finanziamento della società è quella che si realizza attraverso apporti diversi dal conferimento e dal finanziamento versus indebitamento come nel caso dei versamenti a fondo perduto, dei versamenti in conto capitale nonché nella rinuncia al credito da parte del socio; l'eventualità di « apporti » diversi dai conferimenti in senso proprio – ciò accade quando il trasferimento origina un incremento patrimoniale ma non anche di capitale e, talvolta, anche un diritto di restituzione⁽⁵⁵⁾ – pone la domanda se a tali fattispecie siano applicabili le regole sopra analizzate.

In base alla considerazione che a fronte dell'apporto atipico l'apportante non acquista la qualità di socio pur potendo esercitare alcuni dei diritti a questi spettanti e che l'operazione assume valenza sinallagmatica evidentemente diversa da quella riconosciuta al conferimento *tout court* non pare applicabile, in sede di valorizzazione fiscale, il disposto dell'art. 9 del Tuir; qualora lo strumento sia assimilabile ad un titolo diverso dalle azioni ed obbligazioni negoziato in un mercato regolamentato – e ciò accade ai sensi dell'art. 44, co. 2 del Tuir se la « remunerazione » dello « strumento » è « costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società del gruppo o dell'affare in relazione al quale » è stato emesso di modo che saranno titoli atipici quegli strumenti privi di tale caratteristica⁽⁵⁶⁾ – si applicherà, invece, il co. 4, lett. a) dell'art. 9 del Tuir.

In ordine alla società beneficiaria dei versamenti, non si considerano, sopravvenienze i versamenti in denaro o in natura, diversi dai contributi, fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale nonché la rinuncia da parte di questi a crediti verso la società stessa⁽⁵⁷⁾ ex artt. 88, co. 4 e 101, co. 7 del Tuir; possono, però, incrementare il costo della partecipazione dell'apportante già socio se la partecipazione non è suscettibile di applicazione della *participation exemption* di modo che l'incremento si avrà solo se la partecipazione non sia iscritta come immobilizzazione finanziaria e, dunque, solo per i titoli diversi da quelli di cui all'art. 85, co. 1, lett. c) del Tuir.

⁽⁵⁵⁾ Come per gli apporti effettuati con conseguente emissione di strumenti finanziari (così Circ. Agenzia del Entrate 10 dicembre 2004, n. 52/E) i versamenti in conto capitale ma non, invece, per quelli a fondo perduto o per la rinuncia a crediti.

⁽⁵⁶⁾ Così la citata risposta dell'Agenzia delle Entrate ma già la Circolare Agenzia Entrate 16 giugno 2004, n. 26/E.

⁽⁵⁷⁾ Si è, peraltro, suggerito di considerare i versamenti effettuati da un socio per ripianare una perdita quali sopravvenienze attive tassabili in ragione della natura del « versamento » quale costo di esercizio deducibile per il socio: così D. STEVANATO, *Il regime fiscale dei versamenti « sottozero »*, in *Corr. Trib.*, 2005, p. 2586).

L'avvenuta effettuazione di tali « apporti » del tutto atipici ha, infatti, delle conseguenze sul valore della partecipazione del socio che li ha effettuati o che ha rinunciato al credito: l'art. 94, co. 6 del Tuir, infatti, dispone che il costo delle partecipazioni aventi per il socio natura di bene merce (idonee, cioè, a produrre ricavi imponibili se cedute) sia incrementato dell'ammontare degli apporti medesimi escludendo che si possa procedere, diversamente da quanto accadeva in precedenza, ad alcuna deduzione del versamento mentre resta dubbio se ciò valga anche quando l'« apporto » sia inteso a ripianare un deficit patrimoniale della società partecipata ⁽⁵⁸⁾.

Laddove l'apporto sia restituito la non tassazione dovrebbe essere coerente con l'avvenuto incremento del costo della partecipazione: se quanto restituito fosse a questo superiore l'imposta sarebbe dovuta mentre ciò non accadrebbe se l'incremento del costo e quanto restituito avessero identico valore.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 47, co. 5 e 87, co. 6 del Tuir qualora si tratti di particolari apporti come i versamenti a fondo perduto o in conto capitale restituiti l'eccedenza rispetto al valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione non sarebbe imponibile ma, invece, esente *ex art. 87*; di qui si potrebbe desumere una conferma che l'indeducibilità dell'apporto è condizionata alla natura esente della partecipazione nella società beneficiaria.

In caso di partecipazione non esente ai fini della *pex*, in assenza del beneficio costituito dall'incremento del costo, l'apporto nella sua interezza sarà deducibile a fronte di un ipotetico maggiore differenziale così come la restituzione dell'apporto sarà imponibile nei limiti in cui quanto restituito ecceda il valore fiscale della partecipazione anche a seguito di un suo incremento ⁽⁵⁹⁾.

Più in generale, allora, in presenza di partecipazioni immobilizzate ai sensi della disciplina della *participation exemption* il valore dell'apporto sarà

⁽⁵⁸⁾ A riguardo vedasi Ris. Agenzia Entrate 11 luglio 2005, n. 90/E la quale esclude la deducibilità negando che un siffatto versamento abbia carattere non incrementativi e, quindi, si possa distinguere dai « conferimenti » atipici che, in sostanza, hanno un impatto sul patrimonio; la conclusione potrebbe non essere condivisa se, come sembra in ragione della natura non incrementativi il versamento andasse classificato tra i costi di esercizio (così condivisibilmente D. STEVANATO, *Il regime fiscale dei versamenti « sottozero »*, cit., p. 2585).

⁽⁵⁹⁾ Se la partecipazione non potesse godere del regime di esenzione ed il versamento non potesse incrementare il costo fiscale della partecipazione, quest'ultimo potrebbe rappresentare un costo fiscalmente deducibile di competenza dell'esercizio; *ex artt. 47 e 87 del Tuir* la restituzione dell'apporto resterebbe, però, esente nella misura pari all'eccedenza fra il costo fiscale della partecipazione non incrementato e quanto restituito.

irrilevante per la beneficiaria quale sopravvenienza attiva e per l'apportante in termini, di mancato incremento della partecipazione, di non imponibilità della restituzione dell'apporto e di mancata deducibilità del medesimo ⁽⁶⁰⁾.

Laddove, invece, l'apportante partecipi alla beneficiaria con partecipazioni non esenti e, dunque, il valore dell'apporto non incrementi il costo della partecipazione, la deducibilità per l'apportante potrebbe rispondere ad esigenze di simmetria, da un lato, con l'imposizione, seppur limitata, dell'utile ricevuto e, soprattutto, del maggior valore in sede di cessione della partecipazione così come, dall'altro, all'imposizione degli utili in capo alla società beneficiaria.

Con riguardo ai menzionati versamenti, sul fronte del soggetto che provvede agli stessi l'art. 46, co. 1 del Tuir, nel disciplinare i redditi di capitale dispone che le somme così « versate » a soggetti Ires (come, tra gli altri, la s.r.l.) si considerano date a mutuo e, quindi, fruttifere, se non risulta altro titolo dal bilancio o rendiconto; simmetricamente, in base all'art. 47, co. 5 del Tuir non costituiscono utili di partecipazione le somme ricevute dai soci che derivino da fondi costituiti con versamenti fatti dai soci a fondo perduto o in conto capitale.

8. - *Indebitamento e la deducibilità degli interessi passivi. La sottocapitalizzazione.*

La riforma introdotta con il d. lgs. n. 344/2003 ha profondamente innovato la disciplina degli interessi passivi e degli oneri finanziari, in genere, con interventi dalle diverse prospettive indirizzate a finanziamenti ottenuti sia da terzi che da soci; poiché non è rinvenibile una disciplina espressamente indirizzata alle s.r.l. si procederà ad analizzare la tematica nei suoi profili di generale applicazione con l'avvertenza che anche questa disciplina, al pari di quella dei conferimenti ha subito radicali modifiche a partire dal periodo di imposta 2008 ad opera della l. n. 244/2007.

La scelta del legislatore tributario è stata quella di promuovere il finan-

⁽⁶⁰⁾ La soluzione opposta, deducibilità dell'apporto a fronte dell'irrelevanza quale sopravvenienza attiva per la beneficiaria ed « esenzione per l'apportante socio », potrebbe causare evidenti salti di imposta ed asimmetrie dal momento che la restituzione dell'apporto non sarebbe colpita; inoltre, un'ipotetica deducibilità dell'apporto contrasterebbe con la regola dell'esenzione che esclude che sia deducibile quale minusvalenza il costo dell'investimento in partecipazioni esenti ad esempio tramite restituzione del capitale *ex art.* 101, primo comma del Tuir. Cfr. ANDRIOLA, *Alla ricerca del trattamento tributario dei costi derivanti dai cosiddetti conferimenti atipici*, in *Fisco*, 2005, n. 7, p. 1003 ss. ove utili esemplificazioni.

ziamento delle imprese con mezzi propri dissuadendo dal finanziamento con capitale di debito sia esso di provenienza bancaria o dai soci, ed incentivando, così, le operazioni di incremento del patrimonio netto ⁽⁶¹⁾.

Ai fini di contrastare la c.d. capitalizzazione sottile la deducibilità è condizionata ad un rapporto di proporzionalità fra componenti imponibili e componenti reddituali nel complesso realizzate (art. 96 del Tuir); a tale regola generale si affiancano regole speciali (artt. 97 e 98 del Tuir) di indeducibilità degli interessi passivi (i) sostenuti per acquistare partecipazioni le cui plusvalenze siano esenti ex artt. 87 del Tuir (c.d. *participation exemption*) e (ii) eccedenti un rapporto percentuale tra consistenza media dei finanziamenti e quota di patrimonio netto contabile di pertinenza del finanziatore.

La limitata deducibilità di oneri finanziari sembra rispondere non alla generale regola dell'inerenza della componente negativa all'attività dell'impresa ma all'esigenza, da un lato, di assicurare tendenziale coerenza interna al sistema richiedendo una simmetria tra la non deducibilità del costo e la non imponibilità della componente positiva ⁽⁶²⁾ e, dall'altro, di contrastare indebitamenti tali da causare una ingiustificata sottocapitalizzazione dell'impresa beneficiando di un regime fiscale più vantaggioso rispetto a quello della remunerazione tramite il dividendo del capitale di rischio a favore del socio, soprattutto se qualificato ⁽⁶³⁾, con tassazione per il 5% ex artt. 89 del Tuir se soggetto Ires e per il 49.72% ex artt. 47 del Tuir.

La finalità esclusivamente elusiva sembra, invece, meno certa in ragione dell'ambito soggettivo circoscritto ad imprese di dimensioni considerevoli, non indirizzato ai rapporti tra soggetti di diversa residenza – ma, anzi, necessariamente non discriminatorio per i soggetti non residenti ⁽⁶⁴⁾ – e di un col-

⁽⁶¹⁾ Per ulteriori riflessioni sull'evoluzione del rapporto della disciplina fiscale tra finanziamento con indebitamento oppure con capitale proprio anche nei profili che coinvolgono la localizzazione estera e l'intemedizione bancaria vedi A. FANTOZZI, *La nuova misura di contrasto dello sfruttamento fiscale della sottocapitalizzazione delle imprese*, in *La nuova imposta sul reddito delle società (Atti del convegno)*, a cura di Esposito e F. Paparella, Napoli - Roma, 2006, spec. p. 97 ss.

⁽⁶²⁾ Sulle ragioni della natura solo relativa di tale principio S. LA ROSA, *La capitalizzazione sottile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 1292 ss.

⁽⁶³⁾ In questo senso è significativa è la circostanza che nella disciplina *de qua* l'eccedenza di interessi passivi rispetto al limite normativo sia qualificata come dividendo per il soggetto percipiente finanziatore.

⁽⁶⁴⁾ A seguito della nota sentenza *Lankhorst* CGE 13 dicembre 2002 C-324/00 su cui effetti, per tutti, COMELLI *Sul contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, I, p. 257 ss.

Si segnala che la CGE è tornata nuovamente ad occuparsi di *thin cap* (CGE 13 marzo 2007 causa C-524/04 in *Corr. trib.*, 2007, p. 1641) giustificando un'applicazione selettiva del

legamento ad altre disposizioni in materia di flussi reddituali tra società, soci e terzi ⁽⁶⁵⁾ che sembra far trapelare un tentativo di collegamento sistematico.

Peraltro, quest'ultimo appare necessario in ragione della coesistenza di regimi legali od opzionali (come l'imposizione per trasparenza delle società commerciali sia di persone che di capitali o il bilancio consolidato fiscale nazionale e mondiale) e di altre norme settoriali ⁽⁶⁶⁾: l'automatismo di qualsiasi limitazione nella deducibilità di un costo dovrebbe, dunque, superare la verifica del coordinamento con regole non necessariamente alternative ma, sicuramente, non facilmente sovrapponibili, per quanto i rispettivi ambiti soggettivi abbiano requisiti diversi ⁽⁶⁷⁾.

La disciplina, indubbiamente complessa, si struttura in livelli applicativi fra loro successivi e, per scelta legislativa, con prioritaria applicazione per le disposizioni singolari (quelle del c.d. *pro rata* patrimoniale e della *thin capitalization*).

Ciò premesso, in base alla regola generale, seppur residuale, di cui al-

regime di indeducibilità nei confronti di soggetti non residenti nello Stato di residenza del debitore solo a condizione che il finanziamento sia stato strutturato per ragioni di sola pianificazione ed ottimizzazione fiscale.

⁽⁶⁵⁾ Così S. LA ROSA, *La capitalizzazione sottile*, cit., p. 1288 ss.

⁽⁶⁶⁾ Si pensi, oltre ai regimi citati nel testo, all'art. 3, co. 3 della l. n. 425/1996 (integrato nel suo ambito applicativo, dall'art. 3, co. 4 del d. lgs. n. 344/2003) che prevede l'applicazione di una ritenuta alla fonte del 20% sui proventi derivanti da depositi bancari a garanzia di finanziamenti a imprese da parte non più solo di persone fisiche e stabili organizzazioni in Italia di imprese non residenti ma ora anche di soci qualificati e loro parti correlate seppur in proporzione allo stesso rapporto di cui all'art. 98 del Tuir con attribuzione di un credito di imposta compensabile *ex d. lgs. n. 241/1997* per le imposte applicate sul valore eccedente il menzionato rapporto (cfr. M. PIAZZA, *L'indebitamento societario nella nuova Ires*, in AA.VV., *La nuova imposta sul reddito delle società*, a cura di Marino, Milano, 2004, p. 212 ss.); all'art. 110, co. 7 del Tuir in materia di *transfer pricing* internazionale che impedisce la deducibilità degli interessi passivi infragruppo qualora la remunerazione avvenga a tassi superiori a quelli normali nonché il co. 10 dello stesso art. 110 che condiziona la deducibilità di componenti negative derivanti da operazioni con soggetti residenti in Paesi a fiscalità privilegiata alla prova dell'effettività dell'impresa da parte del soggetto estero o dell'effettivo interesse economico dell'operazione posta a quelle specifiche condizioni nonché dell'effettiva esecuzione della stessa (sul punto la Circolare Agenzia delle Entrate 17 marzo 2005, n. 11/E § 7 attribuisce a queste ultime disposizioni carattere prevalente per la natura speciale dell'istituto).

In finale si deve ricordare come la disciplina in esame sia stata ritenuta prevalente, perché speciale, su quella che ammette la capitalizzazione degli interessi passivi nel costo dei beni strumentali e beni merce ai sensi dell'art. 110, co. 1, lett. *b*) del Tuir (così cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 11/E/2005 cit. § 7).

⁽⁶⁷⁾ Dal momento che in alcuni casi il rapporto fra le parti deve essere qualificato dal controllo e/o collegamento così come si attribuisce rilievo non ad un rapporto fra capitale e indebitamento ma al valore della remunerazione rispetto a parametri di normalità: sul punto più diffusamente S. LA ROSA, *La capitalizzazione sottile*, cit., p. 1289.

l'art. 96 del Tuir, l'interesse passivo è deducibile in base ad un rapporto tra ricavi ed altri proventi imponibili ed il complesso dei ricavi e proventi realizzati dall'impresa che si sia indebitata solo per la parte che residua dall'applicazione delle più stringenti regole fissate dai successivi artt. 97 e 98 del Tuir.

Il co. 2 dell'art. 96 dispone, poi, che al fine di individuare i ricavi e proventi di cui al rapporto fissato nel primo comma si debba, da un lato, escludere le sopravvenienze attive accantonate ai sensi dell'art. 88, i proventi assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva, dall'altro comprendere alcune componenti solo in parte ⁽⁶⁸⁾ e, dall'altro ancora, altre che sarebbero, per loro specifica disciplina, non imponibili in tutto o in parte ⁽⁶⁹⁾.

L'elencazione potrebbe non essere considerata tassativa laddove la mancata inclusione od esclusione causasse una doppia imposizione di per sé vietata e, addirittura, sarebbe suscettibile di interpretazione estensiva.

Si deve, però, ricordare che la regola generale in tema di componenti negative fissata dall'art. 109, co. 5 del Tuir pone anch'essa una limitazione alla deducibilità solo in presenza di proventi esenti ⁽⁷⁰⁾ ma non esclusi e che tale limitazione per componenti negative diverse dagli interessi segue gli stessi criteri fissati per questi dall'art. 96; nei deriverebbe la natura non eccezionale ma ordinaria del co. 1 dell'art. 96 e, di converso, quella eccezionale del successivo co. 2.

L'art. 97 del Tuir dispone la determinazione di un rapporto proporzio-

⁽⁶⁸⁾ Si tratta dei ricavi derivanti da cessioni di titoli e di valute estere per la sola parte che eccede i relativi costi senza tenere conto delle rimanenze, delle plusvalenze realizzate per l'importo che concorre a formare il reddito nel singolo esercizio ai sensi dell'art. 86, i proventi di beni immobili meramente patrimoniali nella misura stabilita dall'art. 90 e le rimanenze nei limiti degli incrementi formati nell'esercizio.

⁽⁶⁹⁾ Si tratta delle plusvalenze che beneficiano della c.d. *participation exemption* che si calcolano per il loro intero ammontare, gli interessi di provenienza estera ed i dividendi anche essi interamente calcolabili anche a prescindere dal loro concorso alla formazione del reddito.

A riguardo l'inclusione nel pro rata patrimoniale delle partecipazioni che godono del regime *pex* non costituirebbe una deroga ma espressione della volontà legislativa di distinguere i redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni *pex* come redditi non tassati per finalità sistematiche e non agevolative; la sua giustificazione, inoltre, poggerebbe sulla circostanza che la limitazione della deducibilità degli interessi passivi è già un effetto naturale della *pex* di modo che se esso effetto non fosse neutralizzato in sede di pro rata patrimoniale, si sarebbe causata una doppia decurtazione di interessi passivi (su punto P. TARIGO, *I pro rata (generale e patrimoniale) di indeducibilità degli interessi passivi*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, opera diretta da F. Tesauero, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 449 ss. la quale, però, non nega la natura agevolativa dell'esenzione).

⁽⁷⁰⁾ Tra cui, come ribadito dal penultimo periodo del comma quinto citato, le stesse partecipazioni che beneficiano della *pex*.

nale di deducibilità al fine di evitare che l'indebitamento inerisca all'acquisto di partecipazioni che, se cedute, darebbero luogo a plusvalenze esenti ai sensi dell'art. 87 del Tuir; l'ambito soggettivo di applicazione della prima delle due norme speciali è assai ampio e più esteso di quello cui si indirizza, come vedremo, la disciplina della c.d. capitalizzazione sottile (art. 98 del Tuir) dal momento che l'art. 97 comprende tutti i soggetti che possono cedere partecipazioni assoggettabili all'esenzione *ex art. 87 del Tuir* ⁽⁷¹⁾.

Ogni qualvolta il valore di libro delle partecipazioni rientranti nel regime di esenzione sia superiore, alla fine del periodo di imposta, al valore contabile del patrimonio netto della società partecipante rettificato in base alle regole di cui all'art. 98 del Tuir ⁽⁷²⁾, l'art. 97, co. 1 del Tuir prevede che l'importo di interessi passivi, ove non già disciplinato, in senso limitativo della deducibilità, dai successivi artt. 97 e 98 citati, sia indeducibile per la parte corrispondente al rapporto tra l'eccedenza stessa ed il totale dell'attivo patrimoniale ridotto del patrimonio netto contabile e dei debiti commerciali; l'eccedenza è, però, diminuita di un importo pari agli eventuali dividendi imponibili percepiti dal finanziatore ove possessore di partecipazioni dalle plusvalenze esenti *ex art. 87 del Tuir*.

Il legislatore tributario si interessa di contrastare gli effetti fiscali dei comportamenti che possano dare luogo alla c.d. sottocapitalizzazione nominale che si realizza quando il ricorso al prestito, in luogo del finanziamento attraverso conferimento, mina l'integrità del capitale sociale vestendo il socio della natura anche di creditore sociale; più in particolare, ai fini fiscali, la criticità discende dal diverso regime fiscale che caratterizza la distribuzione del dividendo dal pagamento di un interesse passivo non originando la prima alcuna componente negativa per la società ⁽⁷³⁾ e, più in generale, la scelta tra *debt* ed *equity* ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷¹⁾ Nel novero di tali partecipazioni non sono, però, incluse, in base al co. 2 dell'art. 98 del Tuir, le partecipazioni in società controllate aderenti al regime opzionale del consolidato fiscale o della trasparenza fiscale delle società di capitali dal momento che questi ultimi due regimi opzionali espressamente sanciscono l'irrilevanza, ai loro fini, della limitazione della deducibilità degli interessi passivi; ne discende l'espressa alternatività (in ragione di una probabile conflittualità e contraddittorietà dell'applicazione congiunta) di una rispetto ad altra disciplina.

⁽⁷²⁾ Cfr. MODOLO, *Il pro rata patrimoniale nella «Riforma Tremonti»*, in *Boll. trib.*, 2005, spec. p. 99 ss.; più in generale PIAZZA, *L'indebitamento societario*, cit., pp. 146 ss. e 169 ss. anche per approfondimenti sugli effetti dell'applicazione del pro rata patrimoniale a seguito di operazioni societarie straordinarie e della cessione d'azienda.

⁽⁷³⁾ Per l'analisi della disciplina degli interessi passivi prima della riforma del Tuir ad opera del d. lgs. n. 344/2004 vedi per tutti L. DEL FEDERICO, *Interessi passivi*, in AA.VV., *L'Irpef* (giurisprudenza sistematica a cura di Tesaro), Torino, II, 1994, p. 701 ss.; alla luce della riforma IDEM, *La thin capitalization*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, opera diretta da F. Tesaro, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 489 ss.

⁽⁷⁴⁾ Per un'estesa analisi dei profili generali della questione si veda A. CONTRINO, *La*

L'art. 98 del Tuir contrasta il fenomeno nel quale l'indebitamento della società verso soci qualificati in ragione della misura della loro partecipazione supera una determinata soglia fissata in ragione di un rapporto patrimoniale, esprimendo, così, una soglia fisiologica di sottocapitalizzazione la cui validità economica ed effettività non sarebbe discutibile ⁽⁷⁵⁾.

La remunerazione è indeducibile qualora il rapporto tra la consistenza media, durante il periodo di imposta, dei finanziamenti erogati o garantiti dal socio qualificato o da sue parti correlate facendo ricorso agli strumenti di finanziamento tipizzati dallo stesso legislatore nell'art. 98 del Tuir e la quota di patrimonio netto contabile di pertinenza del socio e delle parti correlate, aumentato degli apporti di capitale effettuati in sede di associazione in partecipazione e cointeressenza e rettificato in diminuzione ai sensi del terzo comma, sia superiore a quello di quattro a uno ⁽⁷⁶⁾; attraverso un criterio di mera proporzionalità quantitativo/patrimoniale – nel quale la misura quantitativa predeterminata servirebbe, allora, ad esprimere la normalità del finanziamento rispetto alla quota patrimoniale di spettanza del socio finanziatore – il legislatore individua un livello di indebitamento fisiologico non a medio ordinario ma, invece, puntualmente riferibile alla situazione del singolo contribuente ⁽⁷⁷⁾.

normativa fiscale di contrasto della « thin capitalization », in Dir. prat. trib., 2005, I, spec. p. 122 ss.

⁽⁷⁵⁾ L'assenza di un limite quantitativo di deducibilità aveva indotto gli operatori a raggiungere livelli di indebitamento la cui difficile sopportazione lasciava l'impressione che l'indebitamento potesse essere privo di qualsiasi ragione economica e simulasse una erogazione di dividendi.

⁽⁷⁶⁾ Sulla determinazione di tale grandezza M. BEGHIN, *La Thin capitalization nella « Riforma Tremonti »: prime considerazioni sui profili funzionali, sulla struttura della disciplina e sulle connesse problematiche applicative*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 63 ss.

La consistenza media del finanziamento, essendo proiettata verso l'identificazione di un indebitamento fisiologico avuto conto del costo degli interessi passivi deducibili, non verrà determinata considerando i finanziamenti infruttiferi esclusi solo a condizione che, per chiare esigenze antielusive, la loro remunerazione non superi una soglia predeterminata. Sui problemi, però, di identificazione del tasso ufficiale di riferimento (che potrebbe essere maggiorato fino ad un punto percentuale) M. BEGHIN, *La Thin capitalization nella « Riforma Tremonti »*, cit., p. 73 ss.

⁽⁷⁷⁾ Il momento temporale rispetto al quale verificare l'esistenza e persistenza del menzionato rapporto quantitativo sarà la fine dell'intero periodo di imposta di modo che superamenti in corso d'anno renderanno gli interessi indeducibili *ex tunc* con un effetto impropriamente retroattivo; l'analisi del rapporto patrimoniale di fisiologico indebitamento potrebbe indurre a ritenere rilevanti i finanziamenti concessi o garantiti in un momento anteriore a quello di entrata in vigore della disposizione.

Se così fosse, si potrebbe ipotizzare che la limitazione della deduzione, retroattiva nei

La circostanza che tale rapporto quantitativo sia, comunque, condizionato dalle scelte contabili operate in sede di redazione del bilancio civilistico, non esclude che i valori possano essere sindacati dall'ufficio finanziario *ex art. 37 bis* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 ⁽⁷⁸⁾.

Il rapporto di indebitamento fisiologico è riferito dal legislatore a finanziamenti erogati mediante contratto di mutuo e di deposito di denaro nonché ogni altro rapporto di natura finanziaria; tali finanziamenti, peraltro, potranno essere sia erogati ma anche meramente garantiti dal socio qualificato ⁽⁷⁹⁾.

Il richiamo a contratti tipici non è esaustivo in ragione della residualità della previsione di prestiti derivanti da rapporti di natura, comunque, finanziaria di modo che la componente remuneratoria potrà essere presente anche in assenza di interessi passivi ⁽⁸⁰⁾.

suoi effetti, equipari in modo del tutto irragionevole finanziamenti posti in essere nella vigenza di un regime diverso che non limitava gli effetti *ex ante* ma che, in ipotesi tollerava un sindacato solo *ex post* e finanziamenti consapevolmente erogati alla luce della nuova disciplina così come soci già qualificati e soci che lo sono diventati all'indomani della norma nonché violi situazione giuridiche di legittimo affidamento sulla stabilità della disciplina, peraltro riconosciute rilevanti dall'art. 3 della l. n. 212/2000 laddove esclude la retroattività della norma tributaria nella disciplina delle imposte periodiche.

La questione, ovviamente, non può che essere solo accennata coinvolgendo questioni giuridiche di natura (anche) costituzionale: a riguardo per le diverse prospettive, con dovizia di approfondimenti e casi, vedasi V. MASTROIACOVO, *I limiti alla retroattività nel diritto tributario*, Milano, 2005, pp. 77 ss., 255 ss. e 284 ss.

⁽⁷⁸⁾ Così anche M. BEGHIN, *La Thin capitalization nella « Riforma Tremonti »*, cit., 64.

⁽⁷⁹⁾ Al concetto di finanziamento evocato dall'art. 98 non sembra estraneo quello che la società, se per azioni, può ottenere a seguito dell'apporto di opere o servizi da parte del socio emettendo *ex art. 2346* del c.c. strumenti finanziari diversi dalle azioni che attribuiscono diritti patrimoniali o amministrativi escluso il voto nell'assemblea anche quando questi diano una remunerazione costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici dell'impresa imponibile quale reddito di capitale *ex art. 44*, co. 2, lett. *a*) del Tuir; la configurazione dello strumento che emerge dal dato civilistico, infatti, dimostrerebbe una partecipazione in funzione finanziaria al capitale di debito e non al capitale di rischio che richiederebbe una presenza nell'assemblea. Così Circolare Agenzia delle Entrate n. 11/E/2005 cit. § 3.1 la quale ritiene decisiva la circostanza che l'emissione segua apporti non imputabili a capitale sociale.

⁽⁸⁰⁾ Sotto questo aspetto, allora, si potrebbe ritenere che l'art. 98 del Tuir richiami, sul versante del debitore, una fattispecie simile (se non, addirittura, identica) a quella di cui all'art. 44, co. 1, lett. *b*) del Tuir che, in materia di redditi di capitale, assoggetta in capo al creditore i proventi derivanti da rapporti aventi per oggetto l'impiego di capitale diversi da quelli tipizzati e nei quali l'eventuale differenziale non dipende da un evento incerto.

In ogni caso, comunque, nel caso che interessa la ricostruzione della causa del contratto è necessaria non solo in assenza di un contratto tipizzato ma anche per verificare se alla forma corrisponda un'effettiva disciplina dell'assetto corrispondente al modello contrattuale dichia-

Si aggiunga che l'ambito di tali erogazioni finanziarie potrebbe estendersi a quelle somme che, in materia di s.r.l., l'art. 2467, co. 2 del c.c. intende come finanziamento del socio alla società laddove la somma sia stata concessa in qualsiasi forma in un momento in cui, anche in considerazione dell'attività esercitata dalla società che lo ha ricevuto, risulti un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento; in alternativa si potrebbe negare tale estensione assumendo che la regola abbia effetto, peraltro con effetti derogatori, ai soli fini del pagamento dei creditori in sede fallimentare ⁽⁸¹⁾.

Il legislatore tributario si indirizza ai finanziamenti remunerati previa loro erogazione o garanzia escludendo, seppur a certe condizioni, quelli infruttiferi; il concetto di remunerazione esprime chiaramente la necessità che all'erogazione del prestito faccia seguito in termini sinallagmatici, la corresponsione dell'interesse attivo per l'erogante non comprendendo in tale nesso quanto eventualmente erogato ad altro titolo dal soggetto erogante ⁽⁸²⁾.

Si intendono garantiti tutti i debiti assistiti da garanzie reali o personali,

rato (amplius sul punto in A. CONTRINO, *La normativa fiscale*, cit., p. 1274 ss.); a riguardo, occorrerà indagare se l'effetto di indebitamento si colleghi ad una funzione finanziaria dell'erogazione (così anche M. BEGHIN, *La Thin capitalization nella « Riforma Tremonti »*, cit., p. 58 ss.) come accade ogniqualvolta sia stato dedotto un obbligo di restituzione.

Per l'interpretazione funzionale del concetto di finanziamento R. LUPI, *Prime osservazioni*, cit., p. 1498 ss.; D'ALFONSO, *Problemi aperti in tema di anti – thin capitalization rule*, in *Boll. trib.*, 2005, p. 89 ss.

La Circolare Agenzia delle Entrate 17 marzo 2005, n. 11/E § 3.3.1. a riguardo esclude che siano finanziamenti i versamenti c.d. a fondo perduto o in conto capitale potendo gli stessi, peraltro, mutare causa ove siano convertiti in veri e propri finanziamenti dei soci.

⁽⁸¹⁾ Cfr. sul punto A. MONTI, *I finanziamenti e le garanzie dei soci: aspetti problematici conseguenti all'introduzione della thin capitalization*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 221 ss.

⁽⁸²⁾ Più in particolare, però, la tipizzazione solo relativa dello strumento giuridico di erogazione induce a ritenere che sia remuneratoria di un finanziamento anche l'erogazione qualificabile non come interesse passivo ma come mero onere finanziario rispetto ad assetti contrattuali dalla causa finanziaria (si pensi al leasing o al factoring: cfr. Circolare Agenzia delle Entrate 17 marzo 2005, n. 11/E § 3.3.2.1 anche per osservazioni sul c.d. *cash pooling*) con esclusione, quindi, degli interessi da debiti commerciali a meno che questi superino una soglia che la prassi può far ritenere normale e, dunque, esprimano una causa, in realtà, finanziaria.

È, però, vero che le transazioni commerciali nelle specifiche modalità di pagamento possono assumere fisionomie diverse prive di alcuna patologia all'interno di un gruppo laddove attività complementari siano svolte da società controllate fra cui le normali condizioni contrattuali subiscono adattamenti giustificabili in ragione dell'appartenenza al gruppo senza che ciò possa dare luogo all'applicazione di regole fiscali di normalizzazione.

da garanzie di fatto oppure riferibili ad atti giuridici che, seppur formalmente non qualificate come prestazioni di garanzia, mirino ad ottenere lo stesso effetto economico (art. 98, co. 6 del Tuir) ⁽⁸³⁾: se la finalità più evidente della disciplina è evitare che a seguito di scelte gestionali la politica di finanziamento dell'impresa si indirizzi verso l'indebitamento e non la capitalizzazione oltre margini di (presunta) ragionevolezza ed ordinarietà, la volontarietà del finanziamento e, più in particolare, della sua garanzia appare senza dubbio importante nella ricostruzione della ratio della disciplina; di conseguenza, non dovrebbero essere rilevanti le garanzie che la legge stessa pone in capo al socio in ordine all'adempimento dell'obbligazioni di finanziamento assunte dalla società come accade nel caso dell'unico socio di società di capitali ⁽⁸⁴⁾.

L'art. 98, co. 3, lett. e) n. 1) del Tuir esclude dal patrimonio netto contabile il credito della società per i conferimenti non ancora eseguiti; tale disposizione potrebbe estendersi ai conferimenti di opera e servizi in s.r.l. obbligatoriamente garantiti da una polizza fideiussoria o assicurativa ex artt. 2464, co. 6 del c.c. a condizione, però, di aderire a quella tesi che non ritiene incrementato il capitale con la mera sottoscrizione garantita di almeno una parte del capitale cui dovrà seguire il versamento.

Ai sensi del co. 7 dell'art. 98 del Tuir la limitazione alla deducibilità degli oneri sostenuti per finanziamenti non è applicabile ai soggetti inclusi nell'ambito degli studi di settore ⁽⁸⁵⁾, a quelli che abbiamo assunto il finanziamento nell'esercizio di un'attività bancaria o nello svolgimento delle attività

⁽⁸³⁾ La presenza di garanzie di fatto ben potrà essere riconosciuta dall'Amministrazione finanziaria ricostruendo l'effettiva intenzione delle parti alla luce di uno o più comportamenti anche al fine, in ipotesi, di ricondurre l'impegno di cui alla garanzia a parti correlate; nella individuazione occorrerà, pertanto, verificare se il terzo, a prescindere dalla forma, si sia impegnato ad eliminare il rischio per il finanziatore dell'inadempimento della società (cfr. M. BEGHIN, *La Thin capitalization nella « Riforma Tremonti »*, cit., p. 59 ss.) in modo tale che il primo abbia un patrimonio certo su cui soddisfarsi ed il terzo garante assuma un'obbligazione contrattuale di garanzia (a riguardo cfr. Circolare Agenzia delle Entrate 17 marzo 2005, n. 11/E § 3.3.4).

Di interesse il diverso contenuto che possono assumere le *c.d. lettere di patronage* nell'alternativa rilevanza di quelle specifiche e di quelle relative alla generica attività di direzione e coordinamento esercitata da una capogruppo nei confronti delle controllate; si aggiunga nel novero la *c.d. fideiussione omnibus* e quella *c.d. a prima richiesta*.

⁽⁸⁴⁾ Così S. LA ROSA, *La capitalizzazione sottile*, cit., p. 1299; sulla responsabilità patrimoniale dell'unico socio vedi fra gli altri C. IBBA, *La società a responsabilità limitata con un unico socio*, Torino, 1995, spec. p. 129 ss.

⁽⁸⁵⁾ Ovvero per ricavi superiori a € 5.164.569; il limite appare da subito significativo in ordine all'estensione o meno dell'ambito della *c.d. thin cap* alle società *holding*.

di cui all'art. 1 del d. lgs. n. 87/1992 ⁽⁸⁶⁾ né, infine, agli enti pubblici di cui all'art. 74 del Tuir ⁽⁸⁷⁾: l'ambito è, quindi, non così ampio ⁽⁸⁸⁾.

La disposizione individua il finanziatore in un socio qualificato ⁽⁸⁹⁾, anche quando il potere viene esercitato per interposta persona o indirettamente, in presenza di una delle due situazioni di fatto tipizzate ⁽⁹⁰⁾; l'area di controllo si rapporta a due diverse situazioni fra loro alternative: quella del controllo esercitato con i mezzi e nella forma specificamente tipizzata dall'art.

⁽⁸⁶⁾ Ciò al fine di non causare restrizioni all'esercizio di un'impresa tipica quale quella creditizia; sulla necessità di verificare i criteri di prevalenza per assoggettare alla *thin cap* le finanziarie miste ovvero quelle che accanto al finanziamento esercitano attività di detenzione di partecipazioni vedi E. BELLI CONTARINI, *L'applicazione della thin capitalization nel settore bancario e finanziario*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 548 ss. il quale ritiene recessivo il criterio degli studi di settore rispetto a quello della prevalenza per la specialità di quest'ultimo; sull'applicazione della limitazione alle finanziarie solo infragruppo ancora E. BELLI CONTARINI, *op. cit.*, p. 551; *adde* A. CONTRINO, *La normativa fiscale*, cit., p. 1271 ss.

⁽⁸⁷⁾ I.e. lo Stato e gli enti pubblici non soggetti all'Ires; sull'esclusione delle società miste e delle società finanziarie locali vedi A. CONTRINO, *La normativa fiscale*, cit., p. 1251.

⁽⁸⁸⁾ La limitazione si applica, in ogni caso, alle società che esercitano in via esclusiva o prevalente l'attività di assunzione di partecipazioni e comprende persone fisiche ed enti già soggetti all'Irpef e all'Ires nonché percipienti non soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta anche in ragione delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria; peraltro, si potrebbe dubitare della legittimità della discriminazione operata fra enti pubblici economici ed enti privati laddove il legislatore ha circoscritto l'ineducibilità solo a questi ultimi potendosi ipotizzare un aiuto di Stato sotto forma di mancata limitazione della deduzione a favore di alcuni e non tutti gli operatori imprenditoriali di un mercato.

Non pare, quindi, giuridicamente accoglibile la giustificazione che della discriminazione è stata data nella Circolare Agenzia delle Entrate 17 marzo 2005, n. 11/E § 3.1. laddove si evoca una finalità di non penalizzare la fisiologicità dell'indebitamento per la natura pubblica della relativa garanzia.

⁽⁸⁹⁾ La circostanza che la natura qualificata del socio si caratterizzi per l'esercizio di poteri di gestione tipizzati dovrebbe indurre a ritenere che non assumano rilievo le partecipazioni di controllo possedute a titolo di pegno in ragione della funzione di garanzia del possesso stesso (così M. MICCINESI, *Thin capitalization*, in *Giur. imp.*, 2004, p. 758) come accade nelle operazioni di *leverage buy out*. (In questo senso la Circolare Agenzia delle Entrate 17 marzo 2005, n. 11/E.).

⁽⁹⁰⁾ In base al terzo comma è qualificato, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici, il socio che esercita sulla società debitrice un potere di controllo, diretto o indiretto, anche per influenza dominante *ex art.* 2359 del c.c. o che vi partecipa anche con parti correlate o di questo familiari se persona fisica (si rinvia per approfondimenti tra i altri a A. CONTRINO, *La normativa fiscale*, cit., p. 1259 ss.) con una percentuale non inferiore al 25% intendendosi per tali gli enti controllati dal socio qualificato, ad esempio, in un gruppo a sviluppo verticale.

In questo senso la presenza di un soggetto interposto è configurabile nell'ipotesi *sub a)* quale soggetto controllato e *sub b)* del co. 3 dell'art. 98 del Tuir quale parte correlata: in questo senso anche M. BEGHIN, *La Thin capitalization nella « Riforma Tremonti »*, cit., p. 48 ss.

2359 del c.c. ⁽⁹¹⁾ e quella in cui tale potere si esprime nel voto con una percentuale non inferiore al 25% ⁽⁹²⁾.

A fronte della menzionata normalizzazione del livello fisiologico dell'indebitamento, la circostanza che non tutti gli indebitamenti « sproporzionati » siano patologici e che strategie aziendali e composizioni sociali possono indurre a preferire il capitale di debito rispetto a quello proprio ⁽⁹³⁾ dovrebbe giustificare un'effettiva capacità del contribuente debitore di dimostrare l'assenza di qualsiasi patologia nella sproporzione e, quindi, la propria autonoma capacità di credito.

L'art. 98, co. 2, lett. b) del Tuir ammette che la limitazione non operi qualora l'ammontare eccedente di finanziamenti sia giustificato dalla capacità della società debitrice di assolvere in base alla propria esclusiva capacità di credito ⁽⁹⁴⁾ e che, dunque, la quota parte di patrimonio sociale avrebbe costituito per un finanziatore terzo rispetto alla compagine sociale garanzia sufficiente ⁽⁹⁵⁾; assai difficile da ipotizzare la prova della capacità di indebita-

⁽⁹¹⁾ Vedi tra gli altri A. CONTRINO, *La normativa fiscale*, cit., p. 1252 ss. il quale, peraltro, esclude che il controllo di fatto esterno senza partecipazione possa dare luogo all'applicazione della limitazione in quanto la *ratio legis* sarebbe quella di condizionare le scelte di un soggetto socio e non di un terzo.

⁽⁹²⁾ Sulla peculiarità della nozione rispetto a quella del consolidato in quanto incentrata su di un dato giuridico ed affatto economico vedi M. BEGHIN, *La Thin capitalization nella « Riforma Tremonti »*, cit., p. 50 ss. anche per la individuazione del concetto di parte correlata.

Su tale seconda ipotesi A. CONTRINO, *La normativa fiscale*, cit., p. 1255 ss.

⁽⁹³⁾ Su tale premessa R. LUPI, *Prime osservazioni in tema di Thin Capitalization*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 1493 ss. il quale distingue la sottocapitalizzazione apparente da quella reale concludendo per una natura sproporzionata del mezzo normativo rispetto al fine ed agli effetti di condizionamento, ingiustificati, delle scelte imprenditoriali; per altre valutazioni di *tax policy* nell'evoluzione della disciplina degli interessi passivi e della mediazione fra interessi contrastanti S. LA ROSA, *Prime osservazioni sul previsto nuovo regime degli interessi per finanziamenti dei soci alle società*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, I, spec. p. 1205 ss.; IDEM, *La capitalizzazione sottile*, cit., p. 1283 ss.

⁽⁹⁴⁾ Si è, peraltro, acutamente osservato (A. FANTOZZI, *La nuova misura*, cit., p. 109) come la condizione della capacità di credito non si riveli la migliore per contrastare la distribuzione di utili sotto forma di pagamento di interessi in quanto sarebbe stato sufficiente normalizzare una soglia massima per questi ultimi.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. D'ABRUZZO, *Contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione, regole di applicazione e strumenti di difesa del contribuente*, in *Boll. trib.*, 2005, p. 405 ss.

L'area di controllo definita dal legislatore definisce un contesto di rapporti intersoggettivi privi di indipendenza rispetto ai quali (anche) la misura dell'indebitamento necessita di trovare valide ragioni economiche; in realtà, però, la prova contraria richiesta dal legislatore attinge al profilo non dell'inerenza del debito nel suo aspetto funzionale e quantitativo ma della

mento dal momento che il legislatore esclude che sia dimostrata dall'oggettiva possibilità di garanzie personali ⁽⁹⁶⁾.

È, pertanto, il solo patrimonio sociale a rappresentare lo strumento per disapplicare la limitazione della deducibilità ⁽⁹⁷⁾ di cui alla norma in questione ⁽⁹⁸⁾; peraltro, la prova contraria si palesa ardua qualora la società non solo

sola possibilità di soddisfazione alla luce di capacità reddituali e patrimoniali del soggetto indebitato.

La disciplina della prova contraria conferma, allora, l'intenzione di accertare solo il rapporto di proporzionalità fra indebitamento e consistenza patrimoniale; nulla si chiede, invece, sull'inerenza del debito.

Questione che potrebbe intrecciarsi con quella della solvibilità nel caso in cui il finanziamento sia stato ottenuto per finanziare un'operazione di *leverage buy out*: in questo caso il finanziamento garantito alla *newco* costituito da un pegno offerto dai soci sulle azioni della stessa o della società *target* potrebbe non causare l'indeducibilità degli interessi passivi dimostrando che la solvibilità del debitore è garantita dal patrimonio della *newco* o della società *target* il cui patrimonio, nella specie, è poi destinato a confluire nella società che emergerà dalla fusione tra questa e la *newco*.

⁽⁹⁶⁾ Si evidenzia, peraltro, come la prova in capo al singolo socio possa essere causata dal scelte di (mancata) patrimonializzazione approvate da una maggioranza contrapposta ad un socio, qualificato, ma di minoranza: di qui l'interessante prospettiva civilistica di verificare se l'applicazione della *thin capitalization* in ragione di scelte che abbiano causato un superamento del limite quantitativo fissato dall'art. 98 del Tuir possa arrecare un danno al socio qualificato di minoranza in quanto tale o alla stessa società.

⁽⁹⁷⁾ Sul rischio di una « prova diabolica » M. BEGHIN, *La thin capitalization e la prova della « esclusiva capacità di credito » tra prospettive di disapplicazione e procedimento di interpellato*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2003, p. 220 ss. nonché A. MONTI, *I finanziamenti*, cit., p. 229 ss.; condivide l'eccessiva e talvolta illogica rigorosità che della prova contraria ha dato l'Agenzia delle Entrate anche E. BELLI CONTARINI, *L'applicazione*, cit., p. 552 ss. e A. CONTRINO, *La normativa fiscale*, cit., p. 1322 ss.

⁽⁹⁸⁾ Non si dovrebbe limitare la valutazione al solo contenuto patrimoniale presente del patrimonio sociale suscettibile di esecuzione forzata o di essere alienato per creare immediata liquidità (in senso restrittivo, invece, la Circ. Agenzia delle Entrate 17 marzo 2005, n. 11) ma, invece, si dovrebbe poter apprezzare la rilevanza del patrimonio a rappresentare capacità reddituali non solo oggettive ed attuali (avviamento, beni patrimoniali) ma anche future (proventi certi, liquidi ma non ancora esigibili, plusvalenze latenti) (così Circolare Agenzia delle Entrate n. 11/E/2005 cit., § 7); in questa prospettiva senza dubbio dimostrativa sarà l'attribuzione all'impresa di un rating da parte delle banche a seguito del recepimento dell'accordo c.d. di « Basilea 2 » in materia di affidamenti bancari.

Nega, invece, alcuna rilevanza alle certificazioni bancarie che attestino la disponibilità dell'azienda creditizia ad erogare un finanziamento alla società la Ris. Agenzia Entrate 8 agosto 2005, n. 113/E.

Non sembra, pertanto, argomento contrario la precipua natura dell'oggetto sociale della società diversamente da quanto, invece, accade nell'art. 2467 del c.c. che pur intende combattere, sebbene *ex post* e non *ex ante*, il fenomeno della sottocapitalizzazione negli eventuali ef-

non abbia utili ma sia priva anche di beni con plusvalenze latenti e, ciononostante, il socio abbia concesso il finanziamento affidandosi su di una futura capacità di credito e, quindi, di restituzione ⁽⁹⁹⁾ tipica dell'immedesimazioni quasi fiduciaria che il socio qualificato ha nella società che controlla.

In ordine al momento in cui fornire tale prova resta dubbio se essa debba essere preventiva rispetto all'indebitamento o, comunque, alla determinazione del reddito o, invece, solo eventuale in fase precontenziosa o contenziosa ⁽¹⁰⁰⁾.

fetti pregiudizievole in sede di pagamento dei creditori fallimentari e di postergazione dei soci creditori rispetto ai creditori terzi.

Significativa, invece, la previa emissione di obbligazioni da parte della società e la disciplina civilistica della garanzia del pagamento dopo l'emissione: la circostanza, infatti, che in tal caso non sia possibile ridurre il capitale o distribuire utili se non in parte minima *ex art.* 2467 del c.c. garantirebbe l'equilibrio finanziario e patrimoniale richiesto per la deducibilità. Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 11/E/2005 cit., § 8.

⁽⁹⁹⁾ Come osservato da S. LA ROSA (*La capitalizzazione sottile*, cit., p. 1292) il richiamo all'effettiva capacità di soddisfare il credito dimostrerebbe la natura non propriamente antielusiva dell'art. 98 del Tuir dal momento che, se lo fosse stato, avrebbe richiesto a dimostrazione della ragione dell'indebitamento l'opposta capacità di non trovare risorse proprie.

⁽¹⁰⁰⁾ La mancanza di una procedura espressa di interpello preventivo induce ad escludere un onere in capo al contribuente essendo tassativi i dettati di cui alle procedure di interpello *ex art.* 21 l. n. 413/1991 e 37 *bis*, co. 1-3 del d.p.r. n. 600/1973; resterebbe, invece, percorribile la strada dell'istanza di disapplicazione *ex art.* 37 *bis*, co. 8 del d.p.r. n. 600/1973 laddove l'art. 98 del Tuir nella parte *de qua* sia inteso quale norma antielusiva che limita deduzioni di componenti negative di reddito (interessi passivi): così anche M. BEGHIN, *La Thin capitalization nella « Riforma Tremonti »*, cit., p. 76 e D'ABRUZZO, *Contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione*, cit., p. 408; affatto condivisibile, dunque, la negazione di qualsiasi interpretazione estensiva della disciplina dell'interpello disapplicativo espressa a riguardo dalla Circ. Agenzia delle Entrate 17 marzo 2005, n. 11.

Negare del tutto la possibilità di ricostruire, anche in via interpretativa, uno spazio di azione al contribuente che intenda preventivamente dimostrare la propria capacità di rientro dall'esposizione debitoria, potrebbe inibire, nei fatti, la tutela del diritto del contribuente alla prova contraria e, dunque, rischiare di trasformare in assoluta una presunzione che dovrebbe essere relativa né pare sufficiente ipotizzare un rinvio di tale tutela alla sola e conclusiva fase contenziosa (cfr. M. MICCINESI, *Thin capitalization*, cit., p. 762) rispetto alla rilevanza di interessi sia privati che pubblici già in una fase precontenziosa di contraddittorio amministrativo.

I principi di collaborazione *ex l.* n. 212/2000 nonché le conseguenze logiche di un onere gravante *ex lege* sul contribuente impongano all'ufficio di valutare l'eventuale istanza con la quale il contribuente, allegando prove documentali, provochi un contraddittorio con l'Amministrazione e, quindi, di procedere ad una risposta motivata di accoglimento o di rigetto. Sul possibile fondamento del contraddittorio sul principio di collaborazione vedi anche COMELLI, *Sul contrasto all'utilizzo fiscale della sottocapitalizzazione*, cit., p. 268.

9. - *Le modifiche apportate alla disciplina della deducibilità degli interessi passivi dalla l. n. 244/2007 (il R.o.l.; l'eliminazione del pro rata patrimoniale e delle regole in materia di sottocapitalizzazione).*

La l. n. 244 del 2007 interviene a modificare anche la disciplina della deducibilità degli interessi passivi così come contenuta negli artt. 96, 97 e 98 del Tuir.

In ordine all'art. 96 il legislatore, modificando completamente il precedente testo, dispone che la deducibilità sia ammessa fino a concorrenza degli interessi attivi e proventi assimilati; l'eventuale eccedenza è deducibile nel limite del 30% del risultato operativo lordo (R.o.l.) della gestione caratteristica (co. 1) intendendosi per tale la differenza fra il valore e i costi della produzione di cui alle lett. A) e B) dell'art. 2425 del c.c. esclude le voci di cui al n. 10), lett. a) e b), dei canoni di locazione finanziaria di beni strumentali (co. 2); in caso di consolidato fiscale l'eventuale eccedenza di interessi passivi indeducibili in capo ad un soggetto potrà essere utilizzata per ridurre il reddito complessivo a condizione che altri soggetti consolidati presentino per lo stesso periodo di imposta un R.o.l. capiente non integralmente sfruttato (co. 7).

L'art. 1, co. 33, della l. n. 244/2007 ha, quindi, abrogato gli artt. 97 e 98 del Tuir i quali disciplinavano, come visto, il c.d. pro rata patrimoniale di deducibilità degli interessi passivi e le regole di contrasto al fenomeno della c.d. capitalizzazione sottile.

10. - *Lineamenti dell'imposizione indiretta sui conferimenti.*

Nell'imposizione indiretta dei conferimenti in società, è fondamentale il principio della c.d. alternatività tra l'imposta sul valore aggiunto e l'imposta di registro⁽¹⁰¹⁾: un atto assoggettabile ad imposta proporzionale di registro, allorché configuri il presupposto oggettivo dell'Iva ovvero abbia ad oggetto operazioni (cessioni di beni e prestazioni di servizi) soggette all'Iva, sconterà, infatti, solo quest'ultima con applicazione della sola imposta fissa di registro a titolo di tassa per la registrazione.

Il d.p.r. n. 633 del 1972 in materia di imposta sul valore aggiunto distingue i conferimenti che hanno per oggetto un'azienda od un ramo d'azienda da quelli aventi ad oggetto singoli beni; in base all'art. 2, co. 3, lett. b) del d.p.r. n. 633⁽¹⁰²⁾, i conferimenti d'azienda o ramo d'azienda in società od al-

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. artt. 5 e 40 d.p.r. n. 131/1986.

⁽¹⁰²⁾ Come modificato dal d. lgs. 2 settembre 1997, n. 313; prima del d. lgs. n. 313/1997 i conferimenti di ogni tipo erano esclusi in base alla lett. e) dell'art. 2, co. 3.

tri enti, non sono considerati cessioni di beni; pertanto l'imposta sul valore aggiunto si applicherà ai conferimenti aventi ad oggetti beni che non hanno natura aziendale.

In materia di imposta di registro, il combinato disposto degli artt. 50 del d.p.r. n. 131/1986 e 1 e 4 della Tariffa ad esso allegata, prevede l'assoggettamento ad imposta fissa dei conferimenti di beni diversi dagli immobili, veicoli iscritti al PRA ed unità da diporto, effettuati (in sede di costituzione o di aumento di capitale o patrimonio) in società di ogni tipo, enti non societari compresi i consorzi, le associazioni e le altre organizzazioni di persone o di beni, con o senza personalità giuridica, aventi per oggetto principale od esclusivo l'esercizio di attività commerciale; per i beni immobili sono previste differenti aliquote ⁽¹⁰³⁾.

In relazione all'adempimento delle formalità riguardanti le trascrizioni, iscrizioni, rinnovazioni ed annotazioni eseguite nei pubblici registri immobiliari ⁽¹⁰⁴⁾ le imposte ipotecarie e catastali sono dovute nella misura fissa se dette formalità discendono da operazioni di conferimento di azienda o ramo d'azienda, oppure se trattasi di operazioni soggette ad Iva, mentre nel caso di conferimento avente ad oggetto immobili, trovano applicazione in misura proporzionale assumendo come base imponibile quella ai fini dell'imposta di registro.

Per il conferimento d'azienda o ramo d'azienda trattandosi di operazione esclusa dall'Iva (art. 2, co. 3, lett. *b* del d.p.r. n. 633), l'imposta di registro, ai sensi dell'art. 4, co. 1, lett. *b*) della Tariffa allegata al d.p.r. n. 131/1986 è dovuta nella sola misura fissa ⁽¹⁰⁵⁾; se nel patrimonio trasferito sono compresi immobili, sono altresì dovute le imposte ipotecarie e catastali in misura fissa.

Il conferimento di singoli beni è da ritenersi una particolare fattispecie di cessione ai fini dell'Iva; dovrà pertanto verificare la natura del singolo bene trasferito in modo da stabilire l'aliquota applicabile (ovvero individuare la norma di esenzione) ed inoltre verificare l'operatività del principio di alternatività Iva/Registro; in base alla nota IV all'art. 4 della Tariffa, Parte prima

Cfr. Circ. Agenzia Entrate 24 dicembre 1997, n. 328.

⁽¹⁰³⁾ Sono da ritenersi naturalmente esclusi gli immobili trasferiti in esito al conferimento d'azienda in quanto l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa prescinde dalla natura dei beni facenti parte dell'azienda o ramo trasferito, e quindi anche se essa comprenda immobili (cfr. Ris. Agenzia Entrate 3 luglio 2001, n. 99).

⁽¹⁰⁴⁾ Art. 1 del d. lgs. n. 347/1990.

⁽¹⁰⁵⁾ Tale regime di particolare favore, ha sostituito, dal 1 gennaio 2000 il precedente regime che prevedeva in alcune ipotesi (ad es. conferimento effettuato da soggetto non-Iva) l'assoggettamento ad imposta proporzionale di registro dell'1%.

allegata al d.p.r. n. 131/1986, se la società conferitaria ha sede legale o amministrativa in altro Stato membro UE, l'imposta è comunque dovuta nella misura fissa.

Il conferimento in denaro è un'operazione esclusa dal campo di applicazione dell'Iva (art. 2, co. 3, lett. *a* d.p.r. n. 633/1972); a seguito delle modifiche di cui all'art. 10, co. 2, l. n. 488/1999, l'art. 4, co. 1, n. 5 della Tabella allegata al d.p.r. n. 131/1986, prevede l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa: pertanto non ha più rilevanza la natura del conferente, ovvero se questi sia o meno soggetto Iva che agisce in quanto tale.

Il conferimento di beni mobili è assoggettato ad imposta fissa di registro ⁽¹⁰⁶⁾.

Il conferimento di beni immobili e diritti reali immobiliari potrebbe rientrare, seconda dei casi, nell'ambito impositivo dell'imposta sul valore aggiunto a seguito dell'abrogazione della lett. *e* del co. 3 dell'art. 2 del d.p.r. n. 633/1972, che fino al 31 dicembre 1997 escludeva da Iva ogni tipo di conferimento, anche di beni immobili ⁽¹⁰⁷⁾.

Il conferimento di partecipazioni è operazione esente Iva *ex* artt. 10, co. 1, n. 4 del d.p.r. n. 633/1972 con applicazione dell'imposta di registro in misura fissa.

Il conferimento di servizi è, invece, operazione esclusa da Iva *ex* artt. 3, co. 4, lett. *d*), d.p.r. n. 633/1972.

⁽¹⁰⁶⁾ Per il conferimento di unità da diporto si applicheranno le imposte fisse nella misura indicata nell'art. 7 della Tariffa, Parte prima; per quello di autoveicoli iscritti al PRA (artt. 4, co. 1, n. 5 della Tariffa, Parte prima ed 11 *bis* della Tabella) a seguito della soppressione (art. 57, co. 1, lett. *c*), d. lgs. n. 446 del 15 dicembre 1997) delle lettere da *a* ad *e*, dell'art. 7 della Tariffa, Parte prima, dal 1 gennaio 1999 non sono più dovute le imposte sui trasferimenti, ma la sola imposta provinciale di trascrizione (I.P.T. *ex* art. 56, d. lgs. n. 446/1997) per il cui ammontare vds. d.m. 27 novembre 1998, n. 435; per quello di beni mobili e diritti diversi da quelli di cui sopra a seguito delle modifiche di cui all'art. 10, co. 2, l. n. 488/1999, l'art. 4, co. 1, n. 5 della Tabella allegata al d.p.r. n. 131/1986, prevede l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa.

⁽¹⁰⁷⁾ Se l'operazione è qualificabile come imponibile od esente (ad eccezione delle ipotesi di esenzione di cui ai nn. 8 ed 8 *bis* del co. 1, art. 10 d.p.r. n. 633/1972 e dei beni acquistati senza possibilità di detrarre l'imposta di cui al n. 27 *quinquies* dello stesso articolo), si rendono dovute le imposte di registro, ipotecarie e catastali, nella misura fissa; vi rientrano quindi i terreni edificabili, gli immobili strumentali ecc.

Nelle altre ipotesi, e, cioè, di conferimento effettuato da chi non è soggetto Iva (che agisce in quanto tale); di operazioni non imponibili; esenti art. 10, nn. 8, 8 *bis* e 27 *quinquies*, ovvero escluse, si rende applicabile l'art. 4, co. 1, lett. *a*), n. 1, della Tariffa, Parte prima, che rinvia alle aliquote indicate nel precedente art. 1.

CAPITOLO III

L'IMPOSIZIONE PER TRASPARENZA DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI

SOMMARIO: 1. I presupposti oggettivi e soggettivi del regime di imposizione « per trasparenza ». – 2. I limiti, i soggetti esclusi ed i regimi fiscali alternativi o non applicabili. – 3. Modalità di esercizio e durata dell'opzione. – 4. Esercizio dell'opzione e determinazione anche agevolata del reddito e delle perdite tra « fiscalità » della società e del socio. – 5. Non imponibilità in capo alla società « trasparente » degli utili imputati per trasparenza, utili « eccedenti » ed utili effettivamente distribuiti ma previamente imputati per trasparenza. – 6. La trasmissibilità delle perdite. – 7. Le vicende del socio e della partecipazione nella società trasparente. – 8. Scelte (o mancate scelte) negoziali della società partecipata e dei soci, rapporti fra soci e regole dell'amministrazione societaria.

1. - *I presupposti oggettivi e soggettivi del regime di imposizione « per trasparenza ».*

Ai sensi degli artt. 115 e 116 del Tuir n. 917/1986 l'opzione per l'applicazione del regime fiscale della c.d. trasparenza societaria è esercitabile da società di capitali commerciali ma con caratteristiche tali da individuare due specie soggettive.

a) Le società di capitali al cui capitale partecipano esclusivamente società di capitali commerciali, società cooperative e società di mutua assicurazione residenti, ciascuna con una percentuale di diritto di voto esercitabile nell'assemblea *ex art.* 2346 del c.c. ⁽¹⁾ e di partecipazione agli utili non inferiore al dieci per cento e non superiore al cinquanta per cento (art. 115, co. 1).

La soglia minima del dieci per cento risponde all'esigenza di discriminare le partecipazioni con funzione di strumento di investimento finanziario da quelle, invece, comprese, che permettono il condizionamento della gestione imprenditoriale tramite il controllo; il limite del cinquanta per cento si presta, invece, ad una più attenta riflessione laddove se ne condividano i possi-

⁽¹⁾ L'art. 3, co. 2 del d.m. 23 aprile 2004 ha puntualizzato come il riferimento debba essere inteso in modo più proprio come effettuato agli artt. 2364, 2364 *bis* e 2479 *bis* del c.c.

bili effetti irragionevolmente discriminatori rispetto a soglie di partecipazione più elevate e, dunque, maggiormente indicative di quell'immedesimazione fra soci e società che la norma avrebbe inteso valorizzare rispetto alla distribuzione ed appropriazione del reddito.

La disposizione, si è osservato ⁽²⁾ sarebbe in sintonia con la circostanza che nelle società di capitali la mera approvazione del bilancio non farebbe nascere di per sé il diritto all'utile derivando questo solo da apposita delibera.

Si può, a riguardo, aggiungere che in una società di capitali la decisione all'unanimità di per sé non corrisponde, quanto a « peso », alla delibera di distribuzione dell'utile dal momento che questa è adottabile non solo all'unanimità ma anche a sola maggioranza esprimendo, così, una volontà di un gruppo di comando anche se formato da « *alcuni tra pochi* ». Se così non fosse, il legislatore avrebbe irragionevolmente equiparato, quanto a potere di gestione e di appropriazione, il socio con una partecipazione inferiore al dieci per cento a quello con una partecipazione dal dieci per cento al cinquanta per cento; appare, dunque, non condivisibile la scelta di imporre l'unanimità laddove una maggioranza abbia intenzione di godere, senza necessariamente abusare della sua posizione, di un regime fiscale opzionale: l'ipotesi di permettere al socio di minoranza dissenziente di non optare lo tutelerebbe oltre misura se tale volontà negativa condizionasse anche gli altri.

Peraltro, la misura della soglia partecipativa risulta coerente a livello sistematico laddove coordinata con la disciplina del consolidato fiscale ⁽³⁾ e valutata per la sua idoneità ad attirare la scelta degli operatori nei casi in cui la tassazione di gruppo *ex art. 117 del Tuir* non sia applicabile per l'entità del controllo richiesto e tipizzato dall'art. 2359, co. 1, n. 1 del c.c.

b) Le (sole) s.r.l. con un volume di ricavi non superiore alla soglia prevista per l'applicazione degli studi di settore ⁽⁴⁾ ed una compagine sociale composta esclusivamente da persone fisiche in numero non superiore a dieci o venti se società cooperativa (art. 116, co. 1); I parametri normativi per definire la « piccola » s.r.l. ovvero la misura dei ricavi ed il numero e la natura dei soci fanno presumere, infatti, l'intenzione legislativa di enucleare (al pari

⁽²⁾ P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 323.

⁽³⁾ Al quale si accede, come ricorda la Circolare n. 497E cit. § 2.4.3. con soglie superiori e dando rilievo anche alle partecipazioni indirette e facendo ricorso al c.d. demoltiplicatorie di cui all'art. 120, co. 1 del Tuir.

⁽⁴⁾ Ovvero a € 5.164.568,99.

di quanto accade nel settore civilistico) una disciplina tipologica diversa da quella propria (e normalmente applicabile) alle grandi società di capitali industriali.

La duplicità delle fattispecie, se, da un lato, può essere resa unitaria rispetto ad un'applicazione analogica della disciplina dettata per le società di persone⁽⁵⁾, dall'altra, però, si caratterizza, come si vedrà, per un primato della disciplina della prima rispetto alla seconda la quale, discostandosene solo per aspetti particolari, viene definita per rinvio e/o per interpretazione analogica.

L'art. 14, co. 3 del d.m. del 23 aprile 2004 estende l'ambito dell'opzione per trasparenza ai casi in cui l'acquisto della partecipazione nel soggetto trasparente sia obbligatoria per legge⁽⁶⁾ mentre resterebbe da chiarire se l'opzione sia esercitabile da soci con partecipazioni non obbligatorie ma intrasferibili in ragione di vincoli convenzionali e/o conseguenti al particolare oggetto dell'ente⁽⁷⁾; non è, invece, preclusiva la circostanza che la società detenga partecipazioni che possano godere, ai fini sia della cessione che dell'erogazione di dividendi, del regime della c.d. *participation exemption* di cui all'art. 87 del Tuir.

2. - I limiti, i soggetti esclusi ed i regimi fiscali alternativi o non applicabili.

L'esercizio dell'opzione non è consentito in presenza di particolari circostanze attinenti ai rapporti società/soci, all'utilizzabilità di altre discipline applicabili in presenza di rapporti di controllo introdotte dal d. lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 come nel caso dell'opzione per il consolidato fiscale nazionale e mondiale di cui agli artt. 117 e ss. e 130 e ss. del Tuir.

La limitazione intende evitare la sovrapposizione tra regimi diversi che si creerebbe, qualora la società partecipata fosse configurabile come controllata ai sensi degli artt. 117 e 130 del Tuir con evidenti distonie poiché nella trasparenza il reddito è imputato ai soci la cui soggettività tributaria sarebbe senza dubbio rafforzata mentre nel consolidato gli effetti reddituali dell'attività economica dell'ente partecipato verrebbero concentrati in capo alla con-

⁽⁵⁾ Si pensi, ad esempio, al momento rispetto al quale verificare la sussistenza dei requisiti di socio (cfr. Circolare n. 49/E cit. § 2.3).

⁽⁶⁾ Ciò accade, ad esempio, per i consorzi obbligatori per legge al fine dell'esercizio di una certa attività (imballaggi, riciclaggio rifiuti, etc. (cfr. Circolare n. 49/E cit. § 3.5.1)).

⁽⁷⁾ Si pensi ai consorzi di garanzia per i fidi o di promozione per l'esportazione (cfr. Circolare n. 49/E cit. § 3.5.1).

trollante⁽⁸⁾ con perdita o, quantomeno, attenuazione della soggettività tributaria delle singole società controllate⁽⁹⁾.

Per i soci non residenti, si presta attenzione all'articolazione dell'impresa, in quanto l'opzione è praticabile a condizione che la società non residente abbia in Italia una stabile organizzazione⁽¹⁰⁾, ed al regime fiscale applicabile in materia di ritenuta alla fonte.

Qualora la società residente che abbia esercitato l'opzione sia partecipata (anche) da soci non residenti ai sensi dell'art. 115, co. 2 del Tuir e dell'art. 1, co. 2 del d.m. 23 aprile 2004 l'opzione è ammessa solo se nei confronti dei soci non vi sia obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti *ex art. 27 bis* del d.p.r. n. 600/1973 di modo che il flusso reddituale tra società e socio sia colpito con ritenuta definitiva come accade nei rapporti tra società controllante e controllata (madre - figlia) o se, in caso di applicazione della ritenuta, questa sia integralmente rimborsabile. La disciplina regolamentare (art. 1, co. 2 del d.m. citato) ammette, peraltro, che l'ente partecipante alla società trasparente possa essere anche non residente essendo sufficiente che non vi sia obbligo di ritenuta o che vi sia diritto all'integrale rimborso⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ Si veda L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 1508.

La preclusione non opererebbe, invece, per soci della società che abbiano optato per il regime di trasparenza o del consolidamento fiscale i quali resterebbero liberi di esercitare l'opzione per il consolidato o per la trasparenza (cfr. Circolare n. 49/E cit. § 2.5).

⁽⁹⁾ Così P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'Ires*, cit., p. 334.

⁽¹⁰⁾ La stabile organizzazione permetterebbe, così, di tutelare la pretesa fiscale rendendola efficacemente azionabile nei confronti del contribuente non residente; i soggetti non residenti imprenditori commerciali sono, infatti, assoggettati in Italia ai sensi dell'art. 23, co. 1, lett. e) del Tuir per il solo reddito prodotto nel territorio italiano tramite una stabile organizzazione.

La menzionata condizione potrebbe dare adito a dubbi di irragionevole discriminazione laddove valutata nella logica dei principi e delle libertà fondamentali dell'Unione europea; essa, infatti, causerebbe un diverso trattamento tra soggetti residenti in Italia e soggetti residenti in altri paesi dell'Unione europea. A riguardo la recente giurisprudenza comunitaria in materia, ad esempio, di trasferimento della residenza e della sede, di deducibilità di costi e di perdite *sub condicione* dell'avvenuta distribuzione di dividendi imponibili o, comunque, produzione di proventi imponibili potrebbe offrire validi spunti ed argomenti per sostenere la necessità di una correzione della disciplina; sia permesso rinviare a V. FICARI, *Trasferimento della sede all'estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato C.e. dell'« exit tax » sulle plusvalenze latenti*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 2146 ove ulteriori indicazioni anche bibliografiche e giurisprudenziali.

⁽¹¹⁾ Cfr. A. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni*, cit., pp. 691 e 698 ss.

Qualora il meccanismo della trasparenza non operasse e, dunque, il reddito della società partecipata italiana non fosse imputato al socio non residente quale reddito di impresa (anche senza una stabile organizzazione) il reddito pro quota non sarebbe imponibile in Italia a meno

Non dispiega alcun effetto preclusivo, invece, la circostanza che il soggetto che intenda optare sia in possesso di una partecipazione assoggettabile alle regole della c.d. *pex* di cui all'art. 87 del Tur⁽¹²⁾.

che la partecipazione nella società non venga configurata come una stabile organizzazione alla stregua di un recente indirizzo della giurisprudenza di legittimità.

Poiché la ritenuta alla fonte è sempre prescritta per i soggetti residenti al di fuori della UE anche quando la convenzione contro le doppie imposizioni attenua la misura della ritenuta, questi non potranno mai essere assoggettati al regime di trasparenza.

Il requisito in esame offre il fianco a rilievi critici in ordine agli effetti discriminatori che provoca rispetto a società residenti in altri Stati della C.E. prive dei requisiti per l'opzione.

In particolare, l'effetto discriminatorio emergerebbe con riguardo alla necessaria soglia di partecipazione minima richiesta dall'art. 27 *bis* nella società che distribuisce e pari al 25% rendendo impossibile l'opzione nel caso di una partecipazione inferiore o pari al 10% come, invece, ammesso per le società residenti; sul punto A. DI PIETRO, *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei non residenti ed i principi comunitari*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 597 ss.

Tale condizione dovrebbe, peraltro, essere meglio valutata alla luce della circostanza che non esistendo al momento convenzioni contro le doppie imposizioni che escludano l'erogazione di dividendi dalla ritenuta (o ricorda la Circolare n. 49/E cit. § 2.4.5.) e che la stessa sarebbe soddisfatta qualora alla partecipante non residente fosse applicabile la direttiva in materia di dividendi infragruppo tra « madri » e « figlie » comunitarie (direttiva n. 90/435/CE modificata nelle soglie di partecipazione e di controllo dalla direttiva 22 dicembre 2003, n. 123 (2003/123/CE) che escluderebbe, per l'appunto, qualsiasi ritenuta).

Un ulteriore elemento di conflitto potrebbe, altresì, rinvenirsi nell'art. 2, lett. c) della direttiva il quale richiedendo requisiti diversi da quelli del regime di trasparenza – ovvero che la società interessata residente in altro Stato UE sia assoggettata all'Irpeg/Ires senza possibilità di opzione per un regime di imposizione agevolata né di esenzione da imposizione – potrebbe far escludere il regime di trasparenza pur in presenza degli altri requisiti fissati dagli artt. 115 e 116 del Tuir; sarebbe, comunque, del tutto illogico ritenere non accessibile il regime di trasparenza da parte di società residenti in altri stati membri che possano godere del regime della direttiva madre – figlia laddove una società figlia residente in Italia fosse controllata da una società « madre » assoggettata alla direttiva (così già L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., p. 1511 ss.).

Le modifiche di recente apportate alla menzionata direttiva potrebbero richiedere ulteriori interventi di coordinamento con la disciplina della trasparenza nelle parti in cui si prevede che la società madre residente nella C.E. possa essere tassata per la quota di utili non distribuiti ma di spettanza della figlia non residente, che gli utili se distribuiti siano esenti da ritenuta e che, in alternativa, lo Stato della società madre consenta la deduzione delle imposte pagate dalla società figlia nello Stato della propria residenza.

Si aggiunga che, sotto altro profilo, la circostanza che l'avvenuta scelta per la trasparenza possa « eliminare » o, quantomeno, « attenuare » l'autonoma soggettività tributaria della società di capitali partecipata potrebbe impedire l'applicazione della disciplina tributaria comunitaria in materia di interessi e di *royalties*, infragruppo (Direttiva 2003/49/CE) dal momento che il legislatore comunitario, al fine della disapplicazione della ritenuta alla fonte su tali componenti ove erogate da soggetto residente nella UE, richiede, tra l'altro, non solo la localizzazione in uno stato membro ma anche (e soprattutto) l'assoggettamento ad imposta del benefi-

Un aspetto delicato è quello dell'eventuale dissociazione fra la qualità di socio e la titolarità dei diritti patrimoniali ed amministrativi nella prospettiva dell'impossibilità di esercizio dell'opzione⁽¹³⁾.

In presenza di usufrutto azionario la necessità del diritto di voto renderebbe necessaria la sussistenza in capo all'usufruttuario della qualità di socio⁽¹⁴⁾; per le « piccole » s.r.l. la necessità del rispetto del solo numero massimo di dieci soci ove lo *status* di socio venisse identificato in ragione del diritto all'utile imporrebbe, allora, di computare nel novero anche gli usufruttuari⁽¹⁵⁾; nel caso di sequestro di azioni si può ritenere applicabile lo stesso ordine di considerazioni effettuate in ordine all'usufrutto così come per il

ciario e non semplicemente del reddito prodotto in capo ai soci come reddito di impresa. Per la non applicabilità L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., p. 1522; GREGGI, *La direttiva 2003/49/CE e il regime di tassazione degli interessi e delle royalties*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 505 ss. spec. 513.

La *ratio* e le condizioni della direttiva sarebbero rispettate laddove i soci della società trasparente fossero tutti società di capitali e presentassero i requisiti soggettivi richiesti; a sfavore GREGGI, *La direttiva*, cit., p. 515 il quale evidenzia come la direttiva si preoccupi solo della natura del primo beneficiario effettivo.

Il requisito della mancata applicazione della ritenuta sarebbe, inoltre, soddisfatto qualora la società non residente avesse in Italia una stabile organizzazione: ai sensi dell'art. 27, co. 3 del Tuir, infatti, si applica una ritenuta alla fonte a titolo di imposta sugli utili corrisposti a soggetti non residenti derivanti da partecipazioni « non relative a stabili organizzazioni » in Italia.

Cfr. Circolare n. 49/E cit. § 2.5; resta, peraltro, ancora da chiarire che cosa si debba intendere per partecipazione relativa ad una stabile organizzazione dal momento che questa non è un soggetto passivo autonomo dalla società non residente né è tenuta ad avere in Italia una contabilità autonoma bensì, ai sensi dell'art. 14 del d.p.r. n. 600/1973, a semplicemente rilevare in contabilità i fatti di gestione della stabile organizzazione in modo distinto determinando i risultati di esercizio separatamente per ciascuna stabile organizzazione ... Per quanto attiene alla concettualizzazione del fenomeno per tutti vedi L. PERRONE, *La stabile organizzazione*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 794 ss.; DELLA VALLE, *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir*, *ivi*, 2004, p. 1597 ss.

Si segnala, inoltre, come si sia affermata la piena imponibilità in Italia dei redditi imputati per trasparenza al socio non residente privo di una stabile organizzazione in quanto la trasparenza della società non farebbe venir meno la riferibilità del reddito ad un soggetto residente (la società partecipata): così Ris. Agenzia Entrate 19 dicembre 2005, n. 171/E.

⁽¹²⁾ Prima dell'intervento correttivo di cui all'art. 36, co. 16, lett. a) del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. nella l. 4 agosto 2006, n. 248 era, invece, presente una preclusione nei termini di cui sopra.

⁽¹³⁾ Cfr. Circolare n. 49/E cit. § 2.4.5.

⁽¹⁴⁾ Cfr. anche DUS, *Opzione per la trasparenza*, cit., p. 4825.

⁽¹⁵⁾ Cfr. LOVECCHIO, *Il decreto ministeriale sulla trasparenza fiscale nelle società di capitali*, in *Boll. Trib.*, 2004, p. 730.

pegno di azioni laddove il socio ceda al creditore pignoratizio entrambi i diritti ⁽¹⁶⁾.

Non possono accedere al regime impositivo opzionale in esame gli enti commerciali di natura non societaria ⁽¹⁷⁾ e gli enti non commerciali individuati di cui rispettivamente all'art. 73, co. 1, lett. *b*) e lett. *c*) del Tuir ⁽¹⁸⁾.

3. - *Modalità di esercizio e durata dell'opzione.*

Come anticipato, il regime di trasparenza fiscale ha natura opzionale e coinvolge sia il soggetto reso così trasparente che i soci; gli effetti plurisoggettivi che derivano dall'opzione giustificano la necessità che essa sia esercitata da tutti i soci.

Il legislatore dispone che essa debba essere comunicata all'Amministrazione finanziaria; risolvendo l'incertezza causata dal silenzio mantenuto dall'art. 115, co. 4 del Tuir sulla necessità che l'onere di comunicazione debba essere assolto dalla sola società partecipata o anche dai soci, l'art. 4 del Decreto 23 aprile 2004 del Ministero dell'Economia e delle finanze dispone che le società e le persone fisiche socie debbano comunicare alla società partecipata tramite raccomandata con ricevuta di ritorno l'esercizio dell'opzione confermando, così, che la comunicazione all'Agenzia delle Entrate gravi sulla sola società partecipata; nel caso di s.r.l. unipersonale si è precisato che non sarebbe necessaria la comunicazione per raccomandata dal socio alla società al fine di perfezionare l'opzione ⁽¹⁹⁾.

Gli effetti dovrebbero essere solo dichiarativi e non costitutivi nel senso di non precludere l'accesso al regime laddove la comunicazione non sia effettuata: la prova della comunicazione interna dovrebbe, infatti, permettere ai soci l'accesso per essersi comportati, in ogni caso, correttamente ed in buona fede.

L'opzione, in virtù degli effetti sostanzialmente pluriennali che è desti-

⁽¹⁶⁾ Cfr. Circolare n. 49/E cit. § 2.4.5.2 e § 2.4.5.3.

⁽¹⁷⁾ Per i primi (es. i consorzi) si può contestare l'esclusione a meno di individuarne la *ratio* non nell'evitare la doppia imposizione ma nel permettere la trasmissibilità ai soci delle perdite ove non altrimenti fruibili. Cfr. A. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni*, cit., p. 689 ss.

⁽¹⁸⁾ Per gli enti non commerciali la non applicabilità del regime opzionale sarebbe coerente alla natura del reddito tassato per trasparenza rappresentato da utili derivanti dalla partecipazione in enti societari evidentemente diversi dagli « avanzi di gestione » residuati ad enti associativi non societari ed attribuibili in sede di scioglimento.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Ris. Agenzia Entrate 11 dicembre 2007, n. 3616/E.

nata a dispiegare, è irrevocabile per tre esercizi sociali della società partecipata.

Le condizioni per il legittimo esercizio dell'opzione devono essere presenti al momento dell'opzione e, comunque, almeno all'ultimo giorno dell'esercizio sociale ⁽²⁰⁾: la loro assenza nel corso dell'esercizio darà luogo al venir meno del regime con efficacia retroattiva fino all'inizio dell'esercizio stesso ⁽²¹⁾.

La revoca dell'opzione potrà avvenire a seguito del volontario venir meno delle condizioni richieste o, comunque, per l'adozione delle regole di determinazione ed imputazione generali evidentemente difformi da quelle opzionali; nel caso di mancato rinnovo per sopravvenuta assenza dei requisiti il venir meno del regime avrebbe efficacia retroattiva ⁽²²⁾. La revoca così come il rinnovo dell'opzione potrebbero, avvenire non solo espressamente ma anche per comportamento concludente in base alle regole proprie dei negozi giuridici che non ci sembrano nel caso di specie eludibili ⁽²³⁾.

L'opzione perde la sua efficacia, come precisa l'art. 10 del d.m. 23 aprile 2004, a seguito di taluni eventi sopravvenuti all'esercizio ⁽²⁴⁾: l'assoggettamento a procedure concorsuali, la trasformazione della società partecipata in società non assoggettata all'Ires o in ente non commerciale ⁽²⁵⁾, il trasferimento della sede all'estero, la fusione e la scissione della società partecipata mentre sopravvive alla messa in liquidazione.

La coincidenza fra soggetti legittimati all'esercizio dell'opzione e soggetti Ires espressa dal dato normativo può essere, infine, intesa nel senso che l'as-

⁽²⁰⁾ Così A. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni*, cit., p. 692.

⁽²¹⁾ La necessità dei requisiti appare differenziata in modo, forse, irragionevole dal momento che per fissare il momento di individuazione della soglia di partecipazione si richiede che i requisiti sussistano almeno alla fine del periodo di imposta mentre il possesso di partecipazioni con diritti di voto *ex art. 115 Tuir* dovrebbe sussistere ininterrottamente. Cfr. DUS, *Opzione per la trasparenza*, cit., p. 4830.

⁽²²⁾ A. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni*, cit., p. 694.

⁽²³⁾ Sul regime delle opzioni e della loro anche tacita revoca sia permesso il rinvio, tra gli altri a V. FICARI, *La dichiarazione*, in AA.VV., *L'imposta sul valore aggiunto in Giurisprudenza sistematica di diritto tributario* (a cura di F. Tesauro), Torino, 2001, p. 466 ss. ove riferimenti; nega espressamente l'esercizio dell'opzione per fatti concludenti DUS, *Opzione per la trasparenza*, cit., p. 4833.

⁽²⁴⁾ Cfr. Circolare n. 49/E cit. § 2.6.2.

⁽²⁵⁾ Nel qual caso, come correttamente osservato (DUS, *Opzione per la trasparenza*, cit., p. 4832) sarebbe coerente il richiamo dell'art. 171, co. 1 del Tuir il quale in materia di trasformazione eterogenea configurerebbe un'ipotesi di destinazione a finalità extraimprenditoriale con tassazione al valore normale nel caso in cui l'azienda non conservasse la propria funzionalità nel nuovo ente.

soggettamento all'Ires debba sopravvivere a qualsiasi vicenda trasformativa dell'ente che abbia optato per la trasparenza laddove la vicenda modifichi la soggettività tributaria dello stesso ⁽²⁶⁾.

Nel caso della fusione e scissione l'art. 10, co. 4 del d.m. prevede la necessità di una conferma dell'opzione lasciando ad intendere che l'operazione straordinaria sarebbe di per sé idonea a causare l'interruzione del regime ⁽²⁷⁾.

In ordine al caso in cui la partecipazione già assoggettata per opzione al regime di trasparenza sia ceduta dal soggetto che, in quanto originario proprietario ha esercitato l'opzione stessa ci si può limitare ad osservare come il regime opzionale di per sé non venga meno ove il nuovo socio abbia i requisiti di legge e non causi un incremento del numero massimo da questa fissato ⁽²⁸⁾.

In ordine alla mancata comunicazione, *ex artt.* 6, co. 2 e 13, co. 2 del decreto citato, da parte del cedente al cessionario sia dell'avvenuta opzione che dei redditi imputati per trasparenza nonché degli utili che potrebbero diminuire il valore della partecipazione se distribuiti, se emerge l'esigenza di tutelare l'acquirente ed il valore della partecipazione, la natura oggettiva degli effetti dell'opzione che non devono essere « confermati » dal cessionario dovrebbe comportare che la mancata conoscenza dell'opzione non impedisca al cessionario di godere del più favorevole trattamento derivante dal regime opzionale da ritenersi, nei termini di cui sopra, per così dire « ambulatorio ».

Diversamente da quanto accade nel regime opzionale del consolidato fiscale *ex artt.* 117 e ss. e 130 e ss. del Tuir, l'opzione per la trasparenza è esercitabile anche nei casi in cui la durata degli esercizi sociali dei soggetti partecipanti non coincida; non sembra, infine, da escludersi che la mancata comunicazione al cessionario possa esporre il cedente ad una responsabilità contrattuale e ad un'azione per danni ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ Cfr. Dus, *Opzione per la trasparenza*, cit., p. 4826.

⁽²⁷⁾ Cfr. Circolare n. 49/E cit. § 2.17.

La conferma appare del tutto generica quanto al suo contenuto e ai suoi effetti che dovrebbero essere non costitutivi ma meramente ricognitivi ove i requisiti di legge siano mantenuti; essa sarebbe, altresì, superflua e richiederebbe adempimenti societari non indifferenti laddove l'ente e/o il socio non mutino potendo variare, in ipotesi, solo la quota di partecipazione all'interno dei limiti minimi e massimi richiesti così come qualora vi sia successione nelle posizioni giuridiche. Sul punto anche Dus, *Opzione per la trasparenza*, cit., p. 4832.

⁽²⁸⁾ Cfr. MASTROIACOVO, *Circolazione della partecipazione e continuità del regime opzionale per la trasparenza fiscale delle società a ristretta base proprietaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 1228 ss.

⁽²⁹⁾ Sul punto vedi ancora MASTROIACOVO, *Circolazione della partecipazione*, cit. p. 1231 ss.

4. - *Esercizio dell'opzione e determinazione anche agevolata del reddito e delle perdite tra « fiscalità » della società e del socio.*

Nel contesto delle regole di determinazione della base imponibile e/o dell'imposta l'imputazione dell'utile prodotto direttamente al socio come reddito induce a verificare come tale disciplina si implementi nei casi delle agevolazioni consistenti nella detassazione dell'utile prodotto in ragione di particolari impieghi (es. autofinanziamento) oppure nella riduzione della base imponibile e/o dell'aliquota applicabile alla società e/o al socio in ragione della loro natura, localizzazione etc.

L'alternativa cui si è di fronte nel momento di attuazione del regime opzionale è quella di identificare le agevolazioni applicabili all'utile prodotto poi imputato come reddito al socio in quelle proprie della società partecipata e/o del socio.

La circostanza che l'autonomia della società partecipata si esprima, a nostro avviso, nella limitata fisionomia di un mero centro di imputazione potrebbe far ipotizzare che le regole di determinazione del reddito (nonché quelle dell'utile ad esso presupposto) vadano identificate in quelle che caratterizzano lo « statuto » fiscale della società partecipata « trasparente » – che, quindi, definirebbero il reddito lordo – mentre quelle di individuazione dell'aliquota alla stregua dello « statuto » fiscale del socio.

Con riguardo alle agevolazioni di cui potrebbe godere la società partecipata in occasione della determinazione del reddito imputabile per trasparenza, la « trasmigrazione » delle agevolazioni soggettive proprie della società ⁽³⁰⁾ in capo ai singoli soci potrebbe far ipotizzare un abuso della forma giuridica laddove l'adozione della stessa fosse giustificata (prevalentemente) dal regime agevolato: ma così non sembra.

L'accennata rilevanza del potere di dominio dei soci e di immedesimazione in essi della società stessa in presenza di particolari soglie di partecipazione potrebbe, invece, giustificare la trasmissibilità del diritto all'agevolazione ai soci.

Non pare, altresì, trascurabile la rilevanza del fatto che i soci abbiano consapevolmente scelto di godere dell'organizzazione in forma societaria dell'impresa nell'esercizio della libertà del contribuente di scegliere il modello di esercizio fiscalmente meno oneroso laddove, comunque, i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti siano pienamente soddisfatti e il modello sia giu-

⁽³⁰⁾ Si pensi alle agevolazioni concesse alle cooperative dagli artt. 10 e 11 del d.p.r. n. 601/1973 strettamente legate ai proventi dalle stesse conseguiti.

stificabile anche da scelte economico-imprenditoriali, non trattandosi di un'ipotesi di « forma senza sostanza ».

Indubbia, invece, la successione da parte del socio nelle ritenute operate dalla società a titolo di acconto sui propri redditi, degli eventuali crediti di imposta ed acconti versati anche in sede di compensazione *ex art.* 17 del d. lgs. n. 241/1997.

Il co. 1 dell'art. 115 del Tuir ora esclude l'esercizio dell'opzione nel caso in cui il socio goda di agevolazioni sotto forma di riduzione dell'aliquota Ires; il testo letterale della norma, in ragione della sua natura eccezionale, sembrerebbe, quindi, prescindere dalla natura soggettiva od oggettiva dell'agevolazione per concentrarsi sulle sole agevolazioni che permettono una riduzione della sola aliquota ma non dell'imponibile così come non sembrerebbe estendersi a quelle agevolazioni che si esprimono nella più vantaggiosa non imponibilità.

5. - *Non imponibilità in capo alla società « trasparente » degli utili imputati per trasparenza, utili « eccedenti » ed utili effettivamente distribuiti ma previamente imputati per trasparenza.*

L'effetto principale dell'imposizione per trasparenza è, dunque, quello dell'imputazione *pro quota* del reddito ai soci al termine dell'esercizio nel quale la società ha prodotto l'utile.

Di conseguenza, la società resa trasparente dall'esercizio dell'opzione non sarà soggetto passivo d'imposta almeno fino a concorrenza di quanto imputato a prescindere dalla distribuzione, ciò al fine di evitare una evidente doppia imposizione che si verrebbe a creare nel caso in cui, in assenza di alcun credito di imposta, il « prodotto » fosse tassato prima dell'« imputato ».

L'art. 115, co. 5 del Tuir e l'art. 8 del Decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze 23 aprile 2004 stabiliscono che il valore della partecipazione si incrementa del reddito imputato per trasparenza (e, simmetricamente, diminuisce delle perdite egualmente imputate) il quale è, quindi, « patrimonializzato » nel valore della partecipazione ⁽³¹⁾.

Tali disposizioni evitano una (nuova ipotesi di) doppia imposizione il cui rischio si manifesterebbe se al momento della cessione della partecipazione da parte del socio già « destinatario » per trasparenza del reddito prodotto

⁽³¹⁾ Cfr. D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi « eccedenti » di società di capitali « trasparenti »*, in *Corr. Trib.*, 2004, p. 1707.

dalla società partecipata si tassasse un reddito « da imputazione » anche quale reddito da cessione della partecipazione ⁽³²⁾.

L'art. 8 del citato d.m. non distingue, però, gli utili formati con redditi imponibili in capo alla società « trasparente » da quelli formati con redditi, invece, non imponibili; la mancanza di una distinzione normativa potrebbe, allora, legittimare la trasmissione per trasparenza degli effetti di un'agevolazione soggettiva propria della società o, addirittura, rendere intassabili gli utili eccedenti ⁽³³⁾.

Qualora gli utili distribuiti eccedano il reddito imputato a causa della divergenza fra utile (distribuibile) e reddito imponibile o in presenza di redditi esenti o esclusi, la società partecipata dovrebbe riacquistare la sua soggettività passiva mentre gli utili verrebbero tassati come dividendi solo se distribuiti e, comunque, nella misura limitata (del cinque o quaranta per cento) in base alla quota di partecipazione ⁽³⁴⁾.

Una simile eccedenza non potrebbe emergere per un'imputazione solo parziale degli utili dal momento che l'opzione per la trasparenza non pare in alcun modo esercitabile per una parte degli utili e non per l'altra dovendo, invece, comprendere la grandezza complessiva prodotta.

Qualora, poi, all'opzione segua l'effettiva distribuzione di utili, in ragione del fatto che l'utile imputato per trasparenza anche nel caso in cui il soggetto trasparente sia una società di capitali, è tassato a prescindere dalla distribuzione, gli utili imputati per trasparenza non saranno ovviamente colpiti in capo ai soci quali dividendi ⁽³⁵⁾, dovendosi, se del caso, apprestare le necessarie variazioni in aumento o diminuzione del reddito rispetto all'utile.

L'imponibilità è, invece, disposta dall'art. 115, co. 5 del Tuir per la di-

⁽³²⁾ Cfr. A. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni*, cit., p. 695.

⁽³³⁾ Così D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi « eccedenti »*, cit., p. 1709.

⁽³⁴⁾ Cfr. D. STEVANATO, *Il regime dei dividendi « eccedenti »*, cit., p. 1707 ss.

Un esempio può chiarire. Qualora una società i cui soci persone fisiche non imprenditori abbiano optato per la trasparenza ricevesse un dividendo questo sarebbe imponibile pro quota in capo ai soci per il solo 5% per cento e non imponibile per il restante novantacinque per cento in base alla regola fissata dall'art. 89, co. 2 del Tuir per soggetti imprenditori; ove, poi, la stessa società « trasparente » deliberasse la distribuzione di dividendi l'eccedenza corrisponderebbe ad un importo pari al 95% del dividendo imputato per trasparenza e sarebbe imponibile perché eccedente quale reddito di capitale nella misura del 40% ai sensi dell'art. 47, co. 1 del Tuir.

⁽³⁵⁾ Qualora, poi, il costo della partecipazione diverga dalla corrispondente quota di patrimonio netto in ragione di svalutazioni fiscalmente dedotte dal socio in ragione del pregresso regime ed anteriormente all'opzione per la trasparenza l'art. 115, co. 11 dispone che la differenza vada a rettificare il reddito imponibile del socio per trasparenza in aumento al fine di evitare di un doppio vantaggio in ragione della previa deduzione della svalutazione.

tribuzione ai soci di riserve (anche) di utili di precedenti esercizi con conseguente mantenimento della parziale doppia imposizione per il solo cinque per cento ai sensi della c.d. *participation exemption*.

Il legislatore attenua il rigore della disposizione prevedendo che, salva diversa delibera assembleare, si considerino prioritariamente distribuiti gli utili imputati ai soci con riserve costituite negli esercizi in cui abbia trovato applicazione la trasparenza.

6. - *La trasmissibilità delle perdite.*

L'art. 115, co. 3 del Tuir limita la trasmissione delle perdite della società partecipata, effetto naturale dell'imputazione del reddito complessivo per trasparenza, alla quota del patrimonio netto rettificato ai sensi dell'art. 7, co. 2 del d.m. tramite l'esclusione delle perdite civilistiche di esercizio e l'inclusione dei conferimenti effettuati entro la data di approvazione del bilancio nonché di altri incrementi diversi dai finanziamenti ⁽³⁶⁾.

Le perdite eccedenti tale limite sono fruibili non dal socio ⁽³⁷⁾ ma dalla società stessa in diminuzione del proprio reddito per definire, così, un reddito netto residuo da imputare ai soci; l'art. 7, co. 2 del d.m. 23 aprile 2004, infatti, riconosce che le perdite eccedenti il limite della quota siano utilizzabili dalla società partecipata al pari, seppur in misura diversa, di quelle realizzate dalla società prima dell'applicazione del regime di trasparenza.

Pertanto, vi saranno perdite utilizzabili o riportabili per i soci e perdite da indicare nella dichiarazione della società partecipata ⁽³⁸⁾ da questa utilizzabili, ad esempio, in diminuzione di futuri redditi da imputarsi in esercizi successivi per trasparenza tramite un adeguato sistema di memorizzazione.

⁽³⁶⁾ Così Dus, *L'opzione per la trasparenza*, cit., p. 4835 ss.

⁽³⁷⁾ Per ragioni non sistematiche ma, come osservato (Dus, *L'opzione per la trasparenza*, cit., p. 4837), di cautela fiscale tramite una correlazione fra perdita fiscale e perdita civilistica ed una sostanziale equivalenza della quota di patrimonio netto al valore fiscale della partecipazione.

⁽³⁸⁾ È, allora, possibile procedere ad un esempio che permette di individuare le modalità di attribuzione delle perdite: opzione per la trasparenza nel 2004, perdita fiscale 2.500, quota di partecipazione del 50% per due soci, patrimonio netto 1.500, perdita civilistica di esercizio 400, versamento socio a copertura perdite nel 2005 di 400; per individuare la perdita trasmissibile per trasparenza occorre aumentare il valore del patrimonio netto della perdita civilistica di esercizio (1.500 + 400 = 1900) e, quindi, aggiungere i versamenti soci (1900 + 400 = 2300): il valore finale (2.300) diviso il valore delle quote (50%) individuerà la perdita trasmissibile (2.300/2: 1.150) mentre la differenza fra perdita fiscale (2.500) ed il valore finale (2300) quella utilizzabile e riportabile da parte della società partecipata (200).

Si dispone, poi, sia nell'art. 115 che nell'art. 116 del Tuir il divieto per il socio imprenditore della società di capitali trasparente di compensare i redditi così imputati con perdite fiscali personali realizzate prima della decorrenza del regime opzionale, le quali, dunque, conserveranno la loro valenza solo con riguardo a proventi diversi da quelli imputabili per trasparenza; ciò, peraltro, causa un'evidente discriminazione con il regime della trasparenza fiscale delle società di persone ⁽³⁹⁾.

Sotto altro profilo, l'esclusione *ex art.* 115, co. 2 del Tuir delle società non residenti prive di una stabile organizzazione in Italia – e, quindi, senza obbligo di ritenuta alla fonte sugli utili distribuiti – dal novero dei soggetti legittimati ad esercitare l'opzione in veste di soci della società trasparente residente dovrebbe avere come logica conseguenza la non utilizzabilità « per trasparenza » delle perdite realizzate dalle stesse società estere ove esse siano partecipate da società residenti in Italia ⁽⁴⁰⁾.

Con riguardo alle società di capitali con soci persone fisiche aventi le caratteristiche richieste dall'art. 116 del Tuir, la non necessaria qualificazione del reddito imputato per trasparenza come reddito di impresa potrebbe, peraltro, giustificare una particolare disciplina del riporto delle perdite, derogatoria rispetto alla generale non riportabilità delle stesse ⁽⁴¹⁾.

7. - *Le vicende del socio e della partecipazione nella società trasparente.*

In ordine alle conseguenze delle vicende del socio della società trasparente partecipata e dell'entità e titolarità della partecipazione verificatesi nel corso dell'esercizio, sulla continuità del regime fiscale opzionale, agli artt. 115, co. 3 e 6 del Tuir (cui rinvia il successivo art. 116 per le « piccole » società di capitali) dispone che l'imputazione per trasparenza sia efficace nei confronti non solo dei soci alla data della chiusura dell'esercizio della società

⁽³⁹⁾ Si potrebbe, peraltro, circoscrivere l'effetto limitativo della norma, apprezzandone una presupposta e non dichiarata finalità antielusiva, ritenendo che, in caso di rinnovo triennale dell'opzione, siano comunque utilizzabili quelle perdite relative ad esercizi anteriori al rinnovo ma sorte in costanza della prima opzione.

⁽⁴⁰⁾ Se così è, però, alla luce del divieto di svalutazione della partecipazione, la perdita perderebbe qualsiasi rilevanza reddituale per il socio; sembra, a riguardo, evidente un possibile contrasto con i principi comunitari dal momento che in ragione della residenza (italiana) verrebbe attribuito un diritto ad un vantaggio (quello della utilizzabilità delle perdite) escluso con riguardo ad un soggetto residente in altro Stato comunitario per la semplice assenza di una stabile organizzazione nello Stato, quello italiano, che dovrebbe riconoscere la perdita fiscale.

⁽⁴¹⁾ Così anche A. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni*, cit., p. 701.

partecipata ma anche di quelli subentrati nel corso dell'esercizio purché con i requisiti richiesti dalla legge.

Il legislatore nel prescindere dalla formale distribuzione e, quindi, dalla delibera di distribuzione, individua il solo beneficiario del regime di trasparenza nel soggetto che sia socio allo scadere dell'esercizio sociale.

In base all'art. 7, co. 1 del d.m. 23 aprile 2004 l'imputazione del reddito della società partecipata è in proporzione alle quote di partecipazione agli utili esistenti alla data di chiusura del periodo di imposta ⁽⁴²⁾.

Ai sensi dell'art. 6, co. 2 del d.m. 23 aprile 2004 il socio cedente o la società che abbia provveduto all'aumento di capitale a seguito del quale si è verificato l'ingresso di un nuovo socio sono tenuti a comunicare, in forma libera a quanto si desume dall'assenza di espressa indicazione ⁽⁴³⁾, al cessionario o al nuovo socio l'avvenuto esercizio dell'opzione da parte della società partecipata.

La peculiarità del regime di tassazione per trasparenza – ovvero la discrasia temporale tra il momento dell'imputazione del reddito/della perdita e quello della distribuzione del dividendo ovvero la distinzione fra incremento reddituale opzionale ed incremento reddituale da distribuzione – dovrebbe condizionare il valore (anche fiscale) della partecipazione nel caso di una cessione da parte del socio cedente che abbia esercitato l'opzione nel corso del periodo di imposta e che intenda trasferire la partecipazione in pendenza del regime opzionale.

Il rispetto del principio di effettività della capacità contributiva dovrebbe far tener conto nella determinazione del costo fiscale della partecipazione e dell'eventuale successiva plusvalenza in capo al cedente della circostanza che il socio cedente abbia dovuto pagare imposte per trasparenza senza effettiva distribuzione o, invece, beneficiando delle risorse costituite dal dividendo o, in compensazione, delle perdite deducibili imputate.

Nel primo caso (pagamento senza distribuzione) il costo fiscale della partecipazione sarebbe incrementato di un importo corrispondente alle imposte al fine di dar conto del mancato incremento reddituale del socio stes-

⁽⁴²⁾ L'interpretazione appare coerente a quanto la stessa giurisprudenza di legittimità ha sancito con riguardo alla tassazione per trasparenza in caso di mutamenti societari nelle società di persone laddove ha escluso la possibilità di una ripartizione dell'utile imputabile in ragione della durata del possesso della partecipazione nel corso del periodo di imposta (cfr. Cass., sez. trib., 23 aprile 2003, n. 19238 in *GT Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2004, p. 437).

⁽⁴³⁾ Sulla libertà di forma della comunicazione vedi Dus, *L'opzione per la trasparenza*, cit., p. 4833 ss.

so; negli altri casi, invece, il costo della partecipazione si ridurrebbe di un importo corrispondente a quanto distribuito o alla perdita trasmessa ⁽⁴⁴⁾.

Nei confronti, invece, del cessionario che abbia acquistato prima della distribuzione del dividendo, per simmetria, il valore della partecipazione dovrebbe diminuire di un importo corrispondente agli utili distribuiti al cessionario a condizione che i requisiti per il godimento del regime opzionale permangano in capo a quest'ultimo.

Laddove, poi, a seguito della cessione, i requisiti richiesti per il regime di trasparenza venissero meno in capo al cessionario il dividendo distribuito (o le riserve di utili generati in regime di trasparenza) sarebbe imponibile, come da regole generali, per il 5 per cento o il 40 per cento in capo al cessionario con il rischio di una doppia imposizione laddove la perdita dei requisiti riguardasse il cedente prima dell'effettiva distribuzione; al fine, allora, di evitare che il cessionario possa non dichiarare e versare appare opportuno un efficace sistema di comunicazione fra cessionario, società partecipata e cedente che abbia ad oggetto la natura del cedente come idoneo al regime di trasparenza e la stratificazione delle riserve di utili.

8. - *Scelte (o mancate scelte) negoziali della società partecipata e dei soci, rapporti fra soci e regole dell'amministrazione societaria.*

La disciplina qui esaminata presenta il tratto peculiare del coinvolgimento della volontà dei soci tramite l'esercizio (o il mancato esercizio) di un'opzione nella « gestione » della fiscalità sia propria che della società.

La scelta del regime opzionale, come visto, dispiega effetti in capo alla società escludendo che la stessa debba pagare le imposte dovute sul reddito prodotto e permettendole di mantenere risorse finanziarie pari agli utili prodotti, imputati per trasparenza ai soci ma non distribuiti così come, nel caso dell'imputazione di perdite fiscalmente deducibili, permettendo ai singoli soci di godere di componenti deducibili maturate e riferibili alla società partecipata trasparente.

Per i soci l'imputazione per trasparenza sembrerebbe vantaggiosa in presenza di aliquote personali medio basse mentre svantaggiosa per aliquote superiori a quella proporzionale tipica della fiscalità delle società di capitali ⁽⁴⁵⁾.

Una variante significativa si avrebbe, peraltro, nel caso in cui all'imputa-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Circolare n. 49/E cit. § 2.12.

⁽⁴⁵⁾ Vedi *retro* note nn. 1 e 2.

zione si accompagnasse l'effettiva distribuzione del dividendo la quale oltre ad essere vantaggiosa per il regime di parziale non imponibilità fissato dagli artt. 47 e 89, co. 2 del Tuir ⁽⁴⁶⁾ offrirebbe al socio persona fisica il mezzo per assolvere all'onere fiscale.

Di converso, l'imputazione potrebbe comportare un aggravio fiscale indesiderato per quei soci, soprattutto con aliquota marginale elevata, che non avessero risorse finanziarie e non beneficiassero della distribuzione dei dividendi; sempre i soci avrebbero un indubbio vantaggio dalla trasmissione delle perdite maturate dalla società.

a) Un simile quadro permette di percepire che il regime impositivo in esame ha, seppur indirettamente, effetti anche nei rapporti tra le diverse compagini sociali laddove ad una maggioranza fortemente ingerente si contrapponga una minoranza non in grado, nonostante la quota di partecipazione (ad esempio perché solo del dieci per cento) di condizionare le scelte fiscali.

L'art. 115 del Tuir prevede che l'opzione debba essere esercitata dalla società partecipata (co. 1) e da tutte le società socie (co. 4); tale regola vale anche per le « piccole » società di capitali in ragione del rinvio operato dall'art. 116, co. 1 all'articolo precedente di modo che l'opzione dovrebbe essere effettuata congiuntamente da tutti i soci della piccola s.r.l.

La disposizione coinvolge, pertanto, nella scelta diversi soggetti ma non sembra ammettere un dissidio all'interno della società partecipata dal momento che la necessità dell'esercizio dell'opzione da parte di tutte le società partecipanti ne presuppone l'accordo sulla scelta; pertanto, l'eventuale conflittualità fra maggioranza e minoranza sembra circoscrivibile alle sole società partecipanti.

La natura dell'opzione come congiunta a tutti i soci *ex art. 115, co. 4 del Tuir* potrebbe stridere con la rimessione della scelta della società ad una delibera che, in ragione dell'oggetto specifico, non dovrebbe essere presa all'unanimità: in questo modo ad una volontà sociale perfetta sebbene formata alla maggioranza si contrapporrebbe, con effetti preclusivi la mancata « accondiscendenza » anche di uno solo dei « pochi » soci della società partecipata.

Senza poter qui, ovviamente, approfondire *ex professo* ci sembra sufficiente evidenziare la necessità che la minoranza sia tutelata contro abusi del gruppo di controllo e/o negligenze e conflitti di interessi dell'organo ammi-

⁽⁴⁶⁾ Con basi imponibili rispettivamente del 40 per cento (art. 47) e del 5 per cento (art. 89) a seconda della natura imprenditoriale o meno del socio e della quota di partecipazione.

nistrativo anche con riguardo agli svantaggi patrimoniali che l'avvenuta o mancata scelta di un regime fiscale opzionale adeguatamente rappresentato all'assemblea o all'amministrazione potrebbe avere nei confronti del socio di minoranza ⁽⁴⁷⁾.

La circostanza che la determinazione dell'utile (o della perdita) d'esercizio e della conseguente consistenza reddituale dipenda da scelte della società seppur prese quantomeno a maggioranza non sembra giustificare un comportamento eguale ma contrario dei soci di minoranza in sede di singola dichiarazione tributaria; il socio dissenziente rispetto all'esercizio (o mancato esercizio) dell'opzione non potrebbe, quindi, *sua sponte*, a fronte dell'imputazione per trasparenza rettificare la propria dichiarazione nel senso voluto.

In questi casi il singolo socio di minoranza dovrebbe agire in base alla regole del diritto societario per tutelare i propri interessi giuridici (anche) tributari denunciando al giudice ordinario l'eventuale abuso della maggioranza o il conflitto di interessi dell'amministratore ⁽⁴⁸⁾ rispetto all'interesse sociale ⁽⁴⁹⁾ restando, comunque, salva la soluzione transattiva ai sensi degli artt. 2393 *bis* e 2395 del c.c. ed un'azione per danni ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Per esemplificare, merita attenzione l'eventualità che, in seguito all'opzione, il singolo socio paghi l'imposta sulla propria quota di reddito imputata in assenza di un effettivo incremento del proprio patrimonio per la mancata delibera di distribuzione dell'utile che, invece, resterebbe nella disponibilità della società anche per quella parte necessaria ai singoli per provvedere all'obbligo tributario.

Parimenti, la mancata opzione si potrebbe collegare ad una politica distributiva degli utili restrittiva e di altre forme di erogazione (ad esempio sotto forma di compensi per cariche amministrative) a favore solo di alcuni penalizzando gli altri che dovrebbero reperire altrove le risorse finanziarie per provvedere al pagamento in assenza di distribuzione.

⁽⁴⁸⁾ Si potrebbe, peraltro, ipotizzare, se non erriamo, anche un'azione sociale di responsabilità *ex* art. 2393 *bis* del c.c. laddove la compagine che adduce l'abuso rappresenti almeno un quinto del capitale sociale.

⁽⁴⁹⁾ Ai nostri fini, quindi, tale interesse, parametro di valutazione nel giudizio sull'abuso, è un concetto astratto che viene identificato non solo nella mera massimizzazione del profitto ma anche nella valorizzazione a medio/lungo termine della società (cfr. tra gli altri BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, supplemento al n. 3/04, 2004, p. 637 ss.) tramite la soddisfazione di interessi soggettivi non solo dei soci ma anche di terzi (lavoratori, finanziatori, risparmiatori) e dell'impresa in sé intesa come attività: ciò potrebbe, forse, offrire argomenti per una soluzione.

⁽⁵⁰⁾ L'esistenza del danno e la sua ingiustizia dovranno, peraltro, essere dimostrate anche alla « luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento » e « a seguito di operazioni a ciò dirette » (art. 2497, co. 2 e 4 del c.c.) che potrebbero aver in altro modo soddisfatto o compensato il socio che si ritenesse danneggiato. Per approfondimenti sulla rilevanza della teoria dei c.d. vantaggi compensativi nell'imposizione del gruppo di imprese sia permesso rinviare a V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, p. 253 ss.

b) In occasione delle modifiche evolutive della compagine sociale a seguito delle quali vi sia un cambiamento delle percentuali di voto o di partecipazione l'art. 6, co. 2 del d.m. richiede la comunicazione da parte del socio cedente al cessionario dell'avvenuto esercizio dell'opzione oppure della società nel caso di aumento di capitale ai nuovi soci.

Qualora l'assolvimento di tale onere condizionasse la continuità degli effetti del regime opzionale, la sua mancanza costituirebbe un indubbio danno per il socio entrante; sebbene l'art. 6 del d.m. sia dedicato alla perdita di efficacia dell'opzione riteniamo che una simile conseguenza sia del tutto sproporzionata e, se accolta, avrebbe effetti in termini di nullità o annullabilità dello stesso contratto di cessione – dal momento che il regime opzionale potrebbe rappresentare un motivo essenziale del contratto stesso – o, addirittura, giustificare azioni di risarcimento del danno derivante dal mancato godimento dell'imposizione per trasparenza; pertanto, appare ragionevole che la mancata comunicazione da parte del cedente al cessionario in occasione del trasferimento di una partecipazione che dia facoltà di scelta non interrompa il regime lasciando, invece, al cessionario la possibilità di revocare l'opzione, derogando, così, all'irrevocabilità di cui all'art. 5 del d.m. citato.

c) Altro aspetto attiene alla circostanza se la scelta delle società socie e trasparente debba essere presa dall'organo amministrativo o con delibera assembleare e, in questo secondo caso, se a maggioranza o all'unanimità ⁽⁵¹⁾.

d) Sotto un finale aspetto, la disciplina dell'imposizione per trasparenza contiene norme a tutela dell'interesse erariale che limitano (almeno relativa-

⁽⁵¹⁾ Sembra, infatti, che simile decisione si collochi in quell'area « grigia » che si crea a fronte di una disciplina che attribuisce agli organi amministrativi la competenza per le operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2380 *bis*, co. 1 del c.c.) lasciando non tipizzata la competenza per le operazioni non necessarie come quelle che possono incidere sui diritti dei soci (modificando, ad esempio, il contenuto o le modalità e la tempistica dell'esercizio del voto:) che potrebbe non ricadere in quella dell'assemblea.

Poiché *ex art.* 2475 e 2475 *bis* del c.c. l'amministrazione e la rappresentanza generale della società sono affidati all'organo amministrativo e la competenza assembleare è tipizzata *ex art.* 2479, co. 2 del c.c. la competenza sembra spettare all'amministratore – a meno che l'argomento non sia proposto ai sensi dell'art. 2479, co. 1 del c.c. all'attenzione dell'assemblea da soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale e non sia espressamente attribuito all'amministratore dall'atto costitutivo – il quale dovrebbe valutare gli effetti che la scelta o mancata scelta del regime opzionale dispiegano in termini, ad esempio, di vantaggio dalla mancata distribuzione dei dividendi per la società, di onere finanziario di doverli dichiarare e assoggettare ad imposizione anche se distribuiti, e, infine, di responsabilità solidale per la società.

A favore di una decisione dell'amministratore o del consiglio di amministrazione per entrambi i soggetti DUS, *Opzione per la trasparenza*, cit., p. 4833 ss.

mente) l'opponibilità degli effetti dell'autonomia deliberativa dell'organo assembleare.

L'art. 8 del d.m. 23 aprile 2004 in correlazione con l'art. 115, co. 5 del Tuir con una presunzione semplice considera, infatti, come prioritaria la distribuzione di utili e riserve formatesi nel periodo dell'opzione lasciando, quindi, aperta la possibilità di una delibera che riguardi utili e riserve formatesi quando non vigeva il regime opzionale.

CAPITOLO IV

LA CESSIONE DELLE PARTECIPAZIONI E L'IMPOSIZIONE DELLE PLUSVALENZE

SOMMARIO: 1. Le plusvalenze da cessione di partecipazioni nell'imposizione sul reddito e la *participation exemption*. La natura del cedente e della partecipazione. – 2. Le condizioni di esenzione della plusvalenza realizzata. – 3. La determinazione della plusvalenza. La deducibilità delle minusvalenze da cessione e da svalutazione di partecipazioni e dei costi inerenti alla cessione della partecipazione. – 4. L'imposizione indiretta. – 5. Segue. L'imposizione sulle donazioni e sulle successioni nella cessione di quote per atto *inter vivos*, patto di famiglia e *mortis causa*.

1. - *Le plusvalenze da cessione di partecipazioni nell'imposizione sul reddito e la participation exemption. La natura del cedente e della partecipazione.*

Il Tuir 22 dicembre 1986, n. 917 non dispone regole espressamente dedicate alla circolazione della quota in una s.r.l. ma, più in generale, cerca di coordinare l'imposizione delle plusvalenze da partecipazione e quella degli utili societari in ragione della sostanziale equivalenza fra beni di primo grado (i.e. utile distribuibile sotto forma di dividendo in ragione di un titolo partecipativo che incorpora il diritto patrimoniale) e beni di secondo grado (i.e. partecipazione che incorpora il diritto patrimoniale) in ordine alla titolarità ed entità della ricchezza ottenibile tramite la cessione della partecipazione o la distribuzione del dividendo; nelle intenzioni del(l'originario) legislatore si sarebbe dovuta raggiungere una sostanziale indifferenza di regime fiscale per la società ed il socio rispetto al mezzo di « attribuzione » ed « appropriazione » e, quindi, una tendenziale omogeneità di trattamento tra la plusvalenza realizzata con il trasferimento della partecipazione che incorpora il diritto ad ottenere l'utile e la ricchezza percepita sotto forma di dividendo tramite una delibera di distribuzione degli utili: l'equivalenza, peraltro, sarebbe un corollario della più generale « opzione » del legislatore tributario riformatore di enfatizzare la centralità della (previa) imposizione del risultato economico complessivo come utile in capo alla società partecipata di modo che sarebbe-

ro irrilevanti le manifestazioni reddituali successive alla produzione del reddito da parte della società ⁽¹⁾.

L'abrogazione della disciplina in materia di credito di imposta sui dividendi che, in precedenza, ovviava alla doppia imposizione dell'utile/dividendo in capo alla società, prima ed al socio, poi, conferma l'intenzione del legislatore di colpire il risultato positivo dell'impresa societaria e salvi i regimi opzionali della « trasparenza » fiscale e del « consolidato » fiscale, solo in capo al soggetto, ovvero la società, che ha prodotto la ricchezza.

Mentre per il non imprenditore il reddito è qualificato come reddito diverso ed assoggettato, se non diversamente disposto, ad un'imposta personale progressiva per scaglioni, per l'imprenditore commerciale le plusvalenze dalla cessione andranno qualificate come reddito di impresa ed assoggettate ad imposta progressiva per scaglioni o proporzionale in base alla forma individuale o collettiva dell'impresa con possibile rateizzazione se la partecipazione risulti iscritta come immobilizzazione finanziaria negli ultimi tre bilanci *ex art. 86, co. 4, del Tuir*.

La disciplina della c.d. *participation exemption* di cui all'art. 87 del Tuir ⁽²⁾ permette una (parziale) non imposizione dei proventi dalla cessione della partecipazione in società di capitali nonché società di persone ed enti ad esse equiparati ai sensi dell'art. 5 del Tuir in quanto la base imponibile è ridotta in misura diversa in ragione della natura del soggetto cedente ⁽³⁾ e, a

⁽¹⁾ Cfr. la Premessa della Circolare Agenzia Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E.

⁽²⁾ A seguito delle modifiche apportate sia dal d. lgs. 18 novembre 2005, n. 247 che dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248 di conversione del d.l. 30 settembre 2005, n. 203 al testo originario introdotto dal d. lgs. n. 344/2003.

Circa la decorrenza temporale del regime di esenzione, l'alternativa di individuare il *dies a quo* nel momento della realizzazione della plusvalenza oppure in quello dell'incasso pare risolta dall'indicazione contenuta nella relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 344/2003 la quale privilegia il momento dell'incasso derogando, almeno apparentemente, al criterio di competenza fiscale di cui all'art. 109 del Tuir che valorizzerebbe, invece, il perfezionamento dell'effetto traslativo.

⁽³⁾ I proventi derivanti dal trasferimento di una partecipazione sono classificabili come ricavi o plusvalenze in ragione della « funzione » che, all'interno dei beni relativi all'impresa, hanno le partecipazioni (per iscrizione o destinazione di fatto) quali beni-merce (attivo circolante) o immobilizzazioni finanziarie; in ogni caso essi rappresentano componenti del reddito di impresa qualora il cedente sia imprenditore commerciale societario in ragione del c.d. principio di attrazione.

In questo contesto l'introduzione del regime fiscale della c.d. *participation exemption* alla cui stregua, in presenza di talune condizioni sia soggettive che oggettive individuate nell'art. 87 del Tuir n. 917/1986, il dividendo e la plusvalenza non sono imponibili e la minusvalenza non è deducibile rappresenterebbe una scelta legislativa di natura non necessariamente agevo-

seguito delle ulteriori modifiche apportate all'art. 87 del Tuir dall'art. 1 della l. n. 244/2007 la soglia di esenzione per la cessione di partecipazioni effettuata nell'esercizio di impresa è ora aumentata al 95% con decorrenza dal periodo di imposta 2008.

L'esenzione sulle plusvalenze da partecipazione (bene di secondo grado), seppur in questi termini, solo tendenzialmente, a causa di sopravvenute modifiche normative ⁽⁴⁾, si coordina, nel sistema dell'imposizione sul reddito delineato dal d. lgs. n. 344/2003, all'imposizione della cessione dell'azienda (bene di primo grado) ⁽⁵⁾ e, con qualche sforzo, a quella dei dividendi; essa, di fatto, disincentiva la circolazione dell'azienda tramite vendita diretta nonché il suo conferimento in termini realizzativi alla luce della materiale più agevole perfezione del negozio giuridico di trasferimento.

Come si vedrà, diversamente da quanto accade per i dividendi, le condizioni dettate per l'esenzione da tassazione delle partecipazioni, incentrate

lativa ma, invece, sistematica oltre che conforme alla disciplina già vigente in molti Stati della C.E. Nel senso della natura sistematica dell'istituto volto ad eliminare, seppur parzialmente, la doppia imposizione economica sugli utili societari R. LUPI, *Participation exemption, classificazioni di bilancio e norma antielusiva*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 902; F. TESAURO, *La participation exemption e i suoi corollari*, in *Tributi impresa*, 2003, p. 12; G. ZIZZO, *Participation exemption e riorganizzazioni societarie*, in *Fisco*, 2002, p. 10572; evidenza, invece, la natura non strutturale a causa del permanere di una doppia imposizione A. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 498, e, analogamente, A. FEDELE, *La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società*, *ivi*, p. 485 ss., il quale sottolinea come solo una natura agevolativa e non strutturale potrebbe giustificare, dal punto di vista costituzionale, la differenza fra i soggetti Ires, da un lato, e gli imprenditori individuali e le persone fisiche, dall'altro, in punto di esenzione pressoché totale in un caso e solo parziale, nell'altro (sotto questo aspetto vedasi anche P. RUSSO, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 362).

⁽⁴⁾ Attinenti, principalmente, alla misura dell'esenzione e del necessario possesso della partecipazione (il c.d. *holding period*) e, più in generale, alla diversità con il regime dei dividendi: cfr. per tutti, le osservazioni critiche di CARPENTIERI, *Le prospettive evolutive dell'Ires: la participation exemption*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, p. 374 ss., nonché di BEGHIN, *L'Ires e le « simmetrie fiscali » nel quadro dei rapporti partecipativi tratteggiati dalla cd. « Riforma Tremonti »*, *ivi*, p. 379 ss.

⁽⁵⁾ La quale, in ragione dell'eliminazione del regime di imposizione sostitutiva con aliquota del 19 per cento di cui al d. lgs. n. 358/1997 è, ora, fiscalmente « scoraggiata ». Nel nuovo assetto normativo, infatti, nel tentativo di evitare salti di imposta, si dispone che laddove la plusvalenza dell'azienda sia tassata in capo al cedente, il cessionario può iscrivere come valore fiscalmente riconosciuto quello che ha concorso alla determinazione della plusvalenza; in alternativa, sia la cessione dell'azienda che quella della partecipazione saranno fiscalmente neutrali ma non sarà permesso all'acquirente della partecipazione di godere di alcuna continuità di valori fiscalmente riconosciuti.

sulla natura della partecipazione quale investimento nonché su altri requisiti con finalità (anche) antielusive inducono a ritenere che la c.d. *pex* ove riferita alle partecipazioni non abbia valenza propriamente sistematica, rispondendo, così, alla scelta di tassare il soggetto che produce e non percepisce (solo) il reddito, ma, invece, di restringere la pianificazione fiscale in punto di svalutazione delle partecipazioni ai regimi del consolidato fiscale e della trasparenza fiscale ⁽⁶⁾.

Ove si escluda la natura onerosa del trasferimento che avviene da parte del disponente imprenditore per il tramite del patto *ex art. 768 bis* del c.c., sono da escludersi ipotesi di plusvalenze o minusvalenze rilevanti ove il trasferimento abbia ad oggetto partecipazioni ⁽⁷⁾.

Più in particolare, si possono individuare diversi « modelli » normativi, soprattutto per il cedente imprenditore che realizza plusvalenze da partecipazioni nell'esercizio di impresa commerciale.

a) Per il cedente non imprenditore soggetto passivo dell'Ires, la non imponibilità della plusvalenza (qualificata quale reddito diverso) è limitata dal combinato disposto degli artt. 67 e 68 del Tuir al solo 50,28 per cento con assoggettamento del restante 49,72 per cento se qualificata ai sensi dell'art. 67, co. 1, lett. c) ⁽⁸⁾.

b) Per il cedente imprenditore, se in forma individuale soggetto Irpef, in base all'art. 58, co. 4, del Tuir ⁽⁹⁾, in presenza dei requisiti richiesti dall'art. 87 si avrà, al pari di quanto accade per la persona fisica non imprenditore, l'esenzione solo del 50,28 per cento e l'imponibilità per il 49,72 per cento; se, invece, collettivo societario soggetto Ires, in presenza di determinate condizioni fissate dall'art. 87, le plusvalenze relative alla cessione di azioni o

⁽⁶⁾ Cfr. da ultimo BASILAVECCHIA, *Lineamenti generali*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società* (opera diretta da F. Tesauro), Bologna, Zanichelli, 2007, p. 18 ss., nonché, alla luce della sopravvenuta l. n. 244/2007 BEGHIN, *Le modifiche alla « pex »*, in *Corr. Trib.*, 2007, p. 3791 ss.

⁽⁷⁾ M. BASILAVECCHIA, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Le implicazioni del Patto di famiglia. Aspetti sistematici*, cit., p. 198.

⁽⁸⁾ In caso contrario essa sarà assoggettata in misura piena ma con un'imposta sostitutiva del 20%. Dal 1° gennaio 2010 ai sensi del D.L. n° 138/2011, art. 2, co. 6.

Si intende qualificata la partecipazione al capitale od al patrimonio di una società in azioni od in altra forma, anche in diritti o titoli attraverso cui possono essere acquisite partecipazioni sempre qualificate, la quale rappresenti, complessivamente una percentuale di diritti di voto esercitabile nell'assemblea ordinaria superiore al 2 o al 20 per cento ovvero al 5 o al 25 per cento a seconda che si tratti di titoli negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni.

⁽⁹⁾ Che, sul punto, neutralizza gli effetti del rinvio alla disciplina dei soggetti Ires operato dal precedente art. 56 del Tuir.

quote di partecipazione in soggetti passivi dell'Ires non concorrono (parzialmente) alla formazione del reddito imponibile in quanto il co. 1 dell'art. 87 prevede l'esenzione nella misura del 91 per cento fino al 2006 e del 84 per cento a decorrere dal 2007 e, con le modifiche apportate dalla l. n. 244/2007 del 95% a partire dal 2008.

Il regime di esenzione può essere goduto dai soggetti Ires, dalle società di persone e dagli imprenditori individuali nonché dagli enti non commerciali che esercitano un'impresa commerciale non principale se le partecipazioni sono relative alla sfera imprenditoriale; l'ambito dei soggetti partecipanti non conosce, alla lettera, alcuna limitazione nei confronti di soggetti non residenti in ragione del generico rinvio alla soggettività Ires⁽¹⁰⁾.

In ordine al contenuto da attribuire allo strumento partecipativo cui il legislatore ha inteso riferirsi nell'art. 87 del Tuir, si tratta, tra l'altro, anche di

⁽¹⁰⁾ Sebbene, infatti, l'art. 87 del Tuir segua l'art. 81 circoscritto alle società ed enti commerciali residenti, la Circ. Agenzia delle Entrate n. 36/E/2004 cit. § 2.1. espressamente richiama le società non residenti a patto che queste, come da prescrizione *ex art. 23* del Tuir, abbiano in Italia una stabile organizzazione; il regime di esenzione piena della partecipazione fissato dall'art. 87 del Tuir sembrerebbe, allora, fruibile a condizione che la partecipazione da cedere sia « relativa » alla stabile organizzazione nonché iscritta come immobilizzazione finanziaria nella contabilità separata che questa è tenuta a redigere di modo che al fine di superare l'eventuale sindacato da parte dell'Amministrazione finanziaria *ex art. 37 bis* del d.p.r. n. 600/1973 occorrerà dare un contenuto al nesso di « relatività » in termini di « valide ragioni economiche ».

La questione che, allora, si leva attiene all'individuazione del soggetto beneficiario dell'esenzione nonché del soggetto che debba possedere i requisiti di cui all'art. 87 del Tuir quando il diritto di proprietà sia separato da quello di usufrutto oggetto di separata cessione o la cessione ha ad oggetto solo l'opzione di acquisto oppure le quote sono « trasferite » mediante un contratto di *leasing*.

L'esenzione (e con essa i relativi requisiti) dovrebbe riferirsi al soggetto che cede la (nuda) proprietà della partecipazione dal momento che l'esenzione intende tutelare l'effettività e non la mera potenzialità della proprietà di una partecipazione e che solo la piena proprietà permette l'iscrizione della partecipazione quale immobilizzazione finanziaria; così Circ. Agenzia delle Entrate n. 36/E/2004 cit. § 2.2.3.2.

In ordine, invece, al *leasing*, la sua natura di operazione di finanziamento volta all'acquisto della proprietà (che, peraltro, induce a riconoscere la deducibilità dei soli interessi passivi e non dei canoni (cfr. Circ. Agenzia Entrate 10 maggio 2004, n. 69/E)) induce a valorizzare la proprietà del titolo e, dunque, a ritenere che l'esenzione sia applicabile quando l'utilizzatore esercita il diritto di riscatto.

Con particolare riguardo al periodo di possesso questo potrà decorrere dalla data di sottoscrizione del contratto di locazione finanziaria anteriore al riscatto con la conseguenza che l'utilizzatore sarà già in grado di iscrivere la partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie; resta, comunque, ferma l'imponibilità a valore normale della partecipazione quale sopravvenienza attiva nel caso di cessione del contratto di locazione finanziaria.

titoli rappresentati da quote anche non di controllo e collegamento ⁽¹¹⁾ in società (anche) di capitali.

Rientrano nel novero dei titoli partecipativi anche gli strumenti finanziari simili alle azioni così come definiti nell'art. 44 del Tuir ed i contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza *ex artt.* 2554 del c.c. nei quali sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi: mentre per le società a responsabilità limitata l'esenzione potrebbe rivelarsi non fruibile poiché è dubbio che il finanziamento possa essere ottenuto, in questa tipologia societaria, con l'emissione dei menzionati strumenti, essa sarebbe, invece, ammessa nel contratto di associazione in partecipazione e di cointeressenza agli utili *ex artt.* 109, co. 9, lett. *b*), qualora l'apporto sia di capitale o misto ⁽¹²⁾.

In ogni caso, la nozione di strumento finanziario di cui all'art. 2346, co. 7, del c.c. nella quale il legislatore richiama come caratteristiche essenziali dello strumento la titolarità di diritti patrimoniali e/o amministrativi con esclusione del diritto di voto nell'assemblea pare coincidente con quella, a dire il vero più diffusa seppur elementare, dell'art. 44, co. 2, del Tuir nel quale, con riguardo alla nozione di titolo simile alle azioni, si chiarisce che siano tali gli strumenti « la cui remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi »; l'unica possibilità potrebbe essere quella di enfatizzare l'autonomia statutaria in materia di quote di partecipazione e « particolari diritti » cui fa menzione l'art. 2468 del c.c.: in questo caso, però, a quanto sembra, si tratterebbe di un diritto che viene attribuito previo conferimento, dunque, di una componente del capitale ⁽¹³⁾.

La necessità della funzione partecipativa dello strumento ceduto induce a ritenere, altresì, esclusa la cessione di quote di fondi comuni di investimento, sempre ove assimilabili a strumenti partecipativi, in ragione del diverso criterio di determinazione dei proventi per l'investitore ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Come puntualizza la Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E § 2.2.1.

Pertanto, non è richiesta la natura qualificata della partecipazione diversamente da quanto sopra ricordato per altri « modelli » di tassazione dei risultati positivi dell'impresa societaria trasferiti sotto forma di dividendi o di diritti agli utili incorporati alla partecipazione.

⁽¹²⁾ Su cui *infra*.

⁽¹³⁾ Con riguardo alla nozione ai fini fiscali la Circ. n. 36/2004 afferma che per estendere ad essi la disciplina della *participation exemption* la loro remunerazione dovrebbe essere costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altra appartenente al medesimo gruppo o dell'affare in relazione al quale sono stati emessi.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Circolare 9 febbraio 2004, n. 2 del Centro studi e ricerche fiscali del Gruppo Sanpaolo IMI.

Il legislatore, infine, opera delle assimilazioni estendendo l'ambito della nozione di cessione di partecipazioni esenti anche quando la cessione a titolo oneroso non ha ad oggetto partecipazioni, non si tratti di una vera e propria cessione in senso giuridico o, infine, la cessione assolva ad una funzione solo finanziaria.

Il trasferimento può, infatti, avere ad oggetto non partecipazioni ma componenti patrimoniali (artt. 86, co. 5 *bis*, e 87, co. 6, del Tuir). È il caso delle somme e dei beni valutati al loro valore normale ricevuti dai soci a titolo di ripartizione delle riserve o altri fondi costituiti, come prevede l'art. 47, co. 5, del Tuir, con sopraprezzi di emissione delle azioni o quote, interessi di conguaglio versati dai sottoscrittori di nuove azioni o quote, versamenti a fondo perduto o in conto capitale, saldi di rivalutazione monetaria, per la parte che eccede il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione⁽¹⁵⁾.

Analoga equiparazione alle plusvalenze in senso stretto non sembra, invece, espressamente più riconosciuta a seguito dell'abrogazione del co. 7 dell'art. 87 ad opera del d. lgs. n. 247/2005 per le somme o valori ricevuti dai soci in occasione di recesso, esclusione, riscatto e riduzione del capitale esuberante oppure di liquidazione anche concorsuale della società partecipata in ordine alla differenza tra le somme o il valore normale dei beni ricevuti a titolo di ripartizione del capitale e delle riserve ed il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione con applicazione dell'imposta in misura piena⁽¹⁶⁾ al pari di quanto accade qualora si utilizzino riserve non di capitale ma di utili.

Ovviamente qualora il percipiente non sia imprenditore o, se individuale, non abbia iscritto i beni ceduti fra quelli relativi all'impresa, il provento (somma o valore normale se in natura) sarà qualificato come utile e tassato alla stregua di un reddito di capitale *ex art.* 47, co. 7, del Tuir su di una base imponibile, però, limitata e rappresentata dalla parte eccedente il prezzo di acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate.

Si noti, a riguardo, che, per quanto derivante da una sostanziale cessione soprattutto qualora al recesso si accompagni non la riduzione del capitale ma l'ingresso in società di un terzo, i proventi in questione vengono assimilati a dei dividendi con la conseguente impossibilità per la società di dedurre il costo sostenuto.

La criticità delle conseguenze della disposizione emergono, peraltro, anche in capo al socio non imprenditore dal momento che lo stesso, come accennato nel testo, non godendo affatto dell'esenzione di cui all'art. 87 Tuir

⁽¹⁵⁾ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 36/E/2004, cit., § 4.

⁽¹⁶⁾ A riguardo vedi Circolare Agenzia delle Entrate n. 36/E/2004, cit., § 5.

riservata ai soli imprenditori avrebbe in ogni caso, un reddito imponibile.

Dovrebbe essere, invece, negata l'esenzione per la cessione che si occasiona nel contratto c.d. pronti contro termine su titoli immobilizzati laddove questo sia considerato non come una doppia vendita ad effetti reali ma come un contratto avente funzione finanziaria ⁽¹⁷⁾.

2. - Le condizioni di esenzione della plusvalenza realizzata.

a) L'art. 87 del Tuir richiama quali condizioni necessarie per il godimento dell'esenzione le modalità di realizzo di cui al precedente art. 86, co. 1, ovvero la cessione a titolo oneroso ⁽¹⁸⁾, il risarcimento anche in forma assicurativa e l'assegnazione ai soci o la destinazione extraimprenditoriale ⁽¹⁹⁾.

Con particolare riguardo al conferimento di partecipazioni di controllo e di collegamento, per quanto incluso nell'ambito dell'esenzione in ragione dell'equiparazione effettuata dall'art. 9 del Tuir ad una cessione a titolo oneroso, allo stesso si applicheranno i requisiti richiesti per l'esenzione; se assen-

⁽¹⁷⁾ Così già la Circolare 9 febbraio 2004, n. 2, del Centro studi e ricerche fiscali del Gruppo Sanpaolo IMI e poi la stessa Circ. Agenzia delle Entrate, n. 36/E/2004, cit., § 2.2.3.4.; ciò pare confermato nello stesso art. 94, co. 2, del Tuir laddove si esclude qualsiasi variazione in diminuzione delle rimanenze su titoli (e, quindi, qualsiasi effetto traslativo) qualora la cessione avvenga con l'obbligo del cessionario di rivendere il titolo a termine presupponendo, così, a fini fiscali la continuità della titolarità del titolo da parte del cedente e l'assenza di alcun obbligo dell'acquirente di iscrivere i titoli nel proprio attivo; pari conclusione vale per le operazioni di prestito titoli.

⁽¹⁸⁾ Premessa l'irrelevanza della mera iscrizione della plusvalenza nello stato patrimoniale, in ragione del combinato disposto degli artt. 58 e 86 del Tuir (nel senso, invece, della spettanza dell'esenzione alle plusvalenze meramente iscritte FERRANTI, *L'ambito oggettivo della « participation exemption »*, in *Corr. Trib.*, 2004, p. 1306; P. ROSSI SCARIONI, *Prime osservazioni in materia di « participation exemption »*, in *Boll. Trib.*, 2003, p. 736) il generico richiamo operato alla cessione a titolo oneroso comporta l'applicazione del criterio di determinazione a valore normale di cui all'art. 9 del Tuir e l'estensione di questo a tutti « gli atti a titolo oneroso che importano costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento » (così la Circolare n. 36/2004, cit., § 2.2).

⁽¹⁹⁾ In virtù del rinvio operato dal co. 3 dell'art. 87 del Tuir al precedente co. 1, tali modalità di realizzazione dovrebbero essere parimenti necessarie per la cessione di strumenti finanziari e per i contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza (trascura, invece, il rinvio la Circ. Agenzia delle Entrate, n. 36/E/2004, cit., § 2.2.).

Inoltre, l'ambito applicativo della disciplina della *participation exemption* e, dunque, il concetto stesso di « realizzazione » si estende, al ricorrere delle condizioni, anche ai trasferimenti di partecipazioni che hanno luogo in operazioni societarie quali i concambi da fusione e scissione, di « scambio infracomunitario » tramite permuta e conferimento ex art. 178 del Tuir, riproduttivo dell'art. 1 del d. lgs. n. 544/1992 nonché di scambio di partecipazioni tramite permuta ex art. 177 del Tuir riproduttivo dell'art. 5 del d. lgs. n. 358/1997.

ti ai sensi dell'art. 175 del Tuir l'operazione potrebbe, comunque, godere della neutralità, laddove il valore attribuito alle partecipazioni ricevute sia pari a quello del bene (azienda o partecipazione) conferita (co. 1) mentre se il conferente ricevesse partecipazioni che, invece, godono del regime di esenzione, le plusvalenze saranno imponibili al momento del conferimento ed il loro valore sarà determinato ai sensi dell'art. 9 del Tuir (co. 2) ⁽²⁰⁾.

b) L'art. 87, co. 1, del Tuir, oltre alla natura onerosa del trasferimento, individua una serie ulteriori di condizioni per l'esenzione che devono sussistere al momento della cessione della partecipazione nonché, in ragione della peculiarità di alcune di esse, permanere in periodi di imposta anteriori a quello di realizzo ⁽²¹⁾; in generale, le condizioni dell'esenzione (periodo di possesso e classificazione in bilancio) rispondono alla logica di presumere un legame durevole e, quindi, la sostanziale identità tra l'utile conseguito e la plusvalenza realizzata diversamente, invece, da quanto accadrebbe se il legame mancasse ed emergesse un interesse solo speculativo ⁽²²⁾.

b1) Ai sensi dell'art. 87, co. 1, lett. a) del Tuir e con finalità antielusiva ⁽²³⁾, la prima condizione per l'esenzione è l'ininterrotto possesso della partecipazione dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello dell'avvenuta cessione ⁽²⁴⁾ considerandosi cedute per prime le partecipazioni acquisite in data più recente in base al criterio c.d. *Lifo* ⁽²⁵⁾ qualora si trasferisca una partecipazione acquisita, nel suo complesso, in date, però, differenti ⁽²⁶⁾.

⁽²⁰⁾ Evidente la finalità di evitare una doppia esenzione in sede di conferimento e di successiva vendita della partecipazione ricevuta a seguito del conferimento stesso.

⁽²¹⁾ A riguardo P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 355.

⁽²²⁾ Cfr. G. ZIZZO, *La participation exemption*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2005, p. 300.

⁽²³⁾ Su cui tra gli altri PEDROTTI, *La participation exemption quale nuovo regime ordinario di circolazione delle partecipazioni societarie*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 1143 ss.

⁽²⁴⁾ Al fine della disapplicazione dell'esenzione nel caso di conversione di crediti in azioni da parte di enti creditizi creditori di società di capitali l'ininterrotto possesso potrebbe essere soddisfatto anche successivamente alla presentazione dell'istanza di interpello ex art. 11 della l. n. 212/2000 cui rinvia l'art. 113 del Tuir in ragione del fatto che il comportamento (la cessione/conversione) non è stato ancora adottato e che la procedura di interpello richiamata è di natura preventiva.

Cfr. TERENCE, *Riforma fiscale: le partecipazioni acquisite per il recupero dei crediti bancari*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, I, 1161 e 1162.

⁽²⁵⁾ *Last in first out*.

⁽²⁶⁾ In quest'ultimo caso, dunque, è ipotizzabile che una o più *tranches* della partecipazione non siano qualificabili ai fini dell'esenzione: esemplificazioni nella Circ. Agenzia delle Entrate, n. 36/E/2004, cit., § 2.3.1.

Il possesso non si interromperebbe e, dunque, non si avrà alcuna variazione delle rimanenze dei titoli della società come espressamente sancito all'art. 94, co. 2, del Tuir nei contratti che comportino un trasferimento solo temporaneo della partecipazione⁽²⁷⁾ poiché la titolarità del titolo permarrà in capo ad un unico e originario soggetto⁽²⁸⁾; parimenti accadrebbe quando i titoli non siano effettivamente trasferiti in virtù di obblighi contrattuali di retrocessione e della funzione finanziaria e non di mero scambio del contratto in concreto stipulato⁽²⁹⁾.

La valenza solo riorganizzativa ed affatto traslativa dell'operazione dovrebbe indurre a ritenere che la partecipazione ricevuta dal conferente goda dell'anzianità di possesso dei beni aziendali maturata nel bilancio del conferente sia nel conferimento di un'azienda (costituita da beni e/o partecipazioni) effettuato in regime di neutralità fiscale *ex* art. 176 del Tuir⁽³⁰⁾ che nella successione nella titolarità a seguito di un'operazione di fusione e di scissione di modo che il nuovo soggetto beneficerà del periodo maturato dal suo dante causa anche quando a vecchie azioni si sostituiscano delle nuove⁽³¹⁾ non avendosi alcun effetto interruttivo⁽³²⁾.

b2) L'art. 87, co. 1, lett. b) del Tuir richiede che nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso la partecipazione ceduta sia già classificata come immobilizzazione finanziaria ai sensi dell'art. 2424 *bis* del c.c.⁽³³⁾ in quanto elemento patrimoniale destinato ad essere utilizzato durevolmente; il requisito comporta che possano godere del regime in esame solo i soggetti che adottino una contabilità ordinaria⁽³⁴⁾.

⁽²⁷⁾ Come accade con i contratti pronti contro termine, di riporto e di prestito titoli.

⁽²⁸⁾ Circ. Agenzia delle Entrate, n. 36/E/2004, cit., § 2.2.3.4.

⁽²⁹⁾ Il caso è quello del contratto c.d. pronti contro termine.

⁽³⁰⁾ Circ. Agenzia delle Entrate, n. 36/E/2004, cit., § 2.3.6.1.1.

⁽³¹⁾ Circ. Agenzia delle Entrate, n. 36/E/2004, cit., § 2.3.6.1.2 e § 2.3.6.2.

⁽³²⁾ Nel senso dell'ereditarietà delle « qualità » fiscali delle partecipazioni vedi Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E.

In questo caso alla continuità dei valori fiscalmente riconosciuti dei beni richiesta per la neutralità dell'operazione si accompagnerebbe quella dell'anzianità di possesso.

⁽³³⁾ Il requisito dell'iscrizione introduce, nel sistema, un condizionamento per finalità fiscali dei criteri di formazione del bilancio con il rischio non solo di far rivivere l'antica dipendenza dell'utile dal reddito (sul punto, tra gli altri, PROCOPIO, *Imposta sul reddito delle società: luci ed ombre*, in *Rass. trib.*, 2004, 1984 ss.) ma anche di indurre gli operatori a scelte di bilancio per prevalenti interessi di convenienza fiscale sindacabili da parte dell'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 (come integrato dall'art. 2, co. 1, lett. e), del d. lgs. n. 344/2003) che ne ha modificato la lettera f) al fine di verificare la corrispondenza tra rappresentazione ed effettiva gestione.

⁽³⁴⁾ Tale condizione rende il regime inaccessibile per i contribuenti c.d. minori i quali

L'iscrizione (³⁵), per quanto espressiva della stabilità dell'investimento, sembra discriminare le partecipazioni iscritte nell'attivo circolante e quelle rappresentate come immobilizzazioni finanziarie non senza sollevare dubbi di ragionevolezza.

La discriminazione potrebbe essere giustificata dalla *ratio* legislativa di garantire una (tendenziale) simmetria nella fiscalità, da un lato, dei dividendi e, dall'altro, delle plusvalenze da partecipazioni nella società che ha prodotto utili distribuibili fondata nell'identità economica del bene di secondo grado con quello di primo, identità che si presume solo in presenza di una partecipazione stabile e stabilizzata dal momento che l'appartenenza all'attivo circolante attribuirebbe alla partecipazione un valore non coincidente con l'utile cui darebbe diritto ma dipendente dal mercato nel quale la partecipazione può essere scambiata (³⁶).

determinano il proprio reddito di impresa ai sensi dell'art. 66 del Tuir adottando una contabilità semplificata e con le deduzioni forfetarie ivi previste; cfr. la Circ. Agenzia delle Entrate n. 36/E/2004, cit., § 2.1.

Sotto altro profilo, come puntualizza la stessa Circ. n. 36/E/2004, cit., § 2.3.2, qualora le regole di redazione del bilancio non prevedano una voce specifica ove procedere all'iscrizione la classificazione dovrà essere indicata nella nota integrativa ovvero risultare da elementi certi e precisi nella contabilità.

(³⁵) Alla rappresentazione come immobilizzazione finanziaria corrisponde l'esenzione sulle plusvalenze da cessione nonché l'indeducibilità delle minusvalenze; ciò potrebbe indurre a preferire, per ragioni di convenienza fiscale, l'iscrizione nell'attivo circolante, incassare i dividendi dalla partecipata (quali utili e riserve) pari al valore della partecipazione godendo della franchigia del 95 per cento e, dunque, dell'imponibilità limitata al solo 5 per cento del dividendo e, quindi, cedere la partecipazione realizzando una minusvalenza deducibile quale perdita fiscale pari alla differenza negativa tra il valore di acquisto e l'importo del dividendo tassato.

Se, da un lato l'iscrizione nell'attivo circolante non sarebbe di per sé contraddittoria in quanto la partecipazione così iscritta verrebbe ceduta a breve distanza dall'acquisto di modo che sarebbe fisiologica la successiva deduzione della minusvalenza, dall'altro, il vantaggio fiscale potrebbe essere sindacato *ex art. 37 bis* alla luce della combinazione delle due successive operazioni (distribuzione e nuova cessione) le quali, soprattutto se effettuate all'interno di un gruppo e/o con retrocessione all'originario cedente, otterrebbero con l'evidente vantaggio fiscale gli effetti, ora non più vantaggiosi, della svalutazione della partecipazione: in realtà, però, anche questi effetti sarebbero coerenti alle scelte sistematiche in materia di fiscalità societaria (imposizione al momento della produzione e non della distribuzione) ed al divieto di doppia imposizione del risultato dell'impresa una volta quale utile e l'altra quale dividendo o negando la deducibilità della minusvalenza.

(³⁶) Così G. ZIZZO, *Participation exemption e riorganizzazioni societarie*, in *Il Fisco*, 2002, p. 4431; nel senso della discriminazione non sistematica F. GALLO, *Etica e giustizia nella « nuova » riforma tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, I, p. 35, il quale osserva come non vi sia equivalenza tra la cessione della partecipazione e quella dell'azienda per quanto il cessionario

I dubbi sono ancor più evidenti in ordine all'esclusione della cessione della partecipazione obbligatoria per legge ai sensi degli artt. 2357, co. 4, 2357 *bis*, co. 2, e 2359 *ter* del c.c. nonché dell'art. 121 del d. lgs. n. 58/1998 ⁽³⁷⁾ qualora l'iscrizione della quota ceduta sia stata fatta nell'attivo circolante ⁽³⁸⁾.

In base al disposto letterale della norma non sembra che l'iscrizione quale immobilizzazione finanziaria debba essere conservata per un periodo superiore a quello corrispondente al primo bilancio del periodo di possesso di modo che la partecipazione, della cui originaria iscrizione dovrà essere, ovviamente, tenuta prova, potrà essere iscritta nell'attivo circolante successivamente a tale periodo ⁽³⁹⁾.

Il sopravvenuto co. 1 *bis* dell'art. 87 del Tuir dispone che si debbano considerare separatamente le cessioni di immobilizzazioni finanziarie dalle cessioni di partecipazioni appartenenti all'attivo circolante. Condividendo questa ipotesi interpretativa, la logica sistemica dell'esenzione sarebbe tale da differenziarla dal disposto agevolativo dall'art. 86, co. 4, ultimo periodo del Tuir per la rateizzazione delle plusvalenze patrimoniali che non godono del regime di esenzione, norma, questa, che sarebbe peraltro applicabile alle partecipazioni iscritte come immobilizzazioni finanziarie ma cedute senza il rispetto degli altri requisiti di cui all'art. 87 del Tuir.

Se si enfatizzasse il valore che il legislatore ha inteso attribuire alla natura funzionale della partecipazione immobilizzata, si dovrebbe, invece, convenire con la necessità della costante iscrizione quale immobilizzazione in quanto la natura sottostante a tale classificazione, espressione della *ratio* legislativa, dovrebbe permanere anche al momento della cessione ⁽⁴⁰⁾; simile assunto

possa dedurre il maggior costo fiscale dell'azienda attraverso l'ammortamento in ragione della distinzione soggettiva.

⁽³⁷⁾ Si tratta, in particolare, delle ipotesi di alienazioni di azioni proprie, di vendita di azioni o quote della controllante acquistate in violazione dell'art. 2359 *bis* e delle partecipazioni reciproche.

⁽³⁸⁾ In questo caso, infatti, l'unico beneficio potrebbe essere, come da regola generale, la rateizzazione della plusvalenza.

⁽³⁹⁾ La successiva iscrizione nell'attivo circolante sembra, peraltro, compatibile con l'esenzione a quanto risulta dalla lettura della stessa relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 344/2004; in questo senso anche P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, cit., p. 356 ss.

La conferma è data anche dalla Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E, § 2.3.2.

⁽⁴⁰⁾ In tal senso con riguardo alla possibilità di godere della rateizzazione Circ. Min. fin. 27 maggio 1994, n. 73/E, in *Corr. Trib.*, 1994, p. 1589 ss.

Un dato non trascurabile che potrebbe evidenziare un eccesso di delega è la circostanza

giustificherebbe l'irragionevolezza dell'esclusione anche di quelle partecipazioni iscritte come immobilizzazioni finanziarie solo a partire dal secondo (e non dal primo) bilancio chiuso durante il periodo di possesso.

In ordine, invece, alla questione se il requisito dell'iscrizione come immobilizzazione finanziaria debba permanere in capo al nuovo titolare almeno per il primo anno di iscrizione⁽⁴¹⁾ o se, invece, questo possa modificarne la rappresentazione, la prima iscrizione dovrebbe essere sufficiente a condizione di considerare l'esenzione alla stregua di un regime oggettivo ovvero legato ad una certa fattispecie di partecipazione; diversamente, ove la funzionalità espressa dalla rappresentazione fosse il frutto di scelte soggettive, il nuovo titolare dovrebbe confermare quelle del suo dante causa.

Questa seconda ipotesi non pare condivisibile: la necessità che la « prima iscrizione » come immobilizzazione finanziaria sia verificata in termini soggettivi e, dunque, sia « confermata » nel bilancio in cui le partecipazioni acquisite siano per la prima volta iscritte successivamente all'atto od operazione evocherebbe un effetto traslativo degli atti di trasferimento in esame ormai del tutto negato sia in dottrina che in giurisprudenza.

Un'indicazione in tal senso si ha nella relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 344/2004 nella quale si afferma che in caso di operazioni societarie straordinarie sarebbe preclusa l'applicabilità dell'esenzione qualora nel primo bilancio chiuso nel periodo di possesso la partecipazione sia stata inserita nel circolante e solo successivamente, a seguito dell'operazione, abbia ricevuto l'iscrizione quale immobilizzazione finanziaria.

Qualora la partecipazione sia trasferita in occasione di un conferimento, di fusione e di scissione la precedente classificazione in bilancio si dovrebbe trasmettere al nuovo soggetto⁽⁴²⁾ con la conseguenza che il nuovo titolare (il conferitario o la società risultante dall'operazione di fusione o scissione) potrebbe realizzare in esenzione le plusvalenze in coerenza con la natura giuridica di tali operazioni.

b³) Il legislatore richiede, prima delle modifiche apportate dalla l. n. 244/2007 e per i periodi di imposta anteriori al 2008, che la società parteci-

che il legislatore delegante, nell'art. 4, co. 1, lett. c), n. 1, della legge delega 7 aprile 2003, n. 80, si riferisse non all'iscrizione in quanto tale ma alle partecipazioni iscritte enfatizzando, quindi, la costanza di una certa destinazione anteriore alla cessione.

⁽⁴¹⁾ Non si rinviene, a riguardo, alcuna precisazione nella Circ. Agenzia delle Entrate, n. 36/E/2004, cit., § 2.3.6.1.1.

⁽⁴²⁾ Circ. Agenzia delle Entrate n. 36/E/2004, cit., § 2.3.6.2.; cfr. sul punto anche D. STEVANATO, *Il mancato recepimento delle proposte di modifica alla « participation exemption »*, in *Corr. Trib.*, 2004, p. 427.

pata non abbia la residenza fiscale in uno dei c.d. Paesi a fiscalità privilegiata indicati nel relativo decreto ministeriale emanato *ex art.* 167, co. 4, del Tuir; ove, poi, la società partecipata sia stata costituita da meno di tre anni, la residenza in un paese della c.d. *white list* dovrebbe permanere per la maggior parte del periodo intercorso tra l'atto di costituzione e la realizzazione della plusvalenza ⁽⁴³⁾.

Qualora la residenza del cedente sia, invece, localizzata in Paesi a fiscalità privilegiata, l'esenzione è condizionata alla circostanza che il contribuente possessore di una partecipazione potenzialmente qualificabile per l'esenzione dimostri, a seguito dell'esercizio del diritto di interpello di cui al co. 5, lett. *b*) dell'art. 167 del Tuir ⁽⁴⁴⁾, che dalla partecipazione non sia stato conseguito, sin dall'inizio del periodo di possesso, l'effetto di localizzare i redditi in tali Stati; la condizione appare coerente con la *ratio* antielusiva della disciplina dal momento che in tali giurisdizioni l'utile non sarebbe tassato colpito e, dunque, non sarebbe più necessario evitare una doppia imposizione in sede di cessione della partecipazione ⁽⁴⁵⁾.

La residenza in un Paese diverso da quelli a fiscalità privilegiata deve sussistere ininterrottamente al momento del realizzo già dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso in ragione dell'interesse erariale ad evitare trasferimenti di sede all'estero o acquisizioni in società la cui residenza estera sia stata adottata senza valide ragioni economiche ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ Così Circ. Agenzia delle Entrate, n. 36/E/2004, cit., § 2.3.3.

⁽⁴⁴⁾ La procedura di interpello richiesta per l'esenzione corrisponde, dunque, a quella prevista per le imprese estere collegate e controllate sebbene la legittimazione alla proposizione dell'istanza non richieda la sussistenza dei presupposti previsti per la procedura di cui agli artt. 167 e 168 del Tuir: la conferma è data dalla Circ. n. 36/2004, cit., § 2.3.3.

Uno stretto parallelismo si rinviene, invece, con la procedura di interpello prevista per l'esenzione al 95 per cento dei dividendi esteri laddove distribuiti da società residenti in Stati o territori a fiscalità privilegiata dall'art. 89, co. 3, del Tuir dal momento che la finalità della norma è identica, la legittimazione non richiede il superamento di soglie di partecipazione; peraltro, non è da escludersi che per una stessa società (erogante e partecipata) siano presentate due diverse istanze.

Circa l'efficacia della risposta all'istanza di interpello è stato chiarito che in presenza delle condizioni di legge, l'esenzione deve essere riconosciuta anche per periodi di imposta successivi a quello di presentazione dell'istanza (così Circ. n. 36/2004, cit., § 2.3.3) con un apprezzabile riconoscimento dell'« ultrattività » della risposta qualora non mutino le condizioni di fatto evidenziate nell'istanza nel corso dei periodi di imposta successivi a quello di presentazione della stessa.

⁽⁴⁵⁾ Così G. ZIZZO, *Participation exemption e riorganizzazioni societarie*, cit., p. 4431.

⁽⁴⁶⁾ La circostanza che le citate caratteristiche della residenza siano richieste dal legislatore solo per la società partecipata e non per quella, in ipotesi, cessionaria potrebbe indurre

Con le modifiche apportate dalla l. n. 244/2007 il riferimento alla localizzazione è stravolto nel senso che l'art. 87 del Tuir, al pari di quanto accaduto per tutte quelle altre disposizioni che nel Tuir facevano riferimento al riconoscimento a seguito di localizzazioni in paesi o territori *black list*, richiede per il godimento del regime normale di esenzione la dimostrazione della localizzazione in un paese o territorio della *white list*.

b4) Un requisito di fondamentale importanza non scevro di potenziale conflittualità è la necessità richiesta ex art. 87, co. 1, lett. d), del Tuir che la società partecipata eserciti un'attività di impresa di natura commerciale alla stregua dei criteri definitori di cui all'art. 55 del Tuir; tale requisito, in base al successivo co. 2, deve, peraltro, sussistere ininterrottamente almeno dall'inizio del terzo periodo di imposta anteriore al realizzo⁽⁴⁷⁾.

Dal momento che l'esercizio dell'impresa commerciale costituisce un accertamento in fatto del se e come un'attività economica è esercitata, il legislatore, con finalità antielusiva, presume in via assoluta⁽⁴⁸⁾ che non vi sia impresa⁽⁴⁹⁾ qualora il valore del patrimonio della società⁽⁵⁰⁾ sia prevalentemente costituito da beni immobili diversi sia da quelli alla cui produzione o scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa⁽⁵¹⁾ che dagli impianti

ad applicare l'esenzione alle partecipazioni trasferite per conferimento ad una società residente in un Paese a fiscalità privilegiata dal momento che gli effetti vantaggiosi dell'operazione potrebbero essere conformi alle disposizioni antielusive in quanto l'art. 37 bis, co. 3, lett. b), del d.p.r. n. 600/1973, si riferirebbe ai soli conferimenti aventi ad oggetto aziende; in senso opposto si potrebbe, invece, assumere fondato il sindacato alla luce della successiva lett. f) che comprende tra le operazioni sindacabili le « operazioni » aventi ad oggetto partecipazioni qualificate o non qualificate ex art. 67 del Tuir.

⁽⁴⁷⁾ Ciò pare richiesto per l'impresa agricola ma, ai sensi dell'art. 87, co. 4, del Tuir non per le partecipazioni in società i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati ed alle plusvalenze che si realizzano a seguito di offerte pubbliche di vendita.

⁽⁴⁸⁾ Sic!

⁽⁴⁹⁾ E, dunque, che la partecipazione nella società *de qua* non sia esente.

⁽⁵⁰⁾ Il valore patrimoniale della società, in ragione dell'esigenza di effettività, dovrebbe essere individuato in quello non contabile ma corrente (ad es. di mercato o catastale) comprensivo dell'avviamento positivo o negativo anche se non iscritto (cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E, § 2.3.4.) restando da chiarire se al lordo o al netto dei costi e se di tutti i costi o solo di quelli riferibili agli immobili.

⁽⁵¹⁾ In questo modo il legislatore ha inteso distinguere dal genere delle società immobiliari « di comodo » la specie delle società di costruzione immobiliare nelle quali il patrimonio immobiliare è costituito per la maggior parte da beni merce.

A riguardo si segnala come in una risposta a interpello prot. n. 954-185059/2004 l'Agenzia delle Entrate Direzione Centrale Normativa e contenzioso, ai fini dell'esenzione della cessione delle relative partecipazioni, ha escluso l'esercizio di un'impresa commerciale da parte di una società immobiliare che nelle more della vendita dell'unico complesso immobiliare co-

e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa; in casi da questi diversi l'esercizio di un'impresa commerciale costituirà questione di fatto da risolvere di volta in volta ⁽⁵²⁾.

La disposizione costituisce, dunque, un intervento di natura speciale rispetto alla regola generale di cui al combinato disposto degli artt. 6, co. 3, e 81 del Tuir (principio di attrazione nel reddito di impresa), intervento non scevro da profili di criticità.

Orbene, l'assolutezza della presunzione di cui all'art. 87, co. 1, lett. d), del Tuir si potrebbe prestare ad una critica in punto di ragionevolezza della presunzione assoluta la quale non lascerebbe alcuno spazio per dimostrare che a fronte di un patrimonio prevalentemente costituito da beni immobili diversi da quelli che originano ricavi, dagli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa l'attività commerciale è effettiva, a meno di non considerare la disciplina come agevolativa e, quindi, introdurre

struito si era limitata alla sua locazione, richiamando, così, quanto già precisato dalla Circolare 4 agosto 2004, n. 36/E; rispetto, però, alla perentorietà di quest'ultima, la risposta sembrerebbe ammettere l'esenzione laddove la locazione sia momentanea ed affatto pluriennale e continuativa e/o sia affiancata da una vendita seppur di minimo importo: si deve, però, osservare che l'effettività dell'impresa commerciale di vendita non si dimostra solo con la perfezione dello scambio ma anche con una serie di atti prodromici ad essa strumentali che in modo inequivoco manifestino l'intenzione di operare sul mercato accollandosi il rischio dell'insuccesso.

⁽⁵²⁾ Nel senso, qui non condiviso, che la mera gestione dell'affitto di un'azienda non costituisca esercizio di un'impresa commerciale vedi Ris. Agenzia Entrate 25 novembre 2005, n. 163/E, in *Corr. trib.*, 2006, 59 ss.

Dal momento che, come accennato, la fusione e la scissione sono assimilate dal legislatore alla tradizionale « realizzazione » delle plusvalenze perfezionata con il trasferimento della partecipazione, qualora una società non operativa si fonda con altra o si scinda in una o più società, l'applicazione dell'esenzione in capo al « nuovo » soggetto non dovrebbe essere pregiudicata dalla mancata commercialità del soggetto estinto o scisso; a ciò si aggiunga che l'operazione potrebbe trovare le ragioni economiche richieste dall'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 proprio nella non operatività di una delle due società. Nel caso in cui la scissa sia una società non operativa in ragione della composizione del proprio patrimonio la necessità che le partecipazioni nelle beneficiarie possano godere dell'esenzione solo se possedute per almeno tre periodi di imposta potrebbe rispondere a finalità antileusive.

È, comunque, condivisibile, in una logica di equilibrata tutela dell'interesse erariale, di applicare l'esenzione, qualora il patrimonio del nuovo soggetto sia per più della metà rappresentato dal patrimonio di un soggetto che prima dell'operazione godeva del regime di esenzione mentre pare sproporzionato richiedere che tale prevalenza sia richiesta e, quindi, accettabile anche nel caso in cui la cessione della partecipazione abbia luogo entro il triennio dall'operazione di fusione (Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E, § 2.3.6.4.1) o di scissione (Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E, § 2.3.6.4.2).

nella valutazione un maggior peso della scelta discrezionale del legislatore⁽⁵³⁾.

Se, infatti, come pare, la *ratio* dell'esenzione è quella di impedire la doppia tassazione dell'utile societario una volta che questo sia prodotto e che la partecipazione sia ceduta, la distinzione fra società partecipata operativa e di mero godimento si potrebbe, infatti, considerare illogica ed irragionevole e, dunque, intesa solo a disincentivare la conservazione di società di comodo, peraltro in aperta violazione dell'intento di evitare una doppia imposizione dal momento che, nel caso di società immobiliari di mera gestione, sarebbero tassati sia i proventi da queste prodotti nonché le plusvalenze dalla cessione delle partecipazioni possedute da qualsiasi soggetto⁽⁵⁴⁾.

La commercialità è presunta in via assoluta *ex art.* 87, co. 4, del Tuir per le società i cui titoli, di natura, però, solo azionaria⁽⁵⁵⁾, siano negoziati nei mercati regolamentati; pari automatismo nell'attribuzione dell'esenzione si rinviene per la cessione di partecipazioni a seguito di offerte pubbliche di vendita; si considerano direttamente utilizzati nell'esercizio dell'impresa gli immobili concessi in locazione finanziaria e i terreni su cui la società partecipata svolge l'attività agricola ma non concessi in locazione o godimento attraverso contratti di affitto di azienda⁽⁵⁶⁾.

Il concetto di diretto utilizzo, peraltro, potrebbe non essere circoscritto ai soli immobili strumentali per destinazione ovvero a quelli necessariamente strumentali, ma esteso anche a quelli ad uso promiscuo; qualora esistano immobili con destinazioni diverse occorrerà verificare la prevalenza confrontando il valore dei singoli immobili (il valore potrà, alternativamente, essere individuato in quello catastale, evidentemente più oggettivo, nella prospettiva di un'eventuale contestazione, di quello che potrebbe essere evidenziato con una perizia) con quello dell'attivo patrimoniale della società per definire una percentuale che esprima in termini quantitativi un impiego dall'altro.

La perentorietà della soddisfazione del requisito in esame dovrebbe, peraltro, essere riconsiderata dal legislatore qualora l'esenzione sia invocata per la conversione di crediti in partecipazioni ai sensi dell'art. 113 del Tuir laddove la società debitrice si trovi in difficoltà finanziaria non temporanea ma pressoché stabile e sia operativa nei soli limiti della realizzazione e valorizza-

⁽⁵³⁾ Tale la giustificazione addotta dal P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, cit., p. 362. Per una critica G. ZIZZO, *Participation exemption e riorganizzazioni societarie*, cit., p. 4432.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. PEDROTTI, *La participation exemption*, cit., p. 1146.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E, § 2.3.4.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E.

zione del patrimonio ⁽⁵⁷⁾ poiché la conversione del credito in partecipazioni muove proprio dal presupposto che l'inattività abbia causato l'impossibilità dell'adempimento delle obbligazioni.

Pertanto, laddove l'art. 113 del Tuir fosse considerato « speciale » rispetto all'art. 87 del Tuir si potrebbe ammettere che il requisito dell'effettività dell'impresa commerciale non debba preesistere alla conversione del credito ma, al limite, conseguire alla medesima.

Nel caso di partecipazioni in *holding* ovvero in società la cui attività consiste in via esclusiva o prevalente nell'assunzione di partecipazioni, l'art. 87, co. 5, del Tuir richiede che tali requisiti si debbano riferire alle società indirettamente partecipate e devono sussistere nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio sociale della partecipante. In altre parole, a seguito del trasferimento della partecipazione nella *holding* si dovrebbe trasferire anche la maggior parte di un patrimonio sociale rappresentato da partecipazioni in società operative accertando la sussistenza delle caratteristiche richieste anche in capo alla *sub holding* ed alle società da questa partecipate ⁽⁵⁸⁾.

Al fine di conservare la praticabilità della conversione del debito in proprietà in alternativa al ricorso alle procedure concorsuali ⁽⁵⁹⁾ l'art. 113 del Tuir attribuisce agli enti creditizi ⁽⁶⁰⁾ la possibilità di chiedere la non applicazione del regime della *participation exemption* tramite la procedura di cui all'art. 11 della l. n. 212/2000 (il c.d. Statuto del contribuente) nei casi di

⁽⁵⁷⁾ Cfr. TRENZI, *Riforma fiscale*, cit., p. 1163.

⁽⁵⁸⁾ Nella Circ. Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E, § 2.3.5, effettua un riferimento all'accertamento dei requisiti della residenza (lett. c) e dell'effettività dell'impresa commerciale (lett. d) anche in capo ad una stabile organizzazione; orbene, se, come pare, la s.o. deve essere riferita ad un'impresa residente in Italia, in primo luogo la circolare integra un dettato normativo che attribuisce un potere solo per le partecipate; in secondo luogo, il riferimento alla residenza potrebbe valere solo premettendo che se la s.o. sia localizzata in un paese che applicasse le imposte in misura inferiore e che l'impresa residente in Italia possa detrarsi le imposte pagate all'estero in ragione della presenza della s.o. ai sensi dell'art. 165 del Tuir ma ciò pare non unanimemente condiviso.

Se il valore cui fare riferimento si individua, come si legge nella relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 344/2003, nel valore corrente e non nel valore contabile appare, però, incerto fino a quale grado della catena partecipativa si debba effettuare la verifica.

⁽⁵⁹⁾ Conversione che, altrimenti, sarebbe penalizzata dall'avvenuta abrogazione della possibilità di svalutare fiscalmente le partecipazioni e di dedurre minusvalenze su partecipazioni.

⁽⁶⁰⁾ Il riferimento al D.M. del 1993 dovrebbe indurre ad escludere, in base ad un'interpretazione restrittiva, gli enti finanziari: sul punto vedi TRENZI, *Riforma fiscale: le partecipazioni acquisite per il recupero dei crediti bancari*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, I, p. 1160 ss.

partecipazioni, comunque dotate dei requisiti di cui all'art. 87 citato, acquisite « nell'ambito degli interventi finalizzati al recupero di crediti o derivanti dalla conversione in azioni di nuova emissione dei crediti verso imprese in temporanea difficoltà finanziaria » individuate dal d.m. Tesoro 22 giugno 1993, n. 242632 ⁽⁶¹⁾; la non applicazione del regime di esenzione, peraltro, non potrà accompagnarsi al godimento da parte dell'ente creditizio interpellante della disciplina opzionale del consolidato nazionale e mondiale ⁽⁶²⁾.

3. - *La determinazione della plusvalenza. La deducibilità delle minusvalenze da cessione e da svalutazione di partecipazioni e dei costi inerenti alla cessione della partecipazione.*

In base all'art. 86, co. 2, del Tuir la plusvalenza derivante dalla cessione della partecipazione è costituita dalla differenza fra il corrispettivo conseguito o il valore normale ⁽⁶³⁾, al netto degli oneri accessori di diretta imputazione e il costo non ammortizzato ovvero il costo fiscale attribuito alla partecipazione ⁽⁶⁴⁾.

In conformità a quanto disposto dall'art. 4, lett. e), della legge delega n. 80/2003 attuato dall'ultimo periodo dell'art. 109, co. 5, del Tuir, al pari di quanto accade per gli interessi passivi sostenuti per l'acquisto di una partecipazione compresa nell'ambito della *participation exemption*, tra gli oneri di diretta imputazione al netto dei quali si determina il corrispettivo ovvero il

⁽⁶¹⁾ Ai sensi dell'art. 113, co. 2, del Tuir l'istanza nel caso dell'acquisizione di partecipazione per il recupero del credito dovrà indicare le ragioni che inducono a scegliere tale strada rispetto a « forme alternative di recupero dei crediti », delle modalità e tempi previsti per il recupero e, qualora si tratti di partecipazione nella società debitrice, che l'« operatività » della stessa sia « limitata agli atti connessi con il realizzo e la valorizzazione del patrimonio »; nel caso di conversione di crediti la dimostrazione della temporanea situazione di difficoltà finanziaria del debitore, le prospettive di riequilibrio economico-finanziario e la maggiore convenienza rispetto ad altri interventi di recupero. Qualora l'istanza venisse accolta, l'ente creditizio si impegna a rinunciare all'esercizio dell'opzione per l'imposizione per trasparenza nonché al regime del consolidato fiscale dal momento che, se così non fosse, si duplicherebbe la possibilità di dedurre la perdita fiscale; ulteriore effetto dell'accoglimento è la deducibilità da parte dell'originario creditore del valore del credito, purché trasferito alle azioni ricevute, ai sensi degli artt. 101, co. 5, e 106 del Tuir.

⁽⁶²⁾ In aggiunta all'esito positivo dell'istanza di interpello, ai sensi del co. 3 dell'art. 113 del Tuir l'assenza di prelievo è condizionata alla continuità del valore dei credito in capo alle azioni ricevute a seguito dell'estinzione/conversione del credito vantato dalla banca nella società debitrice.

⁽⁶³⁾ In caso di assegnazione ai soci o di destinazione a finalità extraimprenditoriali.

⁽⁶⁴⁾ Così Circolare Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E, § 3.

valore normale, non andranno compresi e saranno, quindi, indeducibili, i costi specificamente inerenti al trasferimento quali quelli notarili e di intermediazione⁽⁶⁵⁾.

Il valore di acquisto rappresenterà per il cessionario il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione.

In corrispondenza all'esenzione delle plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni, ovvero di realizzo, si dispone che, a fronte della non imponibilità delle plusvalenze da partecipazione (nonché dei dividendi distribuiti ad un socio qualificato) ai sensi delle regole stabilite per la *participation exemption*, in presenza di identica percentuale non sia, però, deducibile la minusvalenza che si possa realizzare a seguito della cessione; analogamente accade nei casi di ripartizione di riserve di capitali in occasione del recesso od esclusione del socio, riscatto, riduzione del capitale esuberante e liquidazione qualora la minusvalenza si identifichi nella differenza negativa tra quanto ricevuto in sede di ripartizione ed il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione⁽⁶⁶⁾.

L'indeducibilità sarebbe, peraltro, coerente con l'art. 109, co. 5, del Tuir il quale ammette il concorso del costo alla determinazione del reddito solo se questo si riferisce a proventi imponibili o esclusi ma non esenti⁽⁶⁷⁾.

Di converso, qualora la partecipazione non presenti le caratteristiche di cui all'art. 87 del Tuir, la minusvalenza da realizzo sarà deducibile sempre che realizzata, come dispone l'art. 101, co. 1, del Tuir in base all'art. 86, co. 1, del Tuir.

In ordine alla minusvalenza da svalutazione della partecipazione, il differenziale negativo non sarà mai deducibile ai sensi dell'art. 101 del Tuir laddove la partecipazione, se ceduta, fosse esente; ciò dovrebbe, allora, comportare l'irrilevanza ai fini della determinazione del *quantum* della svalutazione fiscale della partecipazione della rinuncia ad un credito della partecipante verso la partecipata⁽⁶⁸⁾ nonché dei versamenti a copertura perdite.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. a riguardo i principi espressi nell'art. 4, co. 1, lett. a), della legge delega 7 aprile 2003, n. 80 nonché le regole generali in materia fissate dall'art. 109, co. 5, del Tuir il quale ammette la deducibilità del costo solo se riferibile ad attività o beni da cui derivano proventi imponibili o esclusi ma non esenti con finale esclusione delle plusvalenze di cui all'art. 87 del Tuir; più in generale PISTOLESI, *Plusvalenze patrimoniali ed oneri accessori di diretta imputazione*, in *Rass. trib.*, 1996, p. 1478 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate 4 agosto 2004, n. 36/E, § 5.1.

⁽⁶⁷⁾ Lo stesso criterio dovrebbe far escludere la deducibilità dei versamenti a fondo perduto.

⁽⁶⁸⁾ Sulla qualificazione di tale componente negativa straordinaria come sopravvenienza passiva cfr. Cass., sez. trib., 29 agosto 2001, n. 11329, in *Rass. trib.*, 2002, p. 1325 ss.; l'attuale

Resta, invece, da chiarire se, nel caso di partecipazioni non comprese nell'ambito dell'esenzione, in assenza di un'espressa posizione nell'attuale art. 94 del Tuir, siano deducibili i versamenti a fondo perduto per la parte non solo corrispondente al patrimonio netto ma anche eccedente ove le perdite abbiano superato tale limite o se, invece, l'unico rimedio sia quello di capitalizzarli mediante un aumento del costo fiscale della partecipazione.

L'impossibilità di svalutazione per perdite sul valore delle partecipazioni si rivelerebbe, peraltro, asimmetrica al regime dell'esenzione laddove il divieto operasse per partecipazioni che non presentano i requisiti di cui all'art. 87 del Tuir ⁽⁶⁹⁾.

La natura esente della plusvalenza da partecipazione condiziona il regime degli interessi passivi eventualmente sostenuti per l'acquisto ⁽⁷⁰⁾ laddove, come dispone l'art. 97 del Tuir *ante* modifiche apportate dalla l. n. 244/2007, si vieta la loro deducibilità in ragione di un *pro rata patrimoniale di deducibilità* ⁽⁷¹⁾.

Infine, si deve notare come sul versante dei valori aziendali, il trasferimento dell'azienda mediato da quello delle partecipazioni risentiva dell'impossibilità, in ragione del regime *pex*, di adeguare il valore fiscale dell'azienda dal momento che l'eventuale plusvalore resterà latente, come vedemo oc-

art. 94, co. 6 e 7, del Tuir ammette per le partecipazioni appartenenti sia all'attivo circolante che alle immobilizzazioni un incremento del costo fiscalmente riconosciuto delle medesime per un ammontare corrispondente a quello (tra l'altro anche) del credito a cui la partecipante abbia rinunciato.

⁽⁶⁹⁾ A. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, p. 688.

Il divieto di svalutazione e con esso la disciplina della *participation exemption*, non opererà a seguito di positivo esito dell'istanza di interpello presentata ai sensi dell'art. 113 del Tuir per la conversione in partecipazione di crediti vantati da enti creditizi in società di capitali; di conseguenza, il valore fiscale della partecipazione dovrebbe essere svalutabile in base alle regole per i creditizi cui all'art. 106 del Tuir.

Si palesa, peraltro, il dubbio di un'irragionevole discriminazione in punto di svalutabilità fiscale tra partecipazioni che possano accedere al regime dell'esenzione perché iscritte tra le immobilizzazioni finanziarie e quelle, diversamente disciplinate, nell'attivo circolante (cfr. anche TARENZI, *Riforma fiscale*, cit., p. 1165): tangibile, allora, una prevalente ragione di convenienza fiscale in una e non altra iscrizione che potrà, comunque, essere sindacata dall'ufficio *ex art. 37 bis* del d.p.r. n. 600/1973.

⁽⁷⁰⁾ Ecco, allora, che il regime della *participation exemption* potrebbe rivelarsi alternativo ad altri regimi opzionali (come la « trasparenza » fiscale ed il « consolidato » fiscale) nel quale la deducibilità degli interessi potrebbe essere garantita.

⁽⁷¹⁾ Tale limite è dato dal rapporto tra la grandezza rappresentata dal valore di libro delle partecipazioni esenti meno il valore del patrimonio netto rispetto a quella costituita dal totale dell'attivo meno il patrimonio netto meno i debiti commerciali.

cupandoci della disciplina del trasferimento diretto dell'azienda, ed in capo al cessionario non essendo più ammessa una rivalutazione fiscale del valore tramite un'imposta sostitutiva: di qui l'evidente disallineamento dei valori fiscali aziendali da quelli civilistici ⁽⁷²⁾. L'art. 7 del c.d. decreto sviluppo (D.L. n° 70/2011) ha, però, reintrodotto la possibilità di rideterminare il valore delle partecipazioni *ex art. 5 l. n° 488/2001*.

4. - *L'imposizione indiretta.*

La cessione di quote in una s.r.l. è assoggettata alla tassa sui contratti di borsa la quale, in dispetto del nome, si applica a tutti quei contratti che hanno luogo sia in borsa che fuori e che hanno ad oggetto oltre ad azioni anche quote (vedi l'art. 1 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 3278 così come modificato dal d. lgs. n. 435/1997 e la tabella allegata alla l. n. 1079/1954 per le diverse aliquote).

Le cessioni comprese dovranno aver luogo fra soggetti residenti anche se relative a società non residenti in Italia; sono, invece, escluse, per quel che riguarda quote in un s.r.l., le cessioni concluse in mercati regolamentati, le cessioni fra soggetti legati da un rapporto di controllo *ex artt. 2359 del c.c. diretto o indiretto*.

In ragione di tale forma di imposizione, dalla valenza per così dire sostitutiva all'atto di trasferimento, non sarà applicabile l'imposta di registro ⁽⁷³⁾ salvo per le cessioni assoggettate ad imposta di registro in misura proporzionale; a riguardo si ricorda che i conferimenti di partecipazioni, sono esenti ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 10 del d.p.r. n. 663/1972 e, quindi, assoggettati ad imposta di registro in misura fissa.

Il trasferimento di tali quote sociali non è assoggettato alla tassa di concessione governativa né all'imposta sul valore aggiunto essendo a tal fine qualificato come operazione esente *ex art. 10, co. 1, n. 4) del d.p.r. n. 633/1972*.

⁽⁷²⁾ Nel senso che l'introduzione di una nuova imposizione sostitutiva non contrasti con la *ratio* del regime *pex STEVANATO, Valori di partecipazione « viziati » dall'Erario*, in *Ilsole24*, del 15 agosto 2007.

⁽⁷³⁾ Cfr. Circolare Min. Fin. 29 marzo 2000, n. 60.

5. - *Segue. L'imposizione sulle donazioni e sulle successioni nella cessione di quote per atto inter vivos, patto di famiglia e mortis causa.*

L'art. 2, co. 47, della l. 24 novembre 2006, n. 286 ha istituito (nuovamente) l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione richiamando le disposizioni contenute nel d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001 ⁽⁷⁴⁾.

Il co. 4 *ter* all'art. 3 del d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 in materia di imposta sulle successioni e donazioni dispone che il trasferimento di quote sociali, anche tramite patti di famiglia *ex* artt. 768 *bis* ss. del c.c., effettuato a favore di discendenti non è soggetto all'imposta alla stessa al pari di quanto accade per il trasferimento di azienda o ramo di azienda.

In particolare, nel caso di quote di una s.r.l. residente in Italia ovvero di un soggetto passivo Ires *ex* artt. 73, co. 1, lett. a), del Tuir la non imponibilità è sottoposta alla condizione che la partecipazione permetta di acquisire o integrare il controllo *ex* art. 2359, co. 1, n. 1 del c.c. e che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dal trasferimento ⁽⁷⁵⁾.

In ordine alla determinazione della base imponibile, laddove non ricorrano le condizioni per la non imposizione, il valore dell'avviamento è escluso ai sensi dell'art. 8, co. 1 *bis*, del d. lgs. n. 346.

In ogni caso il trasferimento potrebbe rivelarsi non imponibile laddove il valore complessivo netto dei beni sia compreso nei limiti quantitativi delle franchigie di imposta fissati dal citato decreto.

In ordine al trasferimento effettuato ricorrendo ai c.d. patti di famiglia artt. 768 *bis* ss. del c.c. è possibile osservare, al pari di quanto rilevabile con riguardo al trasferimento dell'azienda o di un ramo aziendale, che la menzione di tale patto dovrebbe far ricondurre il contenuto principale del medesimo, nonché altre « prestazioni » pattizie come la liquidazione in denaro o in natura (o la rinuncia) dei legittimari partecipanti al patto diversi dal beneficiario, nell'ambito di un'imposta, quella sulle donazioni, che comprende al suo interno anche atti a titolo gratuito di natura liberale diversi dalla donazione.

⁽⁷⁴⁾ L'imposta era stata soppressa dalla l. n. 383/2001.

⁽⁷⁵⁾ Di tale « impegno », peraltro, gli stessi devono rendere dichiarazione nella dichiarazione di successione o di donazione.

Laddove le condizioni non siano rispettate si decadrà da tale beneficio con applicazione dell'imposta nella misura piena, l'applicazione della sanzione per ritardato od omesso versamento *ex* art. 13 del d. lgs. n. 471/1997 e degli interessi di mora.

Considerando l'obbligo del beneficiario di liquidare gli altri legittimari l'alternativa che si pone è fra una liberalità gravata da un onere assoggettata all'art. 58 del d. lgs. n. 346/1990 – ferma la natura liberale della liquidazione –, un negozio misto alla donazione al quale sia, invece, applicabile per la parte a titolo oneroso l'imposta di registro *ex art. 25* del d.p.r. n. 131/1986 e per quella a titolo gratuito l'imposta sulle donazioni ed un negozio prettamente divisionale ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁶⁾ Per le diverse alternative fra gli altri vedasi FRIEDMAN, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Prime riflessioni sul trattamento del Patto di famiglia ai fini delle imposte indirette*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, *Il Sole 24 Ore*, 2006, p. 185 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Le implicazioni del Patto di famiglia. Aspetti sistematici*, *ivi*, p. 194 ss.; P. PURI, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Profili dell'imposizione diretta del Patto di famiglia*, *ivi*, p. 202 ss.; più in generale vedi anche CAPOZZI, *Profili fiscali*, in BAUCO-CAPOZZI, *Il patto di famiglia*, Milano, 2007, 87 ss.

CAPITOLO V

L'IMPOSIZIONE IN CAPO AI SOCI DI « REDDITI » EROGATI DALLA SOCIETÀ

SOMMARIO: 1. L'imposizione dei dividendi, interessi ed « assimilati ». Qualificazione reddituale del dividendo e determinazione della base imponibile del soggetto percettore. – 2. Segue. e del soggetto erogante. – 3. Erogazioni escluse dal novero degli utili. – 4. Dividendi esteri e dividendi infragruppo. – 5. Remunerazioni derivanti da un contratto di associazione in partecipazione e di cointeressenza. – 6. Il recesso e le altre cause di liquidazione della quota del socio: il regime del socio e la base imponibile. – 7. Segue. La rilevanza dei « valori » erogati per la società e la liquidazione della quota in natura. Profili di doppia imposizione.

1. - *L'imposizione dei dividendi, interessi ed « assimilati ». Qualificazione reddituale del dividendo e determinazione della base imponibile del soggetto percettore.*

Le erogazioni di « valori » in denaro o in natura effettuate da una società a soci e terzi possono avere più qualificazioni reddituali in conseguenza delle nuove forme di apporto in società e di partecipazione al capitale ed ai risultati della gestione sociale ⁽¹⁾, forme la cui novità non rende sempre facile la riconduzione delle erogazioni alla disciplina del capitale di rischio o di quella del capitale di debito.

Nella tradizione normativa tributaria il concetto di utile era tendenzial-

⁽¹⁾ Per un'accurata rassegna delle diverse tipologie di strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi si veda MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretta da Colombo-Portale, Torino, 2004, 1***, p. 276 ss.; sulla « tipicità » del contratto di investimento e sul ruolo della presenza del gestore ed intermediario, della forma e dell'originale causa contrattuale apprezzata espressamente dal legislatore civilistico vedi Cossu, *Contratti di investimento*, Enc. Treccani, Roma, 2002, *ad vocem*, p. 1 ss., spec. p. 8; nella prospettiva fiscale CORASANITI, *Azioni, strumenti finanziari partecipativi e obbligazioni: dalla riforma del diritto societario alla riforma dell'imposta sul reddito delle società*, in *Dir. prat. trib.*, 2003, I, p. 875 ss.

mente circoscritto all'erogazione derivante dalla partecipazione nella società e, dunque, conseguente alla qualifica di socio; quello di interesse era, invece, ricondotto alle forme di remunerazione del capitale ottenute con atti di investimento diverse dal conferimento.

L'introduzione di nuovi « strumenti » finanziari a seguito della riforma societaria sembra far vacillare la tradizionale distinzione fra il socio/capitale di rischio ed il creditore/capitale di debito e la rigidità con la quale la distinzione escludeva dal novero dei potenziali titolari di erogazioni assimilabili ai dividendi il finanziatore/investitore: si è, infatti, di fronte ad una pluralità di rapporti dalle diverse matrici ⁽²⁾; la problematica appare, però, circoscrivibile alla sola società per azioni in quanto è per queste che il legislatore espressamente dispone la possibilità di emissione di strumenti finanziari partecipativi (artt. 2346 ss.) ⁽³⁾.

⁽²⁾ Per quanto in modo più marcato nelle società per azioni.

a) All'interno dei titoli partecipativi il legislatore civilistico talune fattispecie sono peculiari per alcune « variazioni » rispetto al modello tradizionale ammettendo azioni fornite di diritti diversi anche per quanto concerne l'incidenza delle perdite (art. 2348 del c.c.), e di diritti patrimoniali correlate ai risultati dell'attività sociale in un determinato settore (art. 2350, co. 2, del c.c.) nonché quote di s.r.l. che possono incorporare particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili (art. 2468, co. 3, del c.c.).

b) All'esterno di tale genere si muove, invece, l'emissione da parte di una s.p.a. di « strumenti » finanziari forniti di diritti patrimoniali o di diritti amministrativi escluso il diritto di voto a seguito dell'apporto da parte di soci o terzi anche di opere o servizi (art. 2346, co. 5, del c.c.).

c) Il legislatore civilistico estende, poi, la disciplina delle obbligazioni agli strumenti finanziari, comunque denominati, il cui rimborso, nel tempo e nell'entità, è condizionato dall'andamento economico della società assimilandoli, così, alle obbligazioni (art. 2411, co. 3, del c.c.).

⁽³⁾ L'apparente difficoltà di ricondurre tali forme di finanziamento dell'impresa a schemi tradizionali (capitale apportato di rischio o di debito) per l'assenza o la presenza di caratteristiche richieste o non presenti nel tipo originario possono indurre ad ipotizzarne una natura c.d. ibrida sebbene, a livello interpretativo, non si possa trascurare che lo strumento atipico di finanziamento sia per lo più ricondotto, ai fini civilistici, al novero delle obbligazioni.

Si notano, infatti, titoli che, per quanto formalmente di partecipazione alla struttura ed all'attività, hanno un contenuto minimale costituito dal potere di controllo che si esercita nel voto per quanto possa essere impoverito o arricchito, nell'esistenza o misura, di taluni diritti patrimoniali o amministrativi.

In altri, invece, in virtù di una maggiore autonomia statutaria e contrattuale, la remunerazione del capitale apportato è legata all'andamento della gestione imprenditoriale avvicinandosi, così, alla tradizionale caratteristica del capitale di rischio.

Ed ancora, un titolo di investimento apparentemente solo finanziario può presentare di diritti patrimoniali o amministrativi tali da permettere un'ingerenza significativa per quanto diversa da quella propria del titolare del voto in assemblea.

All'indomani della riforma il legislatore tributario, abbandonando il metodo c.d. dell'imputazione ⁽⁴⁾ ha scelto un criterio ordinario di (relativa) esenzione del dividendo ⁽⁵⁾ in cui la misura dell'esenzione è articolata in ragione della natura del percettore e coordinato, nella sua introduzione, agli effetti che derivano dai regimi impositivi opzionali della trasparenza fiscale (artt. 115 e 166 del Tuir 22 dicembre 1986, n. 917) e del consolidato fiscale (artt. 117 e 130 del Tuir) ⁽⁶⁾ che derogano alla scelta di tassare i proventi di impresa in capo al soggetto societario e non ai soci ⁽⁷⁾ di modo che gli effetti

⁽⁴⁾ In base al quale si aveva la tassazione dell'utile in capo prima alla società che lo aveva prodotto e successivamente al socio beneficiario della distribuzione con riconoscimento a questi di un ammontare corrispondente a quello dell'imposta assolta dalla società sull'utile distribuito a titolo di credito di imposta.

⁽⁵⁾ Il nuovo metodo, peraltro, almeno a prima vista, già soffre di alcuni vizi, oltre alla parziale doppia imposizione per il socio diverso da una società di capitali.

La mancanza di riconoscimento a favore del socio residente di alcun credito per le imposte pagate all'estero dalla società non residente che abbia distribuito utili, alla luce della recente giurisprudenza comunitaria (cfr. CGE 7 settembre 2004, causa C-319/02), appare censurabile per una probabile restrizione ai movimenti di capitali che verrebbe causata dal mancato godimento del credito stesso.

Altro effetto non trascurabile dell'eliminazione del credito di imposta come misura per neutralizzare la doppia imposizione sui dividendi è quello del venir meno per le società miste di gestione dei servizi pubblici locali *ex art.* 113 del T.U. n. 267/2000 del godimento di un credito utilizzabile in compensazione ai sensi dell'(originario) art. 14, co. 1 *bis*, del Tuir n. 917/1986: si può, a riguardo, osservare che il credito costituiva per tali società un indubbio vantaggio dal momento che la loro natura pubblica li escludeva (ed esclude tuttora) dal novero dei soggetti passivi delle imposte sul reddito.

⁽⁶⁾ I quali con esclusione delle società di persone commerciali e dell'imprenditore individuale e, per il solo consolidato fiscale, anche del mero investitore dispongono la totale esenzione del dividendo distribuito e con essa, in un caso, la tassazione per trasparenza del reddito prodotto dalla società trasparente in capo al socio a prescindere dalla distribuzione e, nell'altro, il consolidamento del reddito della società controllata in capo all'ente controllante.

⁽⁷⁾ Non priva di significato è, in dettaglio, la circostanza che la combinazione di regimi ordinari di parziale esenzione e di regimi opzionali di diretta imputazione del reddito per trasparenza possa creare effetti almeno apparentemente distorsivi che potrebbero indurre l'operatore ad un'articolazione del gruppo orientata dal risparmio fiscale.

Si pensi al caso in cui una società di capitali soggetta all'Ires partecipi ad una società di persone ed il reddito imputato alla società madre consista (anche) di dividendi distribuiti alla società trasparente figlia da una società di capitali a sua volta partecipata da quella di persone: nella prima attribuzione, dalla società di capitali partecipata alla società di persone trasparente il dividendo gode dell'imponibilità del solo 40% mentre in base alle regole della trasparenza viene imputato nella sua interezza ed a prescindere dalla distribuzione alla società di capitali socia la quale dovrà applicare l'imposta in misura piena sul 40% imputato; il peso fiscale sullo stesso dividendo sarebbe, invece, diverso nel caso in cui la catena societaria non prevedesse la società di persone trasparente ma solo due società di capitali soggette all'Ires poiché

della *pex* si dispiegherebbero in via sistematica ⁽⁸⁾ e non agevolativa ⁽⁹⁾ al fine di evitare una doppia tassazione degli utili societari ogniqualevolta non siano applicabili menzionati regimi opzionali della trasparenza e del consolidato ai sensi dei quali i dividendi « circoleranno » *tax free*.

La scelta, profondamente innovativa, ha diverse origini: da un lato, infatti, si è eliminata la discriminazione che si operava, nel regime precedente, a causa del riconoscimento del credito di imposta sui dividendi ai soli soci residenti in Italia e solo per dividendi distribuiti da società ivi residenti, pur conservandosi profili di discriminazione in ordine alla misura della ritenuta più alta per gli utili distribuiti a soci non residenti *ex artt.* 27 del d.r. n. 60/1973; dall'altro, si è cercato (seppur in modo non sempre coerente) di coordinare la fiscalità dei dividendi con i regimi di detassazione degli stessi e delle partecipazioni ai sensi del regime della c.d. *participation exemption* senza negare del tutto rilievo ai costi di gestione della partecipazione dalla quale derivano i dividendi.

Ferma restando l'imposizione al momento della percezione in base al principio di cassa, il quadro definito dagli artt. 47, 59 e 89 del Tuir presenta regolamentazioni del « valore » erogato come utile distinte in ragione della natura del percettore; infatti quanto erogato (dividendo/utile):

– concorrerà alla formazione del reddito imponibile complessivo del beneficiario solo per il 49,76% se il beneficiario è (*i*) un mero investitore non imprenditore commerciale e la partecipazione è qualificata ⁽¹⁰⁾ oppure (*ii*) un imprenditore commerciale individuale o una società di persone commerciale trasparente;

– se il soggetto percettore è un soggetto Irpef non imprenditore (art. 47 T.U. 917/1986), i dividendi saranno tassati per il 49,72% dell'ammontare

il dividendo distribuito godrebbe della franchigia del 95% e, dunque, darebbe luogo ad imposizione in capo al socio società di capitali per il solo 5%.

⁽⁸⁾ Così da ultimo anche FREGNI, *I dividendi*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società* (opera diretta da F. Tesauro), Bologna, Zanichelli, 2007, p. 139.

⁽⁹⁾ In questo senso, invece, FEDELE, *La nuova disciplina Ires*, cit., p. 484, il quale, in ragione di tale natura, ritiene più difficile il sindacato sulla legittimità costituzionale di alcuni suoi possibili profili critici.

⁽¹⁰⁾ Alla stregua dei criteri indicati, per le plusvalenze da partecipazione, dall'art. 67 del Tuir.

A riguardo osserva A. FEDELE, (*I rapporti fra società e soci*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le primesperienze concrete* (a cura di F. Paparella), Milano, 2006, p. 49) come tale disciplina abbia « istituzionalizzato un “doppio” (parziale) d'imposta » che potrebbe confliggere con l'intento del legislatore di definire « un assetto “reale” nell'imposizione dei redditi prodotti dall'impresa societaria ».

percepito se la partecipazione è qualificata, in caso contrario si applicherà una ritenuta alla fonte pari al 12,5%;

– se il soggetto percettore è un soggetto Irpef imprenditore (art. 59 T.U. 917/1986), la tassazione è pari al 49,72% del dividendo percepito;

– se la società o l'ente erogatore è residente in un Paese non « *black list* », la suddetta tassazione in ragione del soggetto percettore non cambia, salvo applicare la ritenuta pari al 12,5% sul 49,72% del dividendo in caso di persona fisica non imprenditore che abbia una partecipazione qualificata;

– se la società o l'ente erogatore è residente in un Paese « *black list* », invece, occorre effettuare un distinguo nel caso in cui il soggetto percipiente sia una persona fisica imprenditore o non. In tale ultimo caso, se la partecipazione è qualificata e l'esito dell'interpello è positivo si avrà una ritenuta a titolo d'acconto del 12,5% sul 49,72% dei dividendi, se la partecipazione è qualificata ma senza esito dell'interpello la ritenuta d'acconto inciderà sul dividendo per intero (*idem* se la partecipazione non è qualificata, non è negoziata, e l'interpello non è favorevole), se la partecipazione non è qualificata, non è negoziata e l'esito dell'interpello è positivo allora la ritenuta sarà a titolo d'imposta sull'intero dividendo (*idem* se la partecipazione non è qualificata ma è negoziata). Diversamente, nel caso in cui il soggetto che percepisce il dividendo sia una persona fisica imprenditore allora: i dividendi verranno tassati al 49,72% se la partecipazione è qualificata o non, non è negoziata e gode di interpello positivo (*idem* se la partecipazione non è qualificata ma è negoziata), mentre il dividendo sarà tassato per intero nel caso in cui a prescindere dalla qualificazione, la partecipazione non sia negoziata e sia senza interpello favorevole.

Con particolare riguardo all'ipotesi, l'imposizione del 5%, questa a fronte dell'avvenuta abrogazione del credito di imposta sui dividendi concesso fino alla riforma di cui al d. lgs. n. 344/2003, introduce una minima doppia imposizione che diventa progressivamente più onerosa in ragione della lunghezza della catena di controllo fra derogante e finale beneficiario; la doppia imposizione, in realtà, trova una sua logica nella possibilità per il percipiente di deduzione in pari misura dei costi sostenuti per la gestione della partecipazione nel soggetto erogante come previsto dall'art. 109, co. 5, del Tuir.

Si deve, a questo punto verificare se il disposto normativo tributario si allinei ai concetti civilistici o se, invece, la peculiarità delle categorie tributarie sia tale da prendere le mosse dalla distinzione interesse/dividendo di stampo civilistico per approdare a fattispecie originali con le evidenti conseguenze in materia di (momento di applicazione della) ritenuta in ragione del principio di cassa e non di competenza applicabile *ex* artt. 27 del d.p.r. n. 600/1973 e di riqualificazione ai fini fiscali (non solo ma anche) con ri-

guardo alle poste del bilancio civilistico da indebitamento a capitale ⁽¹¹⁾.

Uno « strumento » finanziario potrebbe considerarsi « non partecipativo » se non incrementa né il capitale né il patrimonio sociale (*mancato incremento*), se incorpora il solo diritto patrimoniale (*i*) alla restituzione di quanto apportato (*restituzione*) ed (*ii*) a una remunerazione certa, se non incorpora il diritto di partecipazione all'utile o di controllo ⁽¹²⁾ (*certezza della remunerazione*); sarà, invece, « partecipativo » lo « strumento » che arreca utilità in termini di capitale o di patrimonio (*incremento o utilità*) ed incorpora diritti patrimoniali diversi dalla restituzione ed amministrativi di contenuto più o meno ampio (*diritti patrimoniali ed amministrativi*).

Non pare che l'assetto fiscale disconosca il maggior rilievo nella dinamica del finanziamento societario, originato dalla disciplina civilistica, dell'investimento in una struttura che raccoglie capitali rispetto al tradizionale elemento della partecipazione gestoria ⁽¹³⁾.

La novità degli istituti civilistici si innesta su di una disciplina fiscale in base alla quale, tradizionalmente, un provento è indeducibile per l'erogante se classificato come dividendo in quanto derivante dalla ripartizione di un reddito già prodotto mentre è deducibile se classificato quale interesse passivo in quanto costo di produzione del reddito tassato in capo alla società e poi, al netto, distribuito al socio.

La qualificazione in termini di dividendo proprio od assimilato di una determinata erogazione condiziona la fiscalità del soggetto erogante in ragione della disciplina dei dividendi erogati diversa da quella degli interessi passivi in sede di determinazione delle componenti negative di reddito: la natura di costo della produzione richiesta per la deducibilità è, infatti, riferita alla remunerazione del solo capitale di debito e non a quella del capitale di rischio.

⁽¹¹⁾ Si tratta, come osserva F. GALLO (*Riforma del diritto societario e imposta sul reddito*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 272), di un processo di « reidentificazione della fattispecie imponibile » nel quale il legislatore tributario a seconda dei casi può integrare, presupporre o distaccarsi dal regime civilistico in ragione dell'apprezzata esigenza degli interessi sia erariali che del contribuente.

⁽¹²⁾ Si riconducono ad una funzione ibrida di finanziamento dell'impresa societaria il versamento a fondo perduto e l'apporto in conto capitale in natura che incrementa il patrimonio sociale ma non il capitale sociale e non grava la società beneficiaria di alcun obbligo di restituzione (in questo caso, però, un dato di per sé decisivo già potrebbe essere costituito dalla natura di socio dell'apportante) e quelle situazioni giuridiche atipiche non di partecipazione al capitale ma di titolarità di diritti patrimoniali e/o amministrativi (sul punto vedi MIOLA, *I conferimenti in natura*, cit., pp. 209 ss., 248 ss. e 259 ss., anche per riferimenti).

⁽¹³⁾ Cfr. FEDELE, *op. cit.*, p. 482.

La dualità delle regole in ragione della fiscalità del percettore e dell'ero-gante induce ad un'analisi che rispetti la diversità di sfere.

All'indomani del d. lgs. n. 344/2003 la nozione fiscale di utile da parteci-pazione non sembra presentare differenziazioni in ragione della natura com-merciale/societaria o meno del percettore.

L'art. 59 del Tuir, infatti, si limita a rinviare al precedente art. 47 del Tuir; tale disposizione, peraltro, afferma ciò che utile non è⁽¹⁴⁾ ma non offre un'indicazione positiva, non essendo tale la generica affermazione, contenu-ta nel co. 1, di voler colpire « utili distribuiti in qualsiasi forma e sotto qual-siasi denominazione » in quanto non individua alcun criterio per definire un nucleo caratteristico della fattispecie.

Un contorno positivo è, invece, definibile interpretando una serie di ul-teriori indicazioni normative.

1) Il requisito della « partecipazione al capitale o al patrimonio » richie-sto dall'art. 44, co. 1, lett. e), del Tuir indica che può essere utile solo la re-munerazione di un apporto che incrementi il capitale o il patrimonio della società⁽¹⁵⁾ e che, quindi, si riveli vantaggioso per la società, potendosi, di conseguenza, assimilare all'utile in senso proprio la remunerazione di appor-ti di solo patrimonio (incremento capitale o utilità).

La circostanza che l'oggetto dell'apporto possa non essere esclusivamen-te di lavoro solo nel caso dell'associazione in partecipazione (ai sensi del combinato disposto degli artt. 44, co. 1, lett. f), e 53, co. 2, lett. c), del Tuir) permette, peraltro, di ritenere possibile che l'apporto incrementativo abbia ad oggetto sia denaro che beni in natura che servizi purché ammesso dalla legislazione civilistica⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Ovvero le somme e i beni ricevuti dai soci delle società soggette all'Ires a titolo di ri-partizione di riserve o altri fondi con sovrapprezzi di emissione, interessi di conguaglio, versa-menti effettuati dai soci a fondo perduto o in conto capitale etc. (art. 47, co. 2, del Tuir).

Sull'atecnicità del termine « versamento » vedi, per tutti, TANTINI, *I versamenti dei soci alla società*, in *Trattato delle società per azioni*, diretta da Colombo e Portale, Torino, 2004, 1***, p. 746 ss., ove utili indicazioni per l'esatta delimitazione della categoria fiscale; più in generale la categoria viene distinta da quella del capitale di rischio che incrementa il patrimo-nio netto per l'obbligo di restituzione e la mancata definitiva attribuzione all'impresa sebbene la riforma del diritto societario induca a non assolutizzare il criterio e ad esaltare la prova an-che documentale (es. iscrizione in bilancio ed altre rappresentazioni anche non contabili) del-l'effettiva intenzione delle parti.

⁽¹⁵⁾ Cfr. ESCALAR, *Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di riforma dell'imposizione sul reddito delle società*, in *Rass. Trib.*, 2003, p. 1927 ss.

⁽¹⁶⁾ Occorre, peraltro, qui escludere da subito la tematica dei proventi derivanti da ap-porti in patrimoni destinati nonché l'emissione di strumenti finanziari per uno specifico affare

2) Nel dato normativo si rinvencono criteri di assimilazione che estendono la categoria tributaria del dividendo ad altre fattispecie rimarcando come, già da tempo, la prospettiva del legislatore tributario sul fenomeno sia diversa da quella civilistica ⁽¹⁷⁾.

Ai fini della qualificazione del reddito (di capitale) del finanziatore soggetto non imprenditore commerciale, l'art. 44, co. 2, lett. *a*) del Tuir equipara alla partecipazione azionaria lo « strumento » finanziario solo se la relativa remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o altre società dello stesso gruppo oppure dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi senza attribuzione del diritto di voto (*remunerazione totalmente costituita dalla partecipazione al risultato economico*) ⁽¹⁸⁾.

La lett. *b*) dell'art. 44 del Tuir, poi soppressa dall'art. 2, co. 1, lett. *b*) del D.Lvo. n. 247/2005 con decorrenza dell'1.1.2005 assumendo la secondarietà della presenza di un titolo che incorpori una serie di diritti patrimoniali ed amministrativi, nel caso di soggetti eroganti non residenti, assimilava all'utile la remunerazione derivante dalla partecipazione al capitale o al patrimonio dell'ente non residente a condizione che la remunerazione stessa, se erogata da una società non residente, fosse totalmente indeducibile (*indeducibilità della remunerazione*).

Infine, la successiva lett. *c*) del citato art. 44 riproduce quanto già disposto per i titoli di massa dal precedente art. 41 sopra ricordato.

essendo queste fattispecie esclusivamente riferibili alle società per azioni; sul punto sia permesso rinviare a V. FICARI *Soggettività tributaria e possesso del reddito nella disciplina della cartolarizzazione dei crediti e dei « patrimoni destinati »*, in *Giur. imp.*, 2003, p. 1354 ss.

⁽¹⁷⁾ Era, infatti, già presente nell'ordinamento un'equiparazione ai dividendi delle erogazioni addirittura derivanti da investimenti diversi dal conferimento per caratteristiche prevalentemente finanziarie il cui titolare non partecipava in alcun modo alla gestione dell'attività esercitata dall'ente beneficiario dell'apporto ma solo al suo risultato restando estraneo alla struttura organizzativa. L'art. 41, co. 2, del Tuir n. 917/1986 (come modificato dal d. lgs. n. 461/1997) equiparava ai proventi azionari le remunerazioni di titoli di massa nei quali la società emittente si impegnava in modo incondizionato a pagare ad una certa scadenza somme non inferiori a quelle indicate senza attribuire al possessore diritti di partecipazione diretta o indiretta alla gestione dell'impresa dell'emittente o dell'affare in relazione al quale erano stati emessi i titoli né diritti di controllo sulla gestione.

⁽¹⁸⁾ Il concetto di risultato economico, più in generale, pare corrispondere non ad una grandezza provvisoria né parziale ma, invece, ad un'entità che tenga conto degli incrementi e decrementi patrimoniali certi (in tal senso vedi anche ESCALAR, *Il nuovo regime*, cit., 1940) per quanto resti da chiarire se la certezza debba essere valutata rispetto alla dichiarazione relativa all'ultimo periodo di imposta oppure al momento in cui il titolo o lo strumento sono stati emessi o sottoscritti.

Le caratteristiche del titolo simile all'obbligazione, ai sensi dell'art. 44, co. 2, lett. c), n. 2), del Tuir, sono l'obbligazione incondizionata di pagamento alla scadenza di una somma non inferiore a quella convenuta (*pagamento incondizionato e predeterminato*), la facoltà di prevedere o meno la corresponsione di proventi periodici (*periodicità facoltativa del pagamento*) e, soprattutto, la non attribuzione al possessore di alcun diritto di partecipazione diretta o indiretta alla gestione dell'impresa che abbia emesso lo strumento o dell'affare in relazione al quale è stato emesso né di controllo sulla gestione medesima⁽¹⁹⁾ (*assenza di partecipazione alla gestione*).

Pertanto, il dividendo consiste nella remunerazione di un apporto dall'oggetto tendenzialmente eterogeneo e dal « titolo » eterogeneo.

La remunerazione, infatti, deriva:

A) nei dividendi « propri » da una partecipazione al capitale o al patrimonio e, dunque, alla stessa struttura organizzativa che gestisce l'attività produttiva e da una partecipazione che, in aggiunta, potrebbe presentare anche con limitazioni quantitative e temporali dei diritti patrimoniali ed amministrativi⁽²⁰⁾ tali da poter, addirittura, far escludere il diritto di voto⁽²¹⁾ o la partecipazione alle perdite;

B) nei dividendi c.d. « assimilati », invece, dalla mera partecipazione al risultato dell'iniziativa economica e dalla sola condivisione del rischio imprenditoriale⁽²²⁾, senza alcuna adesione alla proprietà capitalistica e patrimoniale e, dunque, senza alcuna necessaria qualifica di socio, essendo sufficiente che l'apporto abbia originato un aumento di capitale⁽²³⁾ e sia dunque, solo eventualmente restituibile.

⁽¹⁹⁾ Sulla mancanza di coordinamento fra le fattispecie assimilate F. GALLO, *Riforma del diritto societario*, cit., 287 il quale ipotizza una contestuale e contraddittoria qualificazione di un titolo come simile sia all'azione che all'obbligazione nel caso, ad esempio, della cambiale finanziaria la quale, da un lato, sarebbe assimilabile al titolo azionario in quanto comporterebbe una partecipazione agli utili dell'emittente ma, dall'altro, condividerebbe dell'obbligazione il pagamento incondizionato ad una certa scadenza di un importo predeterminato e minimo così come l'assenza di qualsiasi diritto di partecipazione e di controllo sulla gestione dell'impresa emittente.

⁽²⁰⁾ Non sembra modificare la causa tipica del rapporto associativo l'eventuale postergazione nella sopportazione delle perdite per le azioni c.d. postergate anche quando, per espresa scelta, a tale postergazione si accompagni una disciplina convenzionale della partecipazione agli utili compatibile con il divieto del c.d. patto leonino.

⁽²¹⁾ Si pensi alle azioni senza diritto di voto prevedibili *ex art.* 2351 del c.c. in misura non superiore al 50% del capitale sociale.

⁽²²⁾ Come si desume anche dall'art. 2411 del c.c. che ammette scelte assembleari che subordino il diritto degli obbligazionisti alla restituzione del capitale e degli interessi attivi alla soddisfazione di altri creditori sociali.

⁽²³⁾ Nel senso che l'assimilazione alle azioni operi per quei soli strumenti che permettano

La disciplina civilistica nell'impedire alle società a responsabilità limitata l'emissione di titoli partecipativi con diritti patrimoniali e partecipazione alle perdite in misura diversa da quella che tradizionalmente caratterizza il titolo azionario circoscrive l'interesse per il regime dei dividendi c.d. assimilati al solo caso in cui una s.r.l. sia socia di una società per azioni con esclusione di quello in cui il soggetto partecipato o, comunque, a cui riferire l'« emissione » dello « strumento » sia una s.r.l.

Nel caso degli « strumenti » finanziari nei quali la remunerazione è mista componendosi di una parte fissa e di un'altra variabile in dipendenza dei risultati economici dell'impresa esercitata dalla società partecipata dalla s.r.l., quanto erogato non potrà essere considerato dividendo e, dunque, lo strumento non sarà equiparabile ad una partecipazione: l'equiparazione è, infatti, ammessa dall'art. 44, co. 2, del Tuir solo se la remunerazione è costituita « totalmente » e non solo parzialmente dalla partecipazione a risultati dell'impresa o dell'affare in relazione al quale sono stati emessi.

La riqualificazione alla stregua di dividendo potrebbe, infine, avere effetti in capo a soggetti che non partecipano direttamente al capitale della società beneficiaria del finanziamento: si pensi alla parte correlata al socio qualificato e, dunque, non socia della società debitrice. In un senso, la mancata indicazione nell'art. 89 della natura qualificata del socio potrebbe far sì che tale riqualificazione operi anche per il socio non qualificato e, dunque, per le parti correlate al socio qualificato che partecipino al capitale sociale della società debitrice; in altro senso, il disposto letterale dell'art. 44, co. 1, lett. e) – cui rinvia, per la nozione di dividendo, la disciplina del reddito di impresa ricomprendendo tra gli utili la remunerazione eccedente – potrebbe far ipotizzare la preesistenza di utili e, quindi, la qualifica del socio del percettore nella società debitrice.

2. - *Segue. e del soggetto erogante.*

La nozione di erogazione assimilata al dividendo ricostruibile, nei termini esposti, per il percipiente non sembra coincidere del tutto a quella dettata dall'art. 109, co. 9, lett. a) e b), del Tuir il quale considera indeducibile per l'impresa erogante la remunerazione per i titoli e strumenti di cui al precedente art. 44 ma solo per la quota erogata in relazione diretta o indiretta alla partecipazione ai risultati economici dell'emittente, di società

di incrementare il capitale A. FEDELE, *I rapporti tra socie e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, 476.

del gruppo o dell'affare in relazione al quale lo strumento è stato emesso⁽²⁴⁾.

Sono espressamente equiparati a tale fattispecie i proventi che derivano:

– dalla partecipazione in soggetti Ires non residenti, anche non rappresentata da un titolo, qualora gli stessi, se erogati da una società residente, sarebbe stati totalmente indeducibili *ex art.* 109, co. 9, del Tuir;

– dai contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza qualora il valore dell'apporto, ai sensi dell'art. 47, co. 2, del Tuir, sia superiore al 5% o al 25% del valore del patrimonio netto contabile alla data della stipula del contratto a seconda che la società sia quotata o meno.

L'erogazione è, quindi, assimilata ai dividendi quando commisurata, totalmente o anche solo parzialmente, ai risultati economici dell'iniziativa imprenditoriale⁽²⁵⁾ (*remunerazione totalmente o parzialmente costituita dalla partecipazione al risultato economico*).

Sotto questo aspetto, allora, ed in relazione alla sola eventualità di una s.r.l. « obbligazionista » di una s.p.a., la categoria fiscale si distingue nettamente da quella civilistica dal momento che l'art. 2411, co. 2 e 3, del c.c. riconduce al capitale di debito e, quindi, nel regime degli interessi da obbligazioni, le remunerazioni che « possono variare in dipendenza di parametri oggettivi anche relativi all'andamento economico della società »⁽²⁶⁾ nonché quelle di strumenti finanziari « che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società ».

Di converso, qualora l'esistenza (l'*an*) dell'erogazione sia condizionata al risultato e, dunque, l'esito della gestione sia non più parametro di determinazione ma mero antecedente e presupposto per una remunerazione diversamente determinata, la relazione qualificata che il legislatore tributario ha individuato nella « partecipazione » verrebbe meno⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Non sembra, peraltro, condivisibile la delimitazione della regola dell'ineducibilità ai soli titoli da alcuni sostenuta in ragione del dato letterale in base al quale uno strumento finanziario non potrebbe essere emesso ma solo disciplinato in sede contrattuale (così ESCALAR, *Il nuovo regime*, cit., 1934) in quanto si tratterebbe di un'impresione terminologica superabile mediante un'interpretazione attenta alla *ratio legis*: se così non fosse si creerebbe una duplicità di regole del tutto irragionevole e contraddittoria a nulla rilevando il divieto di cui alla lett. b) dell'art. 109, non comma del Tuir dedicata ad una particolare fattispecie contrattuale.

⁽²⁵⁾ A riguardo M. BASILAVECCHIA, *La difficile individuazione degli utili da partecipazione*, in *Corr. trib.*, 2005, 365 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. F. GALLO, *Riforma del diritto societario*, cit., 289; nel senso del testo ESCALAR, *Il nuovo regime*, cit., 1938 ss. anche per esemplificazioni.

⁽²⁷⁾ Così ESCALAR, *Il nuovo regime*, cit., 1939.

Ne consegue la non equiparabilità a titoli partecipativi tipici:

– degli « strumenti » la cui remunerazione non sia totalmente dipendente dagli esiti dell'impresa della società ovvero di quelli nei quali il *quantum* dell'erogazione non si individua nel risultato economico della gestione;

– e, nel caso della società non residente, degli « strumenti » che non rappresentano anche una partecipazione al patrimonio o al capitale del soggetto non residente. In conseguenza di ciò, quest'ultima erogazione avrebbe natura di interesse ai fini della normativa italiana apparendo irrilevante la circostanza che la remunerazione non sia deducibile per il soggetto non residente ai sensi della propria disciplina nazionale; è evidente il rischio che una simile differenziazione (dividendo per lo stato di residenza del percettore ed interesse per lo stato della fonte) rispetto a quanto accade per « strumenti » emessi da un soggetto residente possa violare il principio di non discriminazione in ragione del più gravoso regime che ne conseguirebbe così come creare un'asimmetria incoerente nel sistema tributario tale da condizionare la localizzazione delle imprese nella Comunità ⁽²⁸⁾.

L'area di assimilazione è più circoscritta per il percipiente che qualifiche-
rà come dividendi le sole remunerazioni di un apporto derivante da una partecipazione assoluta ai risultati economici della società ⁽²⁹⁾ e più ampia per l'erogante (e, quindi, più estesa è l'area dell'indeducibilità).

Tale regola generale sarebbe derogabile da quella, speciale, in materia di c.d. *thin capitalization* stabilita nell'art. 98 del Tuir *ante* modifiche apportate dalla l. n. 244/2007 in ordine alla parte fissa ove la si consideri a titolo di interesse di modo che la riqualificazione alla stregua di dividendo riguarderebbe solo l'eccedenza di cui al co. 1 dello stesso art. 98 del Tuir: se così fosse, le diverse modalità di remunerazione darebbero luogo ad una distinzione quantitativa che, forse, renderebbe più opportuna l'emissione addirittura di due distinti strumenti finanziari.

La natura partecipativa del titolo e dello strumento troverebbe, allora, una peculiarità nella regolamentazione delle componenti deducibili tale da

⁽²⁸⁾ La discriminazione potrebbe essere evitata introducendo un regime comune agli strumenti finanziari emessi da società sia residenti in Itali che in altro Stato CE ai sensi del quale l'assimilazione all'azione sia giustificata dal totale condizionamento della remunerazione al risultato economico.

Cfr. BULGARELLI, *Le recenti modifiche alla Direttiva « madre-figlia » e la riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, 124.

⁽²⁹⁾ Come accadrebbe se la remunerazione del titolo partecipativo fosse legata a determinati tassi di interesse.

creare una pluralità di nozioni di dividendi assimilati (nonché di strumenti finanziari di natura partecipativa).

L'indeducibilità della remunerazione ai sensi dell'art. 109 dovrebbe operare, almeno alla lettera della norma, anche quando la remunerazione è totalmente o anche solo parzialmente costituita dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente. La circostanza che per il percipiente lo strumento finanziario la cui remunerazione sia totalmente costituita dalla partecipazione ai risultati economici della società sia assimilato all'azione *ex* art. 44, co. 2, del Tuir comporta una cesura così netta fra deducibilità ed imponibilità da creare una doppia imposizione in ragione dell'indeducibilità in capo all'erogante e dell'imponibilità in capo al percipiente, effetto della cui legittimità si può dubitare ⁽³⁰⁾.

Pari osservazione vale per l'asimmetria che deriva dalla riqualificazione come dividendo del valore degli interessi passivi a fini civilistici pagati eccedente il rapporto determinato dall'art. 98 del Tuir *ante* modifiche apportate dalla l. n. 244/2007 in materia di sottocapitalizzazione *ex* artt. 89, co. 2, ultimo periodo del Tuir; qualora fossero assenti i requisiti soggetti previsti dalla *thin cap* per l'erogante (ovvero essere socio qualificato o parte correlata *ex* artt. 98 del Tuir), l'erogazione eccedente sarebbe ineducibile per l'erogante ma qualificata per il percipiente come interesse attivo e non dividendo.

La disciplina fiscale sembra, dunque, definire in via diretta, per assimilazione nonché per riqualificazione nozioni non solo divergenti da quelle civilistiche ma anche non sempre simmetriche all'interno della stessa in ragione della posizione dell'erogante e del percipiente; il rischio di una molteplicità di nozioni si evidenzia, peraltro, anche alla luce del concorso, nella definizione della normativa applicabile, delle fonti di diritto tributario internazionale e comunitario ⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Vedi anche ESCALAR, *Il nuovo regime di tassazione*, cit., 1949; VALACCA, *I dividendi*, cit., 571.

⁽³¹⁾ Sul punto anche ESCALAR, *Il nuovo regime*, cit., 1956.

Senza poter qui approfondire, ci si limita ad osservare come il Modello Ocse di convenzione contro le doppie imposizioni (in particolare all'art. 11) ed il relativo Commentario distinguono la remunerazione del capitale di rischio da quella del capitale di debito.

Il dividendo è tale:

- se l'apportante è esposto al rischio della mancata restituzione di quanto apportato in ragione dell'andamento dell'impresa,
- a nulla rilevando la circostanza che il percipiente abbia diritto a partecipare ai risultati positivi dell'impresa dell'erogante.

Pari indicazione proviene dalla Direttiva 3 giugno 2003, n. 2003/48/Ce, in materia di pagamento di interessi a persone fisiche residenti in Stati membri diversi da quello dell'erogante

3. - Erogazioni escluse dal novero degli utili.

L'art. 47, co. 5, del Tuir esclude dal novero degli utili le somme e i beni ricevuti da soci di società soggette all'Ires che derivino dalla ripartizione di riserve o fondi sovrapprezzo azioni o quote, fondi composti da interessi di conguaglio versati da nuovi soci o da versamenti effettuati dai soci a fondo perduto o in conto capitale; il valore di quanto erogato non sarà imponibile a condizione, però, di ridurre il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione in termini simmetrici a quanto disposto dall'art. 94, co. 5, del Tuir per i conferimenti « atipici ».

Non origina distribuzione di un utile l'aumento gratuito di capitale o l'aumento gratuito del valore nominale delle azioni o quote effettuato mediante il passaggio di riserve o fondi.

Qualora per l'aumento siano utilizzati fondi diversi da quelli di cui al co. 5 dell'art. 47 sopra menzionato, ai sensi del successivo co. 6 dello stesso articolo l'eventuale successiva riduzione del capitale per esuberanza sarà considerata distribuzione di utile.

In ordine alle « somme » derivanti da riserve di capitale eccedenti il costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione erogate in occasioni diverse dalla liquidazione, recesso, esclusione, riscatto o riduzione del capitale esuberante, se non ne pare dubbia l'imponibilità per ragioni sistematiche ⁽³²⁾, la circostanza che il socio riceva un'eccedenza di capitale rispetto a quanto conferito dovrebbe indurre a ritenere applicabile la disciplina della restituzione dei conferimenti.

Il legislatore tributario ha ricondotto al regime delle plusvalenze le eccedenze in esame ammettendone l'esenzione ove la relativa partecipazione possieda i requisiti richiesti dall'art. 87 del Tuir per la *participation exemption* di modo che, in assenza, l'erogazione sarebbe pienamente imponibile; se ciò vale per i soggetti Ires, per il socio persona fisica non imprenditore oppure imprenditore individuale la natura « capitalistica » dell'eccedenza erogata in ragione del previo impiego comporterebbe la qualificazione alla

e di relative comunicazioni all'Agenzia delle Entrate per lo scambio automatico di informazioni; in particolare, l'art. 2 del d. lgs. 18 aprile 2005, n. 84, attuativo della normativa comunitaria individua, a tal fine, gli interessi nelle erogazioni relative a crediti di qualsiasi natura, assistiti o meno da garanzie ipotecarie e corredate o meno di una clausola di partecipazione agli utili del debitore.

⁽³²⁾ Cfr. Circ. Agenzia Entrate 13 maggio 2002, n. 40, nonché Ris. Agenzia Entrate 31 maggio 2001, n. 79/E; tra gli altri MANGANO-D. STEVANATO, *Restituzione di conferimenti, riduzione del costo della partecipazione e « sottozero »: dall'Irpeg all'Ires le norme non cambiano*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 1005 ss.

stregua di un reddito di capitale imponibile *ex art.* 44 del Tuir ⁽³³⁾.

Irrilevanza reddituale è riconosciuta dagli artt. 122, co. 1, e 134 del Tuir agli utili distribuiti da ed a favore di società che abbiano optato per il regime del consolidato fiscale nazionale e mondiale

Circa il « titolo » dell'apporto, laddove l'art. 46, co. 1, del Tuir ribadisce che l'apporto in denaro effettuato da un socio alla società si considera effettuato a titolo di mutuo se non risulta altro titolo dal bilancio o dal rendiconto il legislatore avrebbe predeterminato per il socio non imprenditore la natura del provento erogato; in virtù del richiamo operato all'art. 46 dall'art. 89, co. 4, del Tuir simile effetto è esteso anche al socio imprenditore al fine di qualificare come interesse attivo e non dividendo quanto erogato: di conseguenza, anche quando l'erogazione trovi di per sé un suo substrato documentale scritto sarà necessario ribadire l'accordo contrattuale nella rappresentazione in bilancio.

4. - *Dividendi esteri e dividendi infragruppo.*

La disciplina generale disposta per i dividendi nazionali ovvero la limitata imponibilità del dividendo è applicabile ai dividendi distribuiti da una società non residente ad un soggetto residente *ex art.* 89, co. 3, del Tuir.

Pertanto, se il socio è una società commerciale residente l'imposizione sarà solo per il 5% del valore erogato a patto che siano soddisfatte due diverse condizioni di seguito esposte.

a) Il percettore non deve risiedere in paesi a regime fiscale privilegiato; ove così, invece, fosse per godere della ridotta imposizione delle « remunerazioni » corrisposte direttamente dalla società residente in tali territori ⁽³⁴⁾ è necessario dimostrare il rispetto delle condizioni di cui all'art. 87, co. 1, lett. c), del Tuir previste per l'esenzione delle plusvalenze da partecipazione ⁽³⁵⁾ a seguito della procedura di interpello *ex art.* 167 del Tuir ⁽³⁶⁾ oppure che i

⁽³³⁾ Sarebbe foriera di una discriminazione che trascurerebbe del tutto l'origine dell'erogazione l'ipotesi di escludere la tassazione ritenendo generale la regola di cui all'art. 47, co. 5, del Tuir, derogata solo per l'erogazione di « eccedenze » in occasione degli eventi tipizzati nel successivo co. 7.

⁽³⁴⁾ La Circ. Agenzia Entrate 18 gennaio 2006, n. 4/E, § 1.3, esclude che ciò sia necessario quando vi sia un altro soggetto intermedio residente in un paese non appartenente alla c.d. *black list*.

⁽³⁵⁾ Ovvero il mancato « effetto di localizzare i redditi » sotto regimi fiscali privilegiati a seguito dell'acquisto delle partecipazioni.

⁽³⁶⁾ Che rinvia alle modalità di cui all'art. 11 della l. n. 212/2000.

flussi reddituali fra i due soggetti sono assoggettati alle regole dell'imposizione per trasparenza disposte per le c.d. *c.f.c.* (imprese estere controllate e collegate) *ex artt.* 167 e 168 del Tuir.

b) Come richiesto dall'art. 44 cui rinvia l'art. 89 del Tuir, la remunerazione derivante dal titolo, se corrisposta da una società non residente, è indeducibile nella determinazione del reddito di impresa dell'erogante in ragione del fatto che il « titolo » del percipiente comporta, ai sensi dell'art. 109, co. 9, la partecipazione ai risultati economici della partecipante.

Si può solo accennare che, in materia di strumenti finanziari similari alle azioni, con il d. lgs. 19 novembre 2005, n. 247 si è risolta questione dell'applicazione del regime (di non imponibilità) dei dividendi alla remunerazione di tali strumenti se emessi da una società residente in altro Stato della UE a favore di un residente in Italia rispetto alla necessità che per tali erogazioni fossero soddisfatti due requisiti: non solo che la partecipazione fosse al patrimonio netto o al capitale sociale ma anche che l'erogazione fosse indeducibile per l'erogante; nella vigenza della originaria disciplina, infatti, esisteva una sostanziale differenza tra i (proventi dei) titoli emessi da soggetti residenti in Italia oppure all'estero poiché perché i secondi fossero assimilabili all'azione occorreva non solo che la remunerazione fosse costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici ma anche se fosse indeducibile perché rappresentativa di una partecipazione al capitale. Con l'abrogazione della lettera *c)* dell'art. 44, co. 2, del Tuir per la qualificazione come dividendo è stato, quindi, conservato il solo requisito della indeducibilità che, in base alla nuova lett. *a)* dell'art. 44, co. 2, del Tuir, deve essere dichiarata dal soggetto non residente o deve risultare da altri elementi certi e precisi ⁽³⁷⁾.

Le regole nazionali nel disciplinare il fenomeno in una dimensione transnazionale, potrebbero confliggere, con quelle di altri Stati ⁽³⁸⁾ così come contrastare con i principi del Trattato U.E. poiché si verrebbe a causare discriminazioni tra soggetto residente (per il quale l'erogazione è indeducibile) da quello non residente laddove per questo non operi la limitazione ⁽³⁹⁾, di-

⁽³⁷⁾ Cfr. Circ. Agenzia Entrate 18 gennaio 2006, n. 4/E, § 1.1.).

Per approfondimenti MARINO, *Il trattamento Ires dei proventi assimilati ai dividendi di provenienza estera*, in *Boll. trib.*, 2005, 1784 ss.; ARQUILLA, *Tassazione dei redditi diversi di natura finanziaria nel correttivo Ires*, in *Corr. Trib.*, 2005, 3775 ss.

⁽³⁸⁾ L'indeducibilità fissata in base a requisiti tipicamente interni all'ordinamento italiano potrebbe, infatti, non corrispondere alle regole dell'ordinamento straniero al quale appartiene la società partecipata che eroga il dividendo.

⁽³⁹⁾ Vedi anche MAYR, *Riforma Tremonti: il nuovo regime di tassazione dei dividendi (parte seconda)*, in *Boll. trib.*, 2003, 1531 ss.; VALACCA, *I dividendi e le remunerazioni assimilate nell'Ires*, *ivi*, 2004, 570.

scriminazioni in ordine alla misura dell'aliquota e della ritenuta da applicare ai dividendi ⁽⁴⁰⁾, conflitti con la direttiva n. 90/435 (la direttiva c.d. madre figlia) ⁽⁴¹⁾ e, più in generale, irragionevoli restrizioni alla libertà di stabilimento. Infatti, alla luce della recente giurisprudenza tributaria comunitaria è da escludersi che la deducibilità in Italia di erogazioni non solo di capitale di debito ma anche relative alla realizzazione di dividendi (es. spese di gestione della partecipazione) possa essere condizionata all'imponibilità (seppur parziale) in Italia dei dividendi stessi dal momento che ciò, se fosse, causerebbe una restrizione alla libertà di stabilimento all'interno della Comunità Europea violando il Trattato istitutivo della medesima ⁽⁴²⁾.

5. - *Remunerazioni derivanti da un contratto di associazione in partecipazione e di cointeressenza.*

Istituti non marginali nel contesto delle possibili erogazioni da una società di capitali a terzi sono il contratto di associazione in partecipazione *ex* 2549 del c.c. e quello di cointeressenza *ex* artt. 2554 del c.c.; nell'associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili ed alle perdite previo un determinato apporto che ne costituisce una caratteristica necessaria ed il cui oggetto può essere sia di lavoro che di capitale che misto ⁽⁴³⁾; nella cointeressenza, al modello della cointeressenza

⁽⁴⁰⁾ Appare, infatti, da verificare il rapporto, sul punto, tra la disciplina dei dividendi percepiti da una società residente e quella dei dividendi distribuiti da una società residente a società partecipanti residenti nella UE *ex* artt. 27 e 27 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 con particolare riguardo al diritto di rimborso ed alla non applicazione della ritenuta (vedi Ris. Agenzia Entrate 29 luglio 2005, n. 109/E).

Un'eventuale differenza di aliquota applicabile ai dividendi distribuiti a soggetti non residenti, in quanto superiore, potrebbe, infatti, causare un'irragionevole discriminazione fiscale.

Sotto questo aspetto, allora, la discriminazione potrebbe essere sindacata alla stregua dell'indirizzo giurisprudenziale che impone un pari trattamento ai dividendi a prescindere dalla loro provenienza infracomunitaria (cfr. CGE sentenza 7 settembre 2004, causa C-319/02; CGE sentenza 15 luglio 2004, causa C-315/02)

⁽⁴¹⁾ L'art. 89 del Tuir nell'applicare la franchigia del 95% e, dunque, l'imponibilità per il solo 5% a tutti i dividendi infrasocietari, richiederebbe solo che la società partecipata non sia residente in un paese della c.d. *black list* senza distinzione alcuna in base alla residenza né ad altri requisiti come, invece, la soglia di partecipazione minima richiesta dalla direttiva o la tassabilità del dividendo infragruppo nello Stato della fonte. Per dubbi analoghi tra gli altri BULGARELLI, *Le recenti modifiche*, cit., p. 123 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. CGE sentenza 18 settembre 2003, causa C-168/01.

⁽⁴³⁾ Si pensi anche all'assunzione di obblighi di fare, non fare e permettere: ad esempio,

impropria nella quale è esclusa qualsiasi partecipazione alle perdite ovvero agli esiti dell'impresa restando fermo l'apporto si affianca quello della cointeressenza propria che, invece, conserva la partecipazione agli utili ed alle perdite senza, però, alcun apporto.

In ordine all'associazione in partecipazione, premessa la non autonoma soggettività dell'associazione in partecipazione in ragione della non più discussa natura non associativa ma corrispettiva/finanziaria del contratto⁽⁴⁴⁾, in base al combinato disposto degli artt. 44, co. 1, lett. *f*), 53, co. 2, lett. *c*), e 109, co. 9, lett. *b*), del Tuir così come novellati a seguito della riforma Tremonti (d. lgs. n. 344/2003), i relativi proventi hanno un'alternativa disciplina⁽⁴⁵⁾ in ragione della natura di quanto apportato.

a) Se l'oggetto dell'apporto non è esclusivamente costituito da opere e servizi ma anche (o solo) da capitale, ai sensi dell'art. 44, co. 1, lett. *f*), del Tuir le erogazioni sono qualificate per il percettore come redditi di capitale se non imprenditore e di impresa se imprenditore: in quest'ultimo caso, però, a seguito della riforma, sono equiparate ai dividendi e non più a interessi attivi e, quindi, sono assoggettata tassazione nella misura ed alle condizioni previste per i dividendi così come non sono più deducibili per l'erogante.

Poiché si presuppone che a seguito dell'apporto sia attribuito all'associato un diritto partecipativo in tal caso il terzo associato o cointeressato dovrebbe, comunque, essere coinvolto nelle perdite fino alla misura di quanto apportato⁽⁴⁶⁾.

b) Se l'apporto è esclusivamente di lavoro e l'apportante non è un soggetto imprenditore, le erogazioni sono qualificate come redditi di lavoro autonomo *ex artt.* 53, co. 2, lett. *c*), del Tuir⁽⁴⁷⁾ e, di conseguenza, saranno de-

al godimento di un bene mobile o immobile oppure all'obbligo di fornire all'associante beni al prezzo di costo o ad un prezzo inferiore a quello di mercato.

⁽⁴⁴⁾ Più ampiamente sul punto da ultimo PIERRO, *L'associazione in partecipazione e i contratti di cointeressenza*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (Ires) opera diretta da Tesauro, Zanichelli*, Bologna, 2007, pp. 348 ss. e 356 ss., e FERLAZZO NATOLI-MARTELLA, *Regime fiscale puntivio per l'associazione in partecipazione?*, in *Boll. Trib.*, 2004, p. 405 ss., nonché, se si vuole, V. FICARI, *Presupposto oggettivo dell'Iva e utili percepiti dall'associato nell'associazione in partecipazione fra imprenditori*, in *Giur. it.*, 1999, 653 ss.

⁽⁴⁵⁾ Per il caso in cui la remunerazione sia erogata da un associante non residente l'assimilazione ad un utile è regolata dalle stesse norme di cui all'art. 44, co. 2, citato in ragione del rinvio operato dal successivo art. 47, co. 2, del Tuir (vedi Circ. Agenzia Entrate, n. 4/E/2006, § 1.2. cit.).

⁽⁴⁶⁾ Così F. GALLO, *Riforma del diritto societario*, cit., p. 289.

⁽⁴⁷⁾ Assoggettabile ad una ritenuta alla fonte a titolo di acconto pari al 20% *ex art.* 25, del d.p.r. n. 600/1973.

ducibili per l'erogante ed integralmente tassati per il percettore, con i correlativi obblighi contributivi e previdenziali.

Tale assimilazione cede il posto a quella al dividendo per le remunerazioni di apporti in associazione in partecipazione di opere e servizi laddove a fronte dell'apporto di lavoro vi sia l'emissione di strumenti finanziari; ciò appare fondato dal momento che l'oggetto del conferimento in una società a responsabilità limitata può consistere non più solo e necessariamente di denaro o beni in natura ma anche di opere e servizi; si dovrebbe, altrimenti, ritenere condizionante l'effettivo adempimento della prestazione ⁽⁴⁸⁾.

Di conseguenza, si avrebbe un regime identico pur in presenza di forme di apporto non coincidenti (conferimento o apporto in associazione in partecipazione o cointeressenza) in ragione del comune ruolo della partecipazione all'esito dell'impresa, enfatizzato nella ricostruzione civilistica ⁽⁴⁹⁾, ruolo che non assumerebbe, così, rilievo solo quale mero criterio di determinazione della remunerazione ma anche al fine di garantire la neutralità fiscale nella scelta tra i diversi « strumenti » che possono permettere un trasferimento di utili ⁽⁵⁰⁾.

L'automatismo nella qualificazione della remunerazione quale dividendo a seguito dell'emissione di strumenti finanziari da parte dell'associante potrebbe essere temperato a fronte di una maggiore valorizzazione del contenuto precipuo dello strumento (nella triplice alternativa che sia costituito simile a quello delle tradizionali obbligazioni o a quello, invece, delle partecipazioni o, ancora, misto) nonché dell'oggetto dell'apporto ove consistente in opere e servizi ⁽⁵¹⁾.

La soluzione che risolverebbe, così, l'antinomia fra l'art. 53 cit. e l'art. 44, andrebbe, quindi, trovata nella natura speciale della disposizione che qualifica in ogni caso come dividendi i proventi derivanti dall'emissione di strumenti finanziari ⁽⁵²⁾.

Qualche attenzione merita il concetto di apporto di lavoro il cui significato non pare chiaro: il riferimento contenuto nell'art. 109, co. 9, lett. *b*), ad « opere e servizi » impone di stabilire se esso sia circoscritto alle sole presta-

⁽⁴⁸⁾ Per approfondimenti sia permesso rinviare a V. FICARI, *I conferimenti in società a responsabilità limitata nella riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 726 ss., spec. p. 743 ss.

⁽⁴⁹⁾ Su cui senza pretesa di esaustività COTTINO-SARALE, *L'associazione in partecipazione*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2004, III, *passim*.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso anche BELLÌ CONTARINI, *Il regime fiscale dei contratti di cointeressenza dopo la riforma tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 1164.

⁽⁵¹⁾ Per tali perplessità F. GALLO, *Riforma del diritto societario*, cit., p. 288 ss.; *contra* PIERRO, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 355, e nota 49, e p. 359.

⁽⁵²⁾ Cfr. anche ESCALAR, *Il nuovo regime di tassazione*, cit., p. 1937.

zioni tipiche del lavoro autonomo *ex art.* 2222 del c.c. oppure si estenda a quelle rese anche in forma di impresa aventi ad oggetto prestazioni di servizi non lavorativi come, ad esempio, il godimento di un bene mobile o immobile o, ancora anche a quelle lavorative rese in forma societaria.

Infine, un profilo attinente al possibile concorso di norme è quello della possibile indeducibilità *ex art.* 60 del Tuir delle erogazioni effettuate dall'associante ad associati legati da rapporti familiari che abbiano apportato esclusivamente opere e servizi e, quindi, le cui remunerazioni siano classificate alla stregua di un reddito di lavoro autonomo deducibile per l'associante ⁽⁵³⁾.

La conclusione dell'ineducibilità, sempre ove fondata nel caso dell'associante imprenditore individuale, pare non condivisibile laddove l'associante sia una società di capitali ⁽⁵⁴⁾ dal momento che l'equiparazione della stessa all'imprenditore individuale presupporrebbe un superamento della personalità giuridica, tale da equiparare, a tali fini, la situazione del socio unico o di maggioranza della società a quella dell'imprenditore individuale, al momento privo di un supporto normativo esplicito.

L'art. 47, co. 2, del Tuir, richiamando la disciplina dei dividendi ⁽⁵⁵⁾, distingue la base imponibile per l'associato non imprenditore alla luce della natura qualificata o meno dell'apporto, individuando la prima presenza di un valore apportato superiore al 5 o 25% del patrimonio netto contabile dell'associante, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato prima della stipula del contratto di associazione, a seconda che i titoli siano o meno negoziati in mercato regolamentati ⁽⁵⁶⁾, con regole diverse, invece, per le imprese minori.

Ove l'associato sia imprenditore, la natura qualificata o meno dell'apporto non avrà, invece, rilievo e l'erogazione verrà assoggettata alle regole di qualificazione e di determinazione del reddito di impresa: con riduzione, da un lato, per l'imprenditore individuale al 490,72% della base imponibile nel solo caso in cui l'apporto è di capitale o misto e base imponibile intera se l'apporto è di altro genere o se l'associante è residente in paesi della c.d. *black*

⁽⁵³⁾ Nel senso dell'ineducibilità Cass., sez. trib., 25 novembre 2003, n. 17963, in *Boll. Trib.*, 2004, p. 1109 ss.

⁽⁵⁴⁾ Sulla limitazione dell'ineducibilità al solo caso dell'associante imprenditore individuale Ris. Min. fin., 27 maggio 2002.

⁽⁵⁵⁾ Base imponibile ridotta se l'associato è residente in Italia ed applicazione della ritenuta del 27% se residente all'estero; applicazione della ritenuta del 12,5% per apporti non qualificati ed erogazioni a favore di associato residente in Italia e del 27% se residente all'estero.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. per tutti PIERRO, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 363 ss.

list ⁽⁵⁷⁾; per l'imprenditore collettivo societario soggetto passivo dell'Ires con riduzione al 5% e misura intera laddove, se configurabile da parte di una società assoggetta ad Ires, l'apporto sia stato di opere e servizi.

La disciplina non è omogenea fra associazione in partecipazione e cointeressenza in ragione del rilievo che assumono sia la mancata partecipazione ai risultati dell'impresa e con essa la diversa posizione dell'associato rispetto al cointeressato in punto di controllo sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare e di rendiconto *ex artt.* 2552 del c.c. che l'assenza di qualsiasi apporto nella cointeressenza impropria.

Se, in generale, la scelta di qualificare le erogazioni alla stregua di dividendi intende tutelare l'esigenza di colpire utili dissimulati da interessi passivi e, in quanto tali, deducibili, non dovrebbero, però, essere assimilate ai dividendi le remunerazioni dei contratti di cointeressenza impropria nei quali il terzo ha diritto solo agli utili e non anche alle perdite in assenza di qualsiasi apporto ⁽⁵⁸⁾; se così è, l'erogazione sarebbe qualificabile alla stregua di un interesse e, dunque, qualificabile come costo deducibile ⁽⁵⁹⁾ a fronte della sua imponibilità in capo al cointeressato ⁽⁶⁰⁾.

Una questione di valutazione attiene alla circostanza l'apporto non abbia ad oggetto denaro ma tradizionali beni in natura, diritti o contratti.

In questo caso, ove si ritenesse applicabile l'art. 9 del Tuir all'atto di apporto ⁽⁶¹⁾, si tratterebbe di stabilire se la normalizzazione del valore si estenda anche alla remunerazione dell'apporto considerandola, come non è, corrispettivo dell'apporto: il co. 2 dell'art. 9 sembra, a riguardo, disporre tale simmetria individuando il corrispettivo nella partecipazione ricevuta a seguito dell'apporto ⁽⁶²⁾.

Se così fosse, il richiamo al co. 2 dell'art. 9 ed alla sua applicazione dovrebbe essere inteso come espressione della più generale scelta del legislatore tributario di considerare i contratti in esame come aventi natura non associativa ma, invece, sinallagmatica di modo che, da un lato, la condivisione, necessaria per l'associazione in partecipazione ma derogabile per la cointeressenza, del rischio imprenditoriale dovrebbe essere intesa quale mero cri-

⁽⁵⁷⁾ *Amplius* in PIERRO, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 374 ss.

⁽⁵⁸⁾ In tal senso F. GALLO, *Riforma del diritto societario*, cit., p. 289.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. BELLI CONTARINI, *Il regime fiscale dei contratti di cointeressenza dopo la riforma tributaria*, cit., pp. 1164 e 1165.

⁽⁶⁰⁾ Più ampiamente in PIERRO, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 382 ss.

⁽⁶¹⁾ Così PIERRO, *L'associazione in partecipazione*, cit., pp. 346 e 347, anche per le indicazioni attinenti alla valutazione a fini contabili.

⁽⁶²⁾ Così Ris. Agenzia Entrate 16 maggio 2005, n. 62/E.

terio di remunerazione, mentre, dall'altro, sarebbero conformi l'assenza di altri diritti/doveri tipici del socio ⁽⁶³⁾ nonché di qualsiasi ente associativo con propria autonomia giuridica.

Un elemento di fatto meritevole di essere valorizzato per meglio individuare termini di confine è la circostanza l'eventualità che a fronte dell'apporto faccia seguito l'emissione di titoli partecipativi circolabili che incorporino il rapporto contrattuale. In questa ipotesi l'assimilazione al dividendo sarebbe logica ma la regola dell'indeducibilità dovrebbe seguire, in ragione di un rapporto di specialità, i criteri fissati dall'art. 109, co. 9, lett. a), del Tuir per gli strumenti finanziari e, dunque, solo per la misura che deriva dalla partecipazione ai risultati economici dell'emittente ⁽⁶⁴⁾.

In ordine alla determinazione della base imponibile in presenza di contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza la cui remunerazione sia qualificabile alla stregua di un dividendo in quanto propria, occorre distinguere il relativo criterio in base alla natura imprenditoriale commerciale o meno dell'associato o del cointeressato.

Nel primo caso, senza richiedere alcuna soglia quantitativa, l'art. 59, co. 2, del Tuir circoscrive la base imponibile al solo 49,72%; qualora, poi, l'associato sia un soggetto Ires o una società di persone commerciale ex artt. 56, co. 1, del Tuir la base è ridotta al 5% ex art. 89, co. 2. Nel secondo l'art. 47, co. 2, limita l'imposizione al 40% dell'ammontare se il valore di quanto apportato sia superiore al 5% o al 25% del valore del patrimonio netto contabile in base all'ultimo bilancio approvato a seconda che si tratti di società quotate o meno: laddove l'apporto non superi tale soglia, alla stregua dei dividendi in senso proprio, vi sarà una ritenuta a titolo di imposta del 12,50% su di una base imponibile piena ex art. 27 del d.p.r. n. 600/1973.

Poiché i contratti in esame, alla luce della funzione economica nuova loro riconosciuta dal legislatore tributario nell'averne assimilato la remunerazione ai dividendi, possono essere considerati alla stregua di beni plusvalenti, gli stessi, laddove ceduti, sono suscettibili di generare, in virtù della natura imprenditoriale o meno del cedente, plusvalenze o minusvalenze patrimoniali comprese nel reddito di impresa ex artt. 58, 86 e 87 del Tuir oppure plu-

⁽⁶³⁾ Il punto è evidenziato, tra gli altri, da ESCALAR, *Il nuovo regime di tassazione*, cit., p. 1954; FILIPPI, *Brevi osservazioni sui profili tributari del contratto di associazione in partecipazione*, in *Dir. prat. trib.*, 2004, I, p. 206.

La legge delega 7 aprile 2003, n. 80, lasciava al legislatore delegato la scelta fra procedere all'assimilazione delle remunerazioni di tali contratti agli utili, come accaduto, e, invece, ricondurre gli apporti ad incrementi del capitale di debito.

⁽⁶⁴⁾ Così FILIPPI, *Brevi osservazioni*, cit., p. 213.

svalenze o minusvalenze speculative classificate come redditi diversi *ex art.* 67 del Tuir ⁽⁶⁵⁾.

Si deve, peraltro, appurare se possa o meno dare luogo a reddito diverso assoggettato alla disciplina di cui all'art. 67 e 68 del Tuir la cessione di un contratto di cointeressenza propria in cui l'apporto sia costituito da opere e servizi.

Nel senso della non imponibilità non sembra militare il rinvio che l'art. 67, co. 1, lett. *c*) e *c bis*) del Tuir opera ai soli contratti di cui all'art. 109, co. 9, lett. *d*), del Tuir il quale nega la deducibilità per l'associante imprenditore della remunerazione della cointeressenza propria in cui l'oggetto dell'apporto sia diverso da opere e servizi ⁽⁶⁶⁾ dal momento che il rinvio stesso assimilerebbe la fattispecie a quella (della cessione) di una partecipazione ove vi sia un apporto tradizionale ovvero diverso da quello di opere e servizi; ma, forse, vi è di più nel senso che l'assimilazione potrebbe operare in ogni caso a condizione che vi sia un qualche apporto anche di opere e di servizi ⁽⁶⁷⁾, ipotesi, questa, di apporto che potrebbe frequentemente ricorrere nel caso di persone fisiche non imprenditori.

Pertanto, se la qualificazione come reddito diverso non pare dubbia per la remunerazione di cointeressenze proprie con apporto di capitale il dubbio resterebbe per gli apporti misti o di sole opere e servizi e per la cessione di contratti cointeressenza impropria senza alcun apporto.

In ordine, infine, alla cessione del contratto da parte di un soggetto che possa accedere al regime della *c.d. pex ex art.* 87 del Tuir, se, da un lato, la qualificazione della remunerazione alla stregua di un dividendo giustifica l'assimilazione del contratto alla plusvalenza derivante da una partecipazione societaria così come operata dall'art. 87, co. 3, del Tuir, un elemento ostativo, almeno dal punto di vista formale, potrebbe essere la difficoltà di iscrivere il bene ceduto i.e. il contratto di cointeressenza, fra le immobilizzazioni finanziarie così come richiesto, in via generale, dall'art. 87, co. 1, del Tuir ⁽⁶⁸⁾; ad altra conclusione si potrebbe, però giungere se si adottasse un approccio interpretativo più funzionale al ruolo che l'immobilizzazione svolge nella disciplina dell'esenzione e, quindi, al significato che la natura non speculativa dell'acquisto (ovvero della stipula del contratto) possa svolgere.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. PIERRO, *L'associazione in partecipazione*, cit., pp. 342 e 384 ss.

⁽⁶⁶⁾ Come afferma, invece, se non erriamo PIERRO, *L'associazione in partecipazione*, cit., pp. 386 e 387.

⁽⁶⁷⁾ Così la Circ. Agenzia Entarte n. 36/2004 § 2.2.2.2.

⁽⁶⁸⁾ Nel senso della non applicabilità PIERRO, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 392.

In ragione della natura non associativa ma sinallagmatica del contratto di associazione in partecipazione che di cointeressenza, la prestazione dell'associato o del cointeressato sarebbe imponibile ai fini Iva salva, se del caso, la sua natura esente ⁽⁶⁹⁾ o esclusa ⁽⁷⁰⁾.

La non applicazione dell'imposta sul valore aggiunto discenderebbe, allora, dall'accertamento che la partecipazione comprende anche le perdite e che, quindi, la prestazione dell'associato non sia un servizio verso corrispettivo reso in una logica sinallagmatica e di scambio ⁽⁷¹⁾; se, però, come si è detto, il contratto non ha natura associativa, la non imponibilità potrebbe essere fatta discendere dalla scelta che il legislatore compie, nell'art. 3, co. 3, del d.p.r. n. 633/1972 laddove non considera prestazioni di servizi i conferimenti.

In ogni caso, perché si realizzi il presupposto soggettivo dell'Iva occorre che la cessione o la prestazione di cui all'apporto sia effettuata nell'esercizio di un'arte, professione o di un'impresa soddisfacendo il presupposto soggettivo dell'imposta: ci si potrebbe, peraltro, chiedere se il requisito dell'abitualità e della programmaticità economica possa essere accertata con esclusivo riferimento alle specifiche modalità di svolgimento della cessione o prestazione o debba, invece, come sembra, essere verificata *aliunde* rispetto al singolo contratto.

6. - *Il recesso e le altre cause di liquidazione della quota del socio: il regime del socio e la base imponibile.*

Le cause di interruzione del legame fra un socio e la società sono molteplici, riconducibili all'impossibilità di coesistenza nella condivisione delle sorti dell'impresa talvolta anche per dissidi insanabili fra questo e la maggio-

⁽⁶⁹⁾ La circostanza che il cointeressato non risponda delle perdite potrebbe indurre a ritenere che l'assunzione della garanzia si atteggi non come motivo ma vera e propria causa contrattuale tale da avvicinarla a quella propria dei contratti assicurativi di modo che essa potrebbe dar luogo ad una prestazione di servizi esente ai fini Iva.

⁽⁷⁰⁾ L'art. 5, co. 2, del d.p.r. n. 633/1972, non considera realizzato il presupposto soggettivo dell'imposta laddove la prestazione di servizi dedotta nel contratto di associazione in partecipazione sia resa da un soggetto non già lavoratore autonomo abituale; nel senso della natura associativa e non sinallagmatica vedi, però, Cass., sez. V, 2 luglio 1998, n. 6466, tra l'altro in *Giur. It.*, 1999, p. 653 ss., con nota di V. FICARI, *Presupposto oggettivo dell'Iva ed utili percepiti dall'associato nell'associazione in partecipazione fra soggetti imprenditori*, cui si rinvia per indicazioni; nel senso della natura corrispettiva Ris. Agenzia delle Entrate 30 luglio 2002, n. 252/E.

⁽⁷¹⁾ Così Comm. trib. Centr. 28 giugno 2005, n. 5997.

ranza o per esclusione per giusta causa nonché per il decesso del socio se persona fisica.

L'art. 2473 del c.c. dispone che il socio recedente di una s.r.l. abbia diritto di ottenere il rimborso della propria partecipazione in misura proporzionale al patrimonio sociale determinato al valore di mercato al momento della dichiarazione di recesso (co. 3), comprendendovi anche il valore dell'avviamento; per le s.p.a. l'art. 2477 *ter* del c.c. prevede, invece, che il valore sia determinato tenendo conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni salvi diversi criteri espressamente stabiliti nello statuto.

Il legislatore civilistico sceglie, dunque, il criterio del valore corrente a quello contabile; il rimborso può avvenire mediante acquisto della partecipazione da parte di altri soci o di terzi, utilizzando riserve disponibili oppure riducendo in misura corrispondente il capitale sociale.

In particolare, l'art. 2473 del c.c. oltre alle ipotesi individuate nell'atto costitutivo, riconosce il diritto di recesso al socio che non abbia acconsentito al cambiamento dell'oggetto anche mediante il compimento di singole operazioni, al cambiamento del tipo sociale, alla fusione o scissione della società, alla revoca dello stato di liquidazione, al trasferimento della sede all'estero, alla modifica in misura rilevante dei diritti dei soci di cui all'art. 2468, co. 4, del c.c.; si aggiunga l'art. 2497 *quater* che ne individua altre per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento.

Il legislatore tributario non si preoccupa, diversamente da quello civilistico, delle cause di interruzione del legame ma solo di definire la disciplina della fattispecie in base a diverse prospettive corrispondenti ad una serie di distinzioni:

- quella fra erogazione a titolo di restituzione di capitale e, invece, a titolo di reddito al fine di individuare l'effettivo incremento reddituale rispetto a mere restituzioni patrimoniali;
- quella, attinente alla riconduzione ad una od altra categoria reddituale, fra reddito da partecipazione e reddito diverso e fra reddito di capitale e reddito di impresa;
- quella, di stampo soggettivo, basata sulla natura (non commerciale o commerciale) del socio anche con riguardo alla trasmissione del diritto alla liquidazione della quota da parte all'erede
- e, infine, quella più oggettiva attinente alla natura della partecipazione ove la « liquidazione » avvenga mediante l'acquisto da parte di altro/i socio/i e/o di terzi.

Le diverse conclusioni hanno, inoltre, evidenti conseguenze in ordine al regime di deducibilità dei costi, delle perdite, della misura dell'aliquota e

dell'applicabilità di forma di imposizione sostitutiva nonché, infine, ai criteri di localizzazione ove il socio sia non residente.

L'art. 47, co. 7, del Tuir, con espresso riguardo alle società di capitali ⁽⁷²⁾, in ordine a « somme » ed al « valore normale dei beni » che il socio abbia ricevuto in occasione « di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante » nonché della liquidazione della stessa società, considera « utile » solo « per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate ».

L'art. 27, co. 1 *bis*), del d.p.r. n. 600/1973, poi, confermando il criterio ed a garanzia del sostituto di imposta, prevede che la ritenuta alla fonte si applichi sull'intero ammontare corrisposto qualora il socio recedente in qualità di sostituto non comunichi il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione; al socio è, inoltre, offerta la possibilità della tassazione separata *ex* artt. 17, co. 1, lett. *l*), del Tuir a condizione che il periodo intercorso tra la data della costituzione della società e quella di comunicazione del recesso o della causa di interruzione del rapporto sociale sia superiore a cinque anni.

La disposizione già permette, dunque, di fissare la natura non reddituale del valore corrispondente a quello di acquisto del titolo partecipativo chiarendo che il « valore » erogato non necessariamente avrà valenza reddituale occorrendo verificare la misura dell'importo rispetto al valore fiscale della partecipazione ⁽⁷³⁾.

Pertanto, laddove al socio o ai suoi eredi venga erogata una somma pari ad un valore superiore a quello della partecipazione, ad esempio perché in essa sia liquidato l'avviamento, si avrà materia imponibile ma non si originerà alcuna componente deducibile per la società ⁽⁷⁴⁾.

B) L'art. 47 del Tuir nel qualificare quanto liquidato nelle menzionate occasioni alla stregua di un reddito di capitale, riconduce l'erogazione ad un reddito di fonte partecipativa se il socio non è imprenditore individuale o non è un ente commerciale.

Il « valore » godrebbe della riduzione della base imponibile disposta dall'art. 47 del Tuir se assimilato ad un dividendo; qualora, poi, la liquidazione avvenga con cessione della quota il valore sarebbe equiparabile ad una plusvalenza imponibile alla stregua di un reddito diverso *ex* artt. 67 del Tuir a

⁽⁷²⁾ Per le società di persone l'art. 6 del d.p.r. n. 48/1988 dispone il rinvio al citato art. 47 del Tuir.

⁽⁷³⁾ L'assunto è, ormai, pacifico: cfr. per tutti A. FANTOZZI-R. LUPI, *Profili tributari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, 1993, 9^{**}, pp. 87 ss. e 102 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Nota 6 marzo 2007, n. 11489/2007, della Dir. Reg. Entrate Emilia Romagna, in *Boll. Trib.*, 2007, p. 1539 ss.

meno di non ritenere rilevante la circostanza che, diversamente dalla cessione a titolo oneroso delle partecipazioni, qualificate e non qualificate, *tout court* considerata nel caso di specie sarebbe assente, per il socio, la libertà nella scelta dell'acquirente ⁽⁷⁵⁾.

C) In ragione del principio c.d. di attrazione nel reddito di impresa dei proventi comunque ottenuti da un imprenditore commerciale *ex artt.* 6 e 81 del Tuir, il « valore » di quanto liquidato ad un imprenditore commerciale in forma societaria socio di una società di capitali sarà ricondotto ad una delle diverse componenti positive del reddito di impresa.

L'assimilazione dell'erogazione ad un dividendo attribuirà al socio imprenditore commerciale societario la franchigia del 95% disposta dall'art. 89, co. 2, del Tuir per gli « utili distribuiti, in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione » anche nei casi di cui all'art. 47, co. 7, del Tuir; la natura della partecipazione quale bene relativo all'impresa comporta l'applicazione della disciplina delle plusvalenze da partecipazioni di cui all'art. 86 e, nell'eventualità, dell'esenzione *ex artt.* 87 del Tuir laddove ne ricorrano i presupposti ⁽⁷⁶⁾.

In particolare, in presenza dello scioglimento del rapporto fra il socio e la società con erogazioni riconducibili alle tipizzazioni di cui all'art. 47 cit., l'art. 87 concede l'esenzione da imposizione delle plusvalenze da partecipazioni detenute in regime di impresa (anche) per la differenza tra le somme o il valore normale dei « beni » ricevuti e il valore fiscalmente riconosciuto della partecipazione ⁽⁷⁷⁾.

In presenza di un imprenditore commerciale societario che sciolga il proprio rapporto con una società di capitali, appare, allora, necessario isolare la restituzione del capitale da altri « valori » e distinguere la generica forma della « liquidazione » fra l'erogazione di denaro con riduzione del capitale e l'acquisto della partecipazione tramite cessione da parte del socio ad altro socio o ad un terzo ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. per la qualificazione come reddito diverso in presenza di socio non imprenditore Circ. Agenzia Entrate 16 giugno 2004, n. 26/E, che conferma quanto già sostenuto in Circ. Min. Fin. 21 maggio 1999, n. 112/E e in Ris. 31 maggio 2001, n. 79/E.

⁽⁷⁶⁾ Nel senso, invece, che si tratti sempre di un reddito assimilabile all'utile da partecipazione P. ROSSI-SCARIONI, *La restituzione delle riserve di capitale ai soci*, in *Boll. Trib.*, 2004, p. 824 ss.

⁽⁷⁷⁾ L'espressa statuizione normativa esclude, però, che si possa obiettare, come nel caso del socio non imprenditore, che una simile cessione è strutturalmente diversa da quelle nelle quali il cedente è libero nel trasferimento.

⁽⁷⁸⁾ Ciò sembra valido anche con riguardo allo scioglimento del rapporto tra associato e associante in partecipazione in ragione dell'assimilazione dei redditi percepiti dall'associato

D) In punto di qualificazione reddituale del « valore » trasmesso ⁽⁷⁹⁾ lo scioglimento non per recesso ma per decesso del socio persona fisica può sollevare questioni a causa dell'origine imprenditoriale dell'erogazione e, in senso inverso, della natura eventualmente non imprenditoriale dell'erede; diverse sono, a riguardo, le possibili soluzioni.

a) La circostanza che il « valore » trasmesso trovi il suo originario titolo nella partecipazione ad un'attività imprenditoriale commerciale, a prescindere dalla natura del socio dante causa, potrebbe indurre a conservare in capo all'erede tale origine e, di conseguenza, a qualificare l'erogazione come dividendo seppur assimilato all'interno della categoria dei redditi di capitale ⁽⁸⁰⁾ soprattutto qualora il *de cuius* fosse imprenditore e, dunque, la partecipazione fosse assoggettata al regime fiscale dei beni relativi all'impresa.

b) In altro senso, laddove si osservi che il soggetto percettore (l'erede) al momento della percezione non ha la qualifica di socio non essendo subentrato nella posizione del dante causa, si avrebbe un reddito (di capitale) riconducibile a quelli che, residualmente rispett alle fattispecie partecipative, l'art. 44, lett. b), del Tuir, individua negli « altri rapporti aventi per oggetto l'impiego di capitale » ⁽⁸¹⁾ intendendosi l'impiego, a tal fine, in termini solo oggettivi.

c) In una prospettiva incentrata, invece, sulla natura non imprenditoriale di quanto erogato, l'origine imprenditoriale dell'investitore dante causa e della partecipazione potrebbe concorrere a consolidare la tesi della natura partecipativa, quantomeno con riguardo alle società di capitali.

Si rilevi, a proposito, che la fonte (la partecipazione) non perde la propria identità (e con essa i diritti in essa incorporati) a seguito del decesso dell'originario titolare restando all'erede salva la possibilità di proseguire il rapporto senza recedere quale successore del dante causa anche nel rapporto sociale. Tale conclusione potrebbe, altresì, valere anche per le società di persone in ragione della relatività dell'obbligo di liquidazione della quota del *de cuius* socio a favore dell'erede disposta dall'art. 2284 del c.c. laddove ipotizza la continuazio-

che apporti capitale o capitale e lavoro ai dividendi; in particolare, in conseguenza dell'assimilazione si avrà la qualificazione del « valore » erogato quale reddito di capitale da partecipazione nella parte eccedente il valore di quanto apportato; così Ris. Agenzia Entrate 16 maggio 2005, n. 61/E.

⁽⁷⁹⁾ O, forse, meglio del credito dell'erede ad ottenere la liquidazione della quota.

⁽⁸⁰⁾ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996, p. 237.

⁽⁸¹⁾ TASSANI, *Clausole statutarie e morte del socio: riflessi nelle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, I, cit., pp. 1116 ss. e 1122 ss., il quale argomenta anche dalla necessità che, nell'interpretazione, si accolga quella che eviti qualsiasi salto di imposta.

ne del rapporto previa disposizione nel contratto societario o accordo fra l'erede ed i soci con stipula di una clausola c.d. di continuazione.

d) In senso ancora diverso, esclusa qualsiasi natura partecipativa del « titolo » di acquisto ad opere dell'avente causa, a fronte di una liquidazione della quota dell'erede tramite acquisto da socio o terzo si potrebbe ipotizzare l'applicazione dell'art. 67, co. 1, lett. c) e c bis) del Tuir che comprende all'interno dei redditi diversi, laddove non costituenti redditi di capitale o di impresa, (anche) le plusvalenze realizzate mediante « cessione a titolo oneroso » di partecipazioni qualificate e non qualificate.

Il legislatore individua la grandezza imponibile nel « prezzo » distinguendo, però, l'ipotesi in cui il socio recedente venga « liquidato » con denaro da quella in cui l'erogazione sia in natura.

Circa il significato da attribuire al « prezzo » pare riduttivo ricondurlo solo a quanto corrisposto al momento dell'entrata nella società dovendosi, invece, apprezzare anche tutti i versamenti del socio nel corso del rapporto sociale che abbiano incrementato il valore fiscale della propria partecipazione senza costituire sopravvenienza attiva per la società perché a fondo perduto o in conto capitale nonché le somme tratte da riserve di utili già tassate ⁽⁸²⁾.

Dovrebbero, invece, essere esclusi e, quindi, costituire materia imponibile gli apporti di capitale aventi natura reddituale, le riserve di utili in sospensione di imposta nonché erogazioni a vario titolo formalizzate che intendano attribuire al socio recedente la quota parte di utili maturati fino al momento della fuoriuscita ⁽⁸³⁾.

In ordine alle diverse forme di liquidazione, nel caso del denaro la base imponibile andrà identificata in quella liberamente fissata tra il socio e la società, coincidente con quella definita alla stregua dei criteri civilistici poiché l'art. 47, co. 7, del Tuir, menzionando solo le « somme » percepite, non interviene sulla misura concordata.

Qualora, invece, il socio sia beneficiario di « beni » in natura, il legislatore tributario individua espressamente la base imponibile dell'erogazione *de qua* nel corrispondente « valore normale » determinato ai sensi dell'art. 9 del Tuir e, in particolare, ai criteri fissati dal co. 3 per beni e servizi e dal co. 4 per azioni, obbligazioni ed altri titoli ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸²⁾ Così COPPOLA, *Redditi*, cit., p. 68 ss.; P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, cit., p. 232; LAROMA JEZZI, *Recesso*, cit., p. 310 ss.; TASSANI, *Clausole statutarie*, cit., p. 1109.

⁽⁸³⁾ In tal senso seppur per la cessione della quota P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, cit., p. 229.

⁽⁸⁴⁾ In generale CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, cit., *passim*.

7. - *Segue. La rilevanza dei « valori » erogati per la società e la liquidazione della quota in natura. Profili di doppia imposizione.*

Premesso che liquidazione in denaro non costituisce per la società fattispecie reddituale ma solo causa di diminuzione del capitale, la scelta rispetto alla liquidazione in natura non è fiscalmente neutra dal momento che per la società *ex artt.* 85 e 86 del Tuir è ricavo o plusvalenza il « valore normale » di beni-merce e di beni relativi all'impresa da questi diversi qualora « assegnati ai soci » in occasione, tra l'altro, del recesso e della liquidazione della quota presupponendone la natura di atti come atti a titolo oneroso ⁽⁸⁵⁾; di conseguenza, si potrebbe ipotizzare anche la realizzazione di una perdita deducibile o minusvalenza ⁽⁸⁶⁾.

L'imposizione in capo al socio del valore eccedente, presupponendo l'assimilazione di questo ad un utile, andrebbe, quindi, a sommarsi al prelievo che gli utili sconteranno in capo alla società alla fine del periodo di imposta nel quale ha avuto luogo il recesso dando, così luogo ad una doppia imposizione che si rivelerebbe ancor più evidente nei casi in cui i redditi della società partecipata fossero tassati in base ad un regime di trasparenza ⁽⁸⁷⁾; ciò a meno che il soggetto passivo sia, in realtà, rappresentato dalla sopravvissuta compagine sociale presente alla fine del periodo di imposta ⁽⁸⁸⁾ e non anche dal socio receduto.

L'eccedenza dovrebbe essere computata tenendo conto degli utili già tassati o da tassarsi in capo alla società dal momento che l'attuale franchigia nell'imposizione del dividendo (anche se) assimilato non neutralizzerebbe affatto la duplicità del prelievo sulla stessa ricchezza ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. COPPOLA, *Redditi derivanti dalla liquidazione della quota del socio di società di persone: determinazione, natura* in *Rass. trib.*, 1996, p. 73 ss.; P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, p. 238 ss. A riguardo CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997, p. 152 ss., ove indicazioni; in senso affermativo, tra gli altri, anche M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, p. 192 ss.

⁽⁸⁶⁾ Se così fosse, però, si potrebbe verificare una doppia imposizione sul (plus)valore normalizzato per la società e sulla parte eccedente *ex art.* 47 cit. per il socio vietata dall'art. 163 del Tuir.

⁽⁸⁷⁾ Per un tale ordine di considerazioni con riguardo al recesso del socio di una società di persone per la quale il regime di trasparenza opera *ex lege* vedi PORCARO, *Il divieto di doppia imposizione nel diritto interno*, Padova, 2001, p. 605.

⁽⁸⁸⁾ Così COPPOLA, *Redditi*, cit., p. 74.

⁽⁸⁹⁾ Ciò ancor di più vale se si consideri che l'eventuale equipollenza dell'assegnazione a seguito di recesso alla distribuzione o imputazione per trasparenza condizionerebbe l'effettività del soggetto passivo e la collocazione temporale del prelievo.

In alternativa, la parte di dividendo e/o di plusvalore (ricavo e/o plusvalenza) tassabile in capo al socio potrebbe non esserlo anche per la società quale utile, ricavo o plusvalenza.

Addirittura, si potrebbero ipotizzare altre soluzioni ovvero che (i) l'art. 47 non sia applicabile nei casi di imposizione per trasparenza⁽⁹⁰⁾ limitando l'imposizione alla sola società partecipata; che il valore sia eccezionalmente il valore tassato in capo al socio recedente (ii) oppure che il valore erogato dalla società sia deducibile per la società in ragione dell'obbligatorietà della liquidazione (in denaro o in natura che sia) della quota del socio e della indisponibilità della stessa da parte della società⁽⁹¹⁾ non essendo, peraltro, la somma fiscalmente qualificabile come utile e, dunque, non potendo la stessa essere assoggettata al divieto di deduzione previsto per gli utili⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ Così PORCARO, *Il divieto*, cit., p. 607 e NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996, p. 419 ss., il quale ritiene tassabili per il socio recedente solo « i valori latenti esistenti residualmente » rispetto agli utili ed al capitale restituito « nel patrimonio societario »; nega, invece, ogni utilità alla distinzione fra le diverse componenti dell'eccedenza COPPOLA, *Redditi*, cit., p. 64 ss., sulla base del fatto che il legislatore tributario non avrebbe previsto una rilevazione reddituale straordinaria nel caso della liquidazione della quota del socio di una società di persone.

⁽⁹¹⁾ Cfr. BELLI CONTARINI, *Modificazione della compagine societaria nelle società di persone a seguito di scioglimento parziale del rapporto sociale: aspetti fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, I, p. 842 ss., il quale sostiene la deducibilità per la società anche della quota di avviamento tassata in capo al socio receduto; nel senso dell'inerenza all'attività esercitata dalla società e a possibili componenti reddituali di questa LAROMA JEZZI, *Recesso nelle società di persone: rilevanza fiscale delle somme liquidate ex art. 2289 c.c.*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, I, p. 318, e TASSANI, *Clausole statutarie*, cit., p. 1127, nonché, nella prassi, Ris. Min. Fin. 24 maggio 1995, n. 127; per l'assenza PORCARO, *Il divieto*, cit., p. 607.

⁽⁹²⁾ Cfr. TASSANI, *Clausole statutarie*, cit., p. 1129.

CAPITOLO VI

VICENDE DELL'AZIENDA E DELL'IMPRESA SOCIETARIA

SOMMARIO: 1. La liquidazione ed il fallimento. – 2. La cessione dell'azienda. La cessione dell'azienda per causa di morte o atto gratuito. – 3. Le operazioni societarie straordinarie di natura soggettiva. Straordinarietà, neutralità e regole comuni delle operazioni di fusione e scissione. – 4. Le trasformazioni societarie. – 5. L'imposizione indiretta (iva, imposta di registro) e l'imposta ipotecaria e catastale. – 6. Segue. L'imposizione sulle donazioni e sulle successioni nella cessione dell'azienda per atto *inter vivos* e *mortis causa*.

1. - *La liquidazione ed il fallimento.*

La disciplina fiscale degli eventi dissolutivi o, comunque, patologici dell'impresa societaria non presenta differenziazioni fra società di capitali; pertanto, alla società a responsabilità limitata si applicheranno gli artt. 182 e 183 del Tuir; a fini di completezza, si possono, comunque, rammentare le linee essenziali di tale disciplina.

Con riguardo alla procedura liquidatoria ⁽¹⁾, l'art. 182, co. 1, del Tuir, da un lato, scinde in due periodi la determinazione reddituale disponendo che il reddito di impresa relativo al periodo compreso tra l'inizio dell'esercizio e l'inizio della liquidazione vada determinato separatamente; dall'altro, il successivo co. 3 dispone che il reddito relativo al periodo compreso fra l'inizio e la chiusura della liquidazione sia determinato in base al bilancio finale salva la determinazione provvisoria ove la liquidazione abbia una durata pluriennale nel qual caso si avrà una determinazione provvisoria del reddito relativo alla frazione del primo esercizio e per ciascun esercizio intermedio fino a quello finale con liquidazione provvisoria dell'imposta in ragione del con-

⁽¹⁾ Che, ai fini fiscali, si dovrebbe intendere decorrente dalla data in cui la società è posta in liquidazione per delibera assembleare o per provvedimento giudiziale sebbene la collocazione possa essere rinviata al momento della effettiva sostituzione degli amministratori con i liquidatori nella quale i primi consegneranno ai secondi il c.d. conto di gestione sulla cui base si provvederà alla redazione di un conto profitti e perdite e quindi, alla determinazione del reddito del periodo preliquidazione.

guaglio in base al bilancio finale, conguaglio nel quale saranno deducibili le perdite anteriori all'inizio della liquidazione che non siano state già compensate.

Qualora, poi, la liquidazione abbia una durata superiore a cinque esercizi (oppure sia stata omessa la presentazione del bilancio finale) i redditi determinati provvisoriamente saranno definitivi così come saranno imponibili nel periodo di competenza le somme o beni assegnati ai soci anche se già assoggettati a tassazione separata ai sensi degli artt. 17 e 21 del Tuir.

Pertanto, è evidente come nella liquidazione, al pari, come si vedrà, del fallimento, il mutamento di criterio nella determinazione della base imponibile costituisca il carattere più marcato della procedura che scinde in due momenti la vita fiscale dell'impresa societaria.

Più in particolare, qualora la liquidazione si chiuda nello stesso periodo di imposta in cui si è aperta il reddito verrà determinato muovendo dal bilancio finale di liquidazione; ove, invece, la liquidazione abbia durata pluriennale ma non superiore a cinque anni, il reddito riferibile alla residua frazione dell'esercizio iniziale e quello di ciascun esercizio del periodo ultrannuale verrà determinato in via provvisoria in base al bilancio di ciascun anno salvo un conguaglio alla luce di quello finale. Ove si evidenzi una perdita che non sia compensata nel corso dei periodi di liquidazione questa potrà essere calcolata ai fini della determinazione del risultato reddituale finale della liquidazione.

Nel caso in cui, invece, la liquidazione della s.r.l. ecceda il limite quinquennale i risultati reddituali positivi o negativi dei periodi sia antecedente all'inizio della liquidazione che successivi torneranno ad avere autonomia in quanto non confluiranno in un risultato unitario postliquidazione⁽²⁾.

La procedura del fallimento (ma anche della liquidazione coatta amministrativa), che, peraltro, non elimina affatto la destinazione imprenditoriale dei beni, condivide il frazionamento e l'applicazione di particolari regole di determinazione del reddito⁽³⁾.

L'art. 125 del Tuir, infatti, dispone la determinazione unitaria del reddi-

(2) Cfr. senza pretesa di esaustività BENAZZI, *La liquidazione ordinaria*, in AA.VV., *L'Irpeg (Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, a cura di F. Tesauro), Torino, 1994, p. 583; IDEM, *La liquidazione delle società di capitali: aspetti civilistici e fiscali*, in AA.VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, p. 244 ss.; G. TINELLI, *Il reddito di impresa*, Milano, 1991, p. 318 ss.

(3) Per tutti vedi M. MICCINESI, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, *passim*; G. TINELLI, *Il reddito di impresa*, cit., p. 327 ss.; G. ZIZZO, *Aspetti problematici della determinazione del reddito d'impresa in sede di chiusura della procedura fallimentare*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, p. 665 ss.

to prodotto sia prima della dichiarazione di fallimento che nel periodo tra questa e la chiusura della procedura, senza limiti di tempo, individuandolo, in un caso, in base alle risultanze del bilancio redatto dal curatore e, nell'altro, nella differenza fra il residuo attivo della procedura rispetto al quale gli eventuali beni i natura dovranno essere assunti al loro ultimo valore fiscalmente riconosciuto in ragione dell'assenza di interruzione nello *status* imprenditoriale dei beni ed il patrimonio netto che la società aveva all'inizio della stessa così come desumibile dal bilancio redatto dal curatore di valore pari a zero ove le passività siano uguali o inferiori alle attività⁽⁴⁾.

In ordine, infine, all'istituto del concordato, si può evidenziare come la cessione dei beni ai creditori in quello preventivo non costituisce realizzo di alcuna plus- o minusvalenza né si considera sopravvenienza l'eventuale riduzione dei debiti che avvenga in sede di concordato sia preventivo che fallimentare⁽⁵⁾.

2. - *La cessione dell'azienda. La cessione dell'azienda per causa di morte o atto gratuito.*

La vicenda strettamente traslativa dell'azienda non presenta, nella sua disciplina, peculiarità in ordine alla cessione ad opera o a favore di una s.r.l.

Pertanto, il trasferimento dell'azienda tramite la sua alienazione può essere, nei tratti essenziali, analizzato distinguendo in base alla natura onerosa o gratuita del trasferimento.

a) La vendita dell'azienda o di un ramo aziendale da parte di una società di capitali origina plusvalenze imponibili *ex artt.* 86 del Tuir, all'interno della categoria del reddito di impresa, in ragione del titolo oneroso del trasferimento, con possibilità di rateizzazione in più esercizi.

L'art. 86, co. 2, del Tuir dispone che in caso di pagamento del prezzo esclusivamete con beni ammortizzabili, anche se costituenti un'azienda o un ramo aziendale, la plusvalenza si avrà nel solo caso in cui si pattuisca un conguaglio in denaro e non se, invece, i beni ceduti quale corrispettivo siano complessivamente iscritti nel bilancio del cedente allo stesso valore contabile al quale erano iscritti i beni aziendali; di conseguenza, in assenza del congua-

(4) Per approfondimenti sulla determinazione senza pretesa di esaustività G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in G. FALSITTA (a cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2003, p. 487 ss.

(5) Cfr. artt. 86 e 88 del Tuir; per il profilo del residuo attivo post cessione cfr. DI PROSPERO-BELLI CONTARINI, *Art. 54, comma 6° del t.u.i.r.: intassabilità del « residuo attivo » realizzato in sede di concordato preventivo*, in *Boll. Trib.*, 2002, p. 573 ss.

glio la cessione non farebbe emergere imponibile laddove siano conservati i valori contabili originari.

L'eventualità della cessione a titolo gratuito, circoscritta alla sola ipotesi del trasferimento *inter vivos* e, comunque, remota in presenza di una società, originerà componenti positive di reddito per il donante ai sensi dello stesso art. 86 cit. il quale, al co. 1, dispone l'applicazione dell'imposte per tutti quei trasferimenti che danno luogo ad una destinazione a finalità extraimprenditoriali di beni relativi all'impresa, diversamente da quanto, invece, accade per il trasferimento dell'azienda a titolo gratuito effettuato a favore di familiari che, invece, gode di un regime di neutralità fiscale in base all'art. 58 del Tuir.

L'art. 58, co. 1, del Tuir prevede che il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisca una fattispecie di realizzo di plusvalenze purché l'azienda sia assunta al medesimo valore fiscalmente riconosciuto che la stessa aveva in capo al dante causa e purché, qualora, a seguito dello scioglimento, entro cinque anni dall'apertura della successione, della società esistente tra gli eredi, la predetta azienda resi acquisita da uno solo di essi.

A tale ultima disciplina pare assoggettabile il trasferimento dell'azienda o di un ramo aziendale che possa aver luogo in seguito alla stipula di un patto di famiglia *ex artt. 768 bis ss. del c.c.*; il trasferimento, infatti, non darebbe luogo ad alcuna plusvalenza tassabile ove siano rispettate le condizioni dettate in materia di continuità della destinazione aziendale⁽⁶⁾ così come per il beneficiario sarebbe eccezionale l'ipotesi di rilevanza reddituale circoscritta al beneficiario già imprenditore nel qual caso l'arricchimento darà luogo ad una sopravvenienza attiva tassabile ai sensi dell'art. 88, co. 1, del Tuir⁽⁷⁾. La tassazione sarà, quindi, rinviata, nella maggior parte delle volte, al momento in cui le partecipazioni o l'azienda verrà ceduta oppure i beni perderanno la loro destinazione imprenditoriale.

b) Ai fini delle imposte sui trasferimenti mentre per la cessione di azienda non costituisce cessione di beni assoggettata all'imposta sul valore aggiunto *ex artt. 2, co. 3, del d.p.r. n. 633/1972*, ai fini dell'imposta di registro la scelta del legislatore è quella di applicare non un regime unitario ma, invece, di considerare l'azienda come un insieme di beni suscettibili di aliquote e di basi imponibili non coincidenti quanto ad aliquote e regole.

⁽⁶⁾ M. BASILAVECCHIA, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Le implicazioni del Patto di famiglia. Aspetti sistematici*, cit., p. 198.

⁽⁷⁾ Cfr. P. PURI, *Le implicazioni fiscali delle attribuzioni tra familiari. Profili dell'imposizione diretta del Patto di famiglia*, cit., p. 205.

In particolare, infatti, premessa l'applicazione di un'aliquota proporzionale in ragione dell'alternatività con l'iva (art. 40 del t.u. n. 131/1986) l'imposta è applicata ai singoli beni dell'azienda distinti per generi, autonomia che si esprime, altresì, nella diversa determinazione della base imponibile; pertanto, la questione attinente all'esatta configurabilità di un'azienda o di un insieme di beni fra loro non collegati dal punto di vista funzionale ha ragione al solo scopo di ritenere o meno applicabile l'imposta sul valore aggiunto alla cessione ma non di individuare aliquote e basi imponibili.

3. - *Le operazioni societarie straordinarie di natura soggettiva. Straordinarietà, neutralità e regole comuni delle operazioni di fusione e scissione.*

L'articolazione dell'iniziativa imprenditoriale nella sua dinamica presenta modelli plurimi così come si esprime in vicende di sintesi, moltiplicazione ed evoluzione soggettiva che assumono natura soggettiva se relative all'identità dei soggetti titolari (o neotitolari) dell'iniziativa economica incidendo solo indirettamente sui beni senza effetti traslativi della proprietà e della disponibilità dei beni aziendali e/o oggettiva se relative a beni sia aziendali che non collocabili in una dimensione imprenditoriale anche metaindividuale⁽⁸⁾.

La loro peculiarità si accompagna all'indubbia valenza riorganizzativa la quale accomuna le diverse fattispecie in ragione di tale funzionalità rispetto alla quale è secondaria la rilevanza (anche) patrimoniale della singola operazione.

Di qui, probabilmente, l'improprietà della loro aggettivizzazione come straordinarie anche alla luce di una disciplina che non sembra più rispondere a logiche speciali ma che, richiamando istituti tradizionali della fiscalità del reddito (di impresa) intende collocare il prelievo al momento ed all'atto della monetizzazione della « ricchezza reale »⁽⁹⁾ attraverso un incremento dei valori fiscali, oltre che della liquidazione degli stessi, introducendo il

⁽⁸⁾ Sul rilievo, nelle modificazioni dell'assetto aziendale e societario, delle operazioni sui soggetti e sui beni per tutti A. FANTOZZI-R. LUPI, *Profili tributari*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Portale, Torino, 1993, 9 **, p. 154 ss.; più di recente P. BORIA, *Le operazioni straordinarie di impresa*, in A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 903; G. ZIZZO, *Le vicende straordinarie nel reddito d'impresa*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2003, p. 425 ss. e G. FRANSONI, *Le operazioni straordinarie*, in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2002, p. 163 ss.

⁽⁹⁾ R. LUPI, *La nuova disciplina Ires: le operazioni straordinarie ed i riflessi nell'elusione*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 622 ss.

principio in base al quale ad ogni incremento di valore deducibile per una parte del rapporto deve corrispondere l'imposizione del relativo maggior valore per l'altra parte.

A seguito della riforma di cui alla legge delega 7 aprile 2003, n. 80 il legislatore tributario, conservando l'originaria scelta di una disciplina non per tipi societari ma per fattispecie di operazione, sembra aver « normalizzato » il regime di tendenziale non imponibilità delle plusvalenze aziendali, regime già presente nell'ordinamento seppur in sedi singolari, enfatizzando l'importanza della continuità della destinazione imprenditoriale e dei valori fiscali dei beni ⁽¹⁰⁾; oltre al rispetto delle condizioni dettate dal paradigma legale, la giustificazione riorganizzativa dell'impresa emerge quale ulteriore requisito di godimento del regime di neutralità.

Ciò è confermato dalla disciplina dell'accertamento nella parte in cui l'opponibilità di tali operazioni all'Amministrazione finanziaria è subordinata alla validità delle loro ragioni economiche, la quale deve essere accertata e compresa « in termini di simmetrie sistematiche » ovvero nella prospettiva del regime tributario dello stesso soggetto ma in un periodo di imposta futuro o precedente, del regime di altri soggetti legati all'operatore e/o di regimi alternativi fruibili per opzione dell'operatore stesso ⁽¹¹⁾.

L'assetto che ne risulta è, dunque, incentrato sulla neutralità delle operazioni straordinarie in ragione della loro funzione evitando di colpire plusvalenze latenti e di correre il rischio di doppie imposizioni; sembra essersi, così, sistematizzato il nesso fra la neutralità e la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti rispetto a quella dei valori contabili in occasione sia della « conversione » di beni conferiti in partecipazione (conferimento di azienda e di partecipazione) che della mutazione di forma del titolare del diritto di proprietà (trasformazione) o di identità del titolare stesso (fusione, scissione, scambio).

a) Il d. lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, nel modificare il Tuir 22 dicembre 1986, n. 917 ⁽¹²⁾, ha abolito l'imposta sostitutiva vigente ai sensi del d. lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 ⁽¹³⁾ nonché la possibilità di ottenere il riconoscimento

⁽¹⁰⁾ Si permetta il rinvio per approfondimenti e indicazioni a V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, spec. p. 107 ss.

⁽¹¹⁾ R. LUPI, *La nuova disciplina Ires*, cit., p. 612. Per un caso di specie in materia di fusione per incorporazione Cass., sez. trib., 25 marzo 2003, n. 4317.

⁽¹²⁾ Per tutti vedi F. PAPARELLA, *I limiti della legge delega di riforma della disciplina delle operazioni straordinarie in relazione ai principi di armonizzazione*, in *TributImpresa*, 2005, n. 3.

⁽¹³⁾ Impedendo, così, l'alternativa, nel pagamento dell'imposta, fra un'aliquota del 19% e quella ordinaria Ires del 33% e, quindi, la possibilità di ottenere un vantaggio fiscale lecito anticipando l'imposizione in ordine a taluni plusvalori aziendali.

In senso critico rispetto alla scelta di eliminare il riconoscimento « a pagamento » delle

fiscale, mediante affrancamento, dei maggiori valori iscritti per effetto dell'imputazione dei disavanzi da annullamento e da con cambio derivanti da fusioni e scissioni.

Senza poter qui ripercorrere le vicende normative che hanno caratterizzato la disciplina fiscale della fusione e della scissione⁽¹⁴⁾, oggetto di ulteriore intervento in seno alla più volte citata l. n. 244/2007, è sufficiente evidenziare come l'art. 172 del Tuir, eliminando quanto disposto in precedenza dal d. lgs. n. 358/1997, esclude che la fusione faccia emergere plusvalenze o minusvalenze comprese quelle relative alle rimanenze e all'avviamento (co. 1); nella fusione e nella scissione la neutralità fiscale avrebbe valenza strutturale e non agevolativa in ragione della continuità di un originario programma imprenditoriale o della sua riorganizzazione (oggettiva e/o soggettiva).

La disciplina comunitaria delle operazioni straordinarie fra imprese residenti in Stati diversi del territorio comunitario sembra, invece, palesare una *ratio* agevolativa e la considerazione di tali operazioni come aventi effetti traslativi ed a titolo oneroso anche in ragione dell'esigenza erariale di evitare che la perdita di collegamenti materiali con il territorio di produzione impediscano di colpire in esso le plusvalenze latenti, esigenza che giustificerebbe una sostanziale equiparazione di tali operazioni alla liquidazione; questa, però, se valutata nella dimensione comunitaria potrebbe dare adito a dubbi di legittimità rispetto alle libertà del Trattato dell'Unione Europea con particolare riferimento alla necessità di conservare una stabile organizzazione nel paese di « produzione » delle plusvalenze per non subire il prelievo su di esse⁽¹⁵⁾.

Con la direttiva n. 2005/197 Ce del 17 febbraio 2005 il legislatore comunitario, da un lato, ha esteso le regole di neutralità delle scissioni totali a

plusvalenze iscritte a fronte del disavanzo o concambio G. ZIZZO, *Participation exemption e riorganizzazioni societarie*, in *Fisco*, 2002, p. 4437 ss., che evidenzia l'attuale opportunità dell'imposizione sostitutiva ed il conseguente incentivo alla realizzare di operazioni di ristrutturazione societaria.

⁽¹⁴⁾ Su cui per tutti vedi R. LUPI, *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989, *passim*; A. FANTOZZI-R. LUPI, *Profili tributari*, cit., p. 170 ss.; G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996, *passim*; ID., *Participation exemption*, cit., p. 4437 ss.; RIZZARDI, *Il regime tributario delle riorganizzazioni societarie*, in AA.VV., *La nuova imposta sul reddito delle società*, a cura di Marino, Milano, 2004, p. 86 ss., ma anche V. FICARRI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 113 ss., spec. p. 116 ss., ove indicazioni anche bibliografiche.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. FEDELE, *Riorganizzazione delle attività produttive ed imposizione tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, p. 493 ss.; D. STEVANATO, *Le riorganizzazioni internazionali di imprese*, in AA.VV., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, p. 368.

quelle parziali nelle quali l'operazione genera una mera riduzione del patrimonio della scissa senza scioglimento di questa mediante il trasferimento di uno o più rami aziendali a favore di una o più beneficiarie; dall'altro, si è espressamente esteso il regime delle fusioni infracomunitarie alla società europea disciplinata dal Regolamento comunitario n. 2157/2001 ed alla società cooperativa europea di cui al Regolamento comunitario n. 1435/2003.

Affermata l'irrelevanza nella determinazione del reddito della società incorporante o di quella risultante dalla fusione dell'avanzo o disavanzo iscritto per effetto del rapporto di cambio, il legislatore prevede che l'eventuale maggiore valore non sia imponibile a condizione che il disavanzo corrisponda a maggiori valori della partecipazione annullata tassati in precedenza⁽¹⁶⁾ e che i beni ricevuti siano valutati in base all'ultimo valore fiscalmente riconosciuto rappresentando in un apposito prospetto di riconciliazione la diversità di valori rispetto a quelli esposti in bilancio⁽¹⁷⁾; pari irrilevanza è attribuita al cambio di partecipazioni previa continuità dei valori mentre valenza reddituale potrebbe, invece, assumere la mancata ricostituzione nel bilancio della nuova società o dell'incorporante dei fondi in sospensione di imposta iscritti nell'ultimo bilancio della società fusa o incorporata.

L'art. 172, co. 5, del Tuir, in ordine alle riserve in sospensione d'imposta, prevede che concorrano alla formazione del reddito se e nella misura in cui non siano state ricostituite; circa, invece, il riporto delle perdite, in base al successivo co. 7, la loro deducibilità da parte della società risultante dalla fusione è condizionata al mancato superamento, nel loro importo, della quota di patrimonio netto, escludendo versamenti e conferimenti effettuati negli ultimi due anni, risultante dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale *ex artt. 2501 quater c.c.* nonché, in ogni caso, a condizione che dal conto economico della società le cui perdite sono riportabili risulti, per l'esercizio precedente a quello dell'operazione, un ammontare di ricavi e proventi dell'attività caratteristica e un ammontare delle spese per prestazioni lavorative e dei relativi contributi superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori.

L'art. 173 ribadisce tali regole per le scissioni individuando la soglia dell'irrelevanza reddituale delle plusvalenze nel limite della concorrenza della differenza fra il costo delle partecipazioni annullate ed il valore della corrispondente quota di patrimonio netto; oltre all'ipotesi della mancata ricosti-

⁽¹⁶⁾ Vedi più ampiamente G. ZIZZO, *Participation exemption*, cit., p. 4438 ss.

⁽¹⁷⁾ Il reddito delle società fuse o incorporate relativo al periodo tra l'inizio del periodo di imposta e la data di perfezione della fusione è determinato sulla base delle risultanze di un apposito conto economico.

tuzione dei fondi in sospensione di imposta, la disposizione attribuisce valore imponibile all'eventuale conguaglio.

Estesa la limitazione del riporto delle perdite anche a quelle delle beneficiarie, in ordine a quelle pregresse, l'art. 173, co. 10, del Tuir, rinviando a quanto già disposto per le fusioni, ammette la deducibilità da parte della società beneficiaria nel limite dell'ammontare della quota di patrimonio netto assegnato risultante dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dal progetto di scissione o dalla situazione patrimoniale escludendo i conferimenti e versamenti effettuati negli ultimi due anni; ulteriore condizione è rappresentata dalla circostanza che dal conto economico le cui perdite siano riportabili risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività « caratteristica » ed un ammontare delle spese per lavoro subordinato e relativi contributi superiore al 40% delle media degli ultimi due esercizi.

Sembra, quindi, esistere una regola di proporzionalità nell'attribuzione delle perdite della società scissa a favore della beneficiaria e tale diritto è indubbio in ragione della successione nelle posizioni soggettive della scissa da parte della beneficiaria non potendosi, altresì considerare le perdite un'entità non unitaria ma riferibile a specifici beni in ipotesi non trasferiti a quella singola beneficiaria⁽¹⁸⁾; un'eventuale limitazione nella deducibilità delle perdite potrà, comunque, formare oggetto del c.d. interpello disapplicativo di cui all'art. 37 *bis*, co. 8, del d.p.r. n. 600/1973.

La disciplina delle operazioni in esame può interagire con altre (nuove) discipline introdotte con la c.d. Riforma Tremonti e tale interazione può essere analizzata in due diverse prospettive: quella delle conseguenze dell'operazione sull'applicazione o applicabilità di altri regimi anche opzionali la cui continuità potrebbe essere messa in discussione⁽¹⁹⁾ e quella del rapporto di

⁽¹⁸⁾ A riguardo tra gli altri ZOPPINI, *Disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione e scissione*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 639 ss.; FACCHINI-PIRACCHINI, *Il riporto delle perdite pregresse nell'operazione di scissione*, in *Corr. Trib.*, 2004, p. 988 ss.

⁽¹⁹⁾ Il collegamento può essere configurato: con la c.d. *thin cap* (art. 97 Tuir) per i periodi di imposta antecedenti al 2008 che limita la deducibilità degli oneri finanziari derivanti da indebitamento dal momento che l'operazione potrebbe condizionare il rapporto tra indebitamento e patrimonio netto di pertinenza incidendo, a seconda delle ipotesi, su l'uno o l'altro elemento così come l'operazione stessa potrebbe essere utilizzata al solo fine di escludere la ricorrenza delle condizioni per l'applicazione della menzionata limitazione; con il consolidato fiscale e con la definizione dell'area di consolidamento e l'eventuale interruzione del regime soprattutto rispetto alla limitazione della deducibilità delle perdite (artt. 117 e 130 del Tuir); con la c.d. trasparenza fiscale (artt. 115 e 116 del Tuir); infine, con quello della *pex* in ordine all'anzianità di possesso della partecipazione, alla continuità della sua iscrizione fra le immobilizzazioni finanziarie ed all'effettività dell'esercizio dell'impresa commerciale (artt. 87 del Tuir).

alternatività fra l'operazione ed il regime altro ove limitazioni della prima possano essere ovviate con il secondo e viceversa.

b) L'art. 174 del Tuir prevede l'applicazione analogica delle disposizioni tributarie in materia di fusione e scissione omogenea a quelle fra enti diversi dalle società: se, da un lato, a ciò dovrebbe conseguire l'applicazione delle norme sulla fusione omogenea, dall'altro, merita di essere evidenziato il problema del costo fiscale dei beni che entrino nel regime di impresa ove l'ente incorporato sia non commerciale nell'alternativa di individuarlo nel costo storico o nel valore normale ⁽²⁰⁾.

L'assenza di una norma espressa a riguardo non impedisce di ritenere estensibile la disciplina dettata per modifiche di sfere giuridiche all'interno di eventi non traslativi ⁽²¹⁾; ancor di più significativa, per il caso che interessa, è il rinvio operato all'art. 65 dall'art. 144 del Tuir proprio in materia di enti non commerciali e di « passaggio » dei beni da una ad altra sfera giuridica ⁽²²⁾.

In ordine, invece, al caso in cui l'ente non commerciale sia l'incorporante, la neutralità caratteristica della fusione non dovrebbe operare per i beni relativi all'impresa della società incorporata che perdano tale loro destinazione configurandosi un'ipotesi di destinazione a finalità extraimprenditoriale e, quindi, di imponibilità delle plusvalenze *ex artt.* 86 del Tuir ⁽²³⁾; ciò, peraltro, è argomentabile *a contrario* dall'art. 171 del Tuir in materia di trasformazione eterogenea regressiva.

c) Con riguardo ai periodo di imposta a partire dal 2008, è accessibile un regime di imposizione sostitutiva ai sensi del neointrodotta art. 172, co.

⁽²⁰⁾ Cfr. FACCHINI-PEZZATO, *Le fusioni e le scissioni eterogenee*, in *Corr. trib.*, 2004, p. 1060 ss.

⁽²¹⁾ Sembrano, invece, ritenere incolmabile la lacuna FACCHINI-PEZZATO, *Le fusioni e le scissioni eterogenee*, cit., p. 1062, suggerendo di procedere ad una trasformazione eterogenea prima di realizzare la fusione che, così, sarebbe omogenea.

⁽²²⁾ Più in generale sul tema si rinvia a V. FICARI, *Reddito di impresa*, cit., p. 330 ss., anche per riferimenti.

Peraltro, l'adozione del criterio del costo storico per il bene destinato a diventare strumentale all'impresa dell'ente commerciale risultante dalla fusione o incorporante permetterebbe di rispettare il principio, desumibile dalla prassi (cfr. per un caso simile Ris. Ag. Entrate 19 luglio 2002, n. 242/E) in base al quale le componenti reddituali devono rilevare nei valori propri del regime di maturazione ed eviterebbe un possibile salto di imposta qualora la plusvalenza latente venisse incorporata nel valore normale di iscrizione in capo all'ente risultante dalla fusione; si potrebbe, in altro senso, evidenziare l'assenza di un concreto rischio di non imposizione delle plusvalenze latenti dal momento che queste verrebbero colpite in capo al nuovo ente risultante da un fenomeno di mera successione privo di effetti traslativi.

⁽²³⁾ Per più ampie considerazioni si permetta di rinviare ancora a V. FICARI, *Reddito di impresa*, cit., p. 313 ss.

10 *bis*, del Tuir ad opera della l. n. 244/2007, ai sensi del quale, al pari di quanto accade per i conferimenti di azienda *ex artt.* 176, co. 2 *ter*, del Tuir, per ottenere il riconoscimento fiscale dei maggiori valori di bilancio iscritti a seguito della fusione, la società incorporante o quella risultante dalla fusione potrà provvedere all'applicazione di un'imposta sostitutiva ⁽²⁴⁾ applicando un'aliquota progressiva per scaglioni di maggior valori pari al 12% nei limite dei 5 ml di €, del 14% fino a 10 ml di€ e del 16% per la parte che eccede i 10 ml di €.

Analoga disciplina vale per le scissioni a seguito dell'inserimento nell'art. 173 del Tuir del co. 15 *bis*.

4. - *Le trasformazioni societarie.*

a) - *La neutralità delle trasformazioni omogenee e la sua giustificazione logico-sistemica.*

L'operazione imprenditoriale e societaria costituita dalla trasformazione permette all'imprenditore di adottare la migliore forma organizzativa alla propria impresa modificandone la forma soggettiva e/o l'oggetto.

Gli artt. 170 e 171 del Tuir 22 dicembre 1986, n. 917, regolano compiutamente il fenomeno distinguendo le trasformazioni omogenee da quelle eterogenee.

Sebbene l'operazione causi un'interruzione del periodo di imposta, tale per cui uno decorrerebbe dall'inizio del periodo fino al perfezionamento della trasformazione e altro dal giorno successivo alla trasformazione fino alla fine dell'esercizio sociale, la disciplina tributaria delle trasformazioni, al pari di quella delle fusioni e scissioni, è improntata ad una sostanziale neutralità fiscale: l'art. 170 del Tuir, infatti, nell'escludere rilevanza fiscale al realizzo e distribuzione di plusvalenze e minusvalenze, comprese quelle relative alle rimanenze e all'avviamento, che si possano realizzare in occasione di una trasformazione omogenea è coerente alla mancanza di effetti traslativi ed alla continuità di destinazione all'impresa commerciale dei beni, dell'oggetto commerciale dell'attività nonché dei valori fiscalmente riconosciuti che costituiscono elementi caratterizzanti sia la fattispecie che le sue possibili tipicità ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Per osservazioni più generali e sistematiche si rinvia alla parte relativa dedicata al conferimento di azienda.

⁽²⁵⁾ Per un approccio al tema basato su tali direttrici, da ultimo, TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, p. 129 ss., si vedano

b) - *Segue. Trasformazioni e società di capitali agricole: aspetti sostanziali ed elusivi.*

Un caso particolare di trasformazione attiene alla possibilità che una società di capitali agricola *ex d. lgs. 18 maggio 2001, n. 228*, nell'esercizio di un'impresa civilisticamente agricola in forma di società commerciale a responsabilità limitata, opti, ai sensi dell'art. 1, co. 1093, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, per la determinazione del reddito su base catastale. Il profilo critico attiene alla rilevanza fiscale della novazione della destinazione dell'azienda da agricola in commerciale o viceversa ed al rapporto tra godimento del vantaggio fiscale della determinazione su base catastale e potere di sindacato delle scelte imprenditoriali.

In ordine al primo aspetto, gli effetti del c.d. principio di attrazione nel reddito di impresa di cui all'art. 81 del Tuir, conseguente all'adozione della forma di società di capitali potrebbero rendere insignificante la trasformazione in o da società di capitali agricola laddove questa non abbia effettuato l'opzione, in quanto, in ogni caso, i proventi dell'attività e con essi l'attività stessa avrebbero natura commerciale trattandosi pur sempre di un'impresa esercitata da società commerciale soggetto passivo Ires; pertanto, in assenza dell'opzione, solo la regressione da società di capitali agricola in società semplice darebbe luogo ad una destinazione dell'azienda a finalità extraimprenditoriale in quanto nelle altre ipotesi trasformativa l'azienda resterebbe fiscalmente commerciale.

La trasformazione di una s.r.l. agricola che avesse effettuato l'opzione per la determinazione su base catastale assumerebbe, invece, rilievo solo ammettendo che l'opzione abbia un effetto anche sostanziale ovvero attributivo della natura agricola all'azienda; se così fosse, la trasformazione in una s.p.a. o in una s.r.l. civilisticamente e fiscalmente non agricola in quanto commerciale potrebbe configurare un'operazione simile ad un conferimento (di un'azienda agricola in un ente commerciale) al pari di quanto accade, come vedremo, per la trasformazione eterogenea progressiva.

La trasformazione di una s.p.a. in s.r.l. agricola, peraltro, potrebbe essere oggetto di sindacato su ipotetici profili elusivi *ex artt. 37 bis del d.p.r. n. 600/1973* in quanto la trasformazione in genere è menzionata tra le operazioni sindacabili dal co. 3 dell'art. 37 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 e l'opzione per la determinazione del reddito su base catastale *ex artt. 1, co. 1093, della*

anche S. COCIANI, *La trasformazione eterogenea nel diritto tributario. Primi spunti critici*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 619 ss., nonché, se si vuole, V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, p. 120 ss., anche per citazioni.

l. 27 dicembre 2006, potrebbe essere considerata, in un'ottica antielusiva, quale ragione esclusiva o prevalente dell'operazione stessa ⁽²⁶⁾.

Il vantaggio della determinazione su base medio ordinaria *ex artt.* 32 del Tuir catastale non pare, in realtà, indebito in quanto la scelta del tipo e con essa dell'opzione che la legge ha concesso ad esso, derivando da un'alternativa offerta dal legislatore, esprime un comportamento affatto elusivo ma pienamente legittimo e giustificato: la non applicazione del regime del reddito di impresa, infatti, è consentita dalla legge stessa, con il fine di incentivare lo sviluppo della s.r.l. quale forma di impresa agricola con la qualifica di società agricola ai sensi del d. lgs. n. 99/2004, avente come oggetto esclusivo un'attività agricola *ex artt.* 2035 del c.c. ⁽²⁷⁾ né pare logico sostenere che la scelta sia esercitabile da s.r.l. già costituite e non, invece, derivanti da trasformazioni di s.p.a. in quanto, se così fosse, sarebbe palese l'ingiustificata discriminazione ⁽²⁸⁾.

c) - *La neutralità condizionata delle trasformazioni eterogenee regressive e progressive.*

La disciplina civilistica consente trasformazioni di soggetti con oggetto esclusivo o principale (e fine) diverso; la disciplina fiscale, che, peraltro, già prima della novella civilistica ammetteva (nel previgente art. 122 del Tuir) l'applicazione in via analogica della disciplina della neutralità fiscale fissata per la trasformazione societaria omogenea, seppur in quanto applicabile, ora contempla una regolamentazione della trasformazione eterogenea regressiva (da società commerciale in ente non commerciale) diversa da quella propria della trasformazione eterogenea progressiva (da ente non commerciale in società commerciale) individuando, nel primo caso, una neutralità fiscale condizionata e, nel secondo caso, un'equiparazione della vicenda evolutiva ad un conferimento e, quindi, tassabile alle condizioni dettate per quest'ultimo.

Nelle trasformazioni eterogenee vi può essere un mutamento di regime (Ires ed Irpef) e, quindi, l'interruzione del regime fiscale dei beni di impresa (commerciale): in questi casi il legislatore assume come rilevante la perdita

⁽²⁶⁾ Cfr. Ris. Agenzia Entrate 28 aprile 2008, n. 177/E con commento di D. STEVANATO, *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria: è davvero aggirato lo spirito dalle legge?*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 1719 ss.

⁽²⁷⁾ Nega qualsiasi aggiramento D. STEVANATO, *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria*, cit., p. 1722.

⁽²⁸⁾ Conforme anche D. STEVANATO, *Trasformazione in s.r.l. agricola ed elusione tributaria*, cit., p. 1723.

della destinazione imprenditoriale del bene (originariamente) relativo all'impresa commerciale la quale costituisce fattispecie realizzativa dei beni relativi all'impresa commerciale⁽²⁹⁾.

Nella trasformazione da società commerciale in società semplice con attività fiscalmente agricola, assumendone la natura di trasformazione omogenea in virtù della costanza del tipo societario seppur con oggetto diverso, la definitiva fuoriuscita dei beni dalla sfera commerciale configurerebbe una fattispecie imponibile alla stregua di una destinazione a finalità extraimprenditoriale ex artt. 86 del Tuir⁽³⁰⁾, sempre, ovviamente, a patto che la società semplice non eserciti, con i nuovi beni aziendali, un'impresa fiscalmente commerciale; più in particolare, infatti, il menzionato cambiamento tipologico potrebbe non dare luogo a prelievo alcuno nel caso in cui, ad esempio, la società semplice esercitasse un'impresa agricola eccedente i limiti fissati nell'art. 32 del Tuir.

Nel fenomeno trasformativo eterogeneo regressivo da società commerciale in ente non commerciale, qualora la società muti la destinazione imprenditoriale di tutto il complesso aziendale, le plusvalenze dei beni aziendali ex artt. 171 del Tuir sono colpite in base al valore normale della differenza fra questo ed il costo storico salvo che confluiscono nell'azienda dell'ente non commerciale conservando, così, la loro destinazione funzionale ed il loro valore fiscale; di converso, la vicenda non assumerà rilievo a patto che la destinazione imprenditoriale dei beni continui.

3.4. Nella trasformazione eterogenea progressiva di un ente non commerciale in società commerciale, invece, i beni non aziendali si considerano conferiti in ragione di un'equiparazione al conferimento in senso proprio e, quindi, ad una cessione a titolo oneroso. In occasione di tale trasformazione, si potrebbe verificare un fenomeno di doppia imposizione qualora il socio del nuovo ente sia una società (prima associata o fondatrice dell'ente non commerciale) dal momento che, al momento della trasformazione, l'ente sarebbe colpito in ragione dell'equiparazione al conferimento con riguardo ai plusvalori aziendali mentre i soci in ragione del valore della partecipazione ricevuta⁽³¹⁾. Di conseguenza, le plusvalenze di tali beni non daranno luogo

⁽²⁹⁾ Così anche F. TESAURO, *Aspetti fiscali della trasformazione eterogenea*, relazione al Convegno Uncat su *Gli effetti fiscali della riforma societaria*, 5 del datt. reperibile su www.uncat.it. ma poi pubblicata in *Tributiimpresa*, 2005/2; S. COCIANI, *La trasformazione*, cit., p. 645 ss., ma già A. FANTOZZI-R. LUPI, *Profili tributari*, cit., p. 165.

⁽³⁰⁾ Cfr. da ultimo T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 130 ss.

⁽³¹⁾ Cfr. F. TESAURO, *Aspetti fiscali della trasformazione eterogenea*, cit., p. 8. Se si vuole

ad un reddito diverso *ex artt.* 67, co. 1, lett. *n*), del Tuir salvo si tratti di beni il cui trasferimento dia luogo, per regola generale, ad un reddito diverso ⁽³²⁾.

Applicando estensivamente l'art. 65, co. 3 *bis*, del Tuir in materia di « passaggio » dei beni aziendali dalla sfera personale a quella imprenditoriale dell'imprenditore individuale, si dovrebbe, poi, verificare se il valore imponibile debba essere individuato nella differenza fra il valore normale del bene « conferito » o della partecipazione ricevuta ed il costo storico ⁽³³⁾.

Per quanto l'art. 171 non faccia menzione alla commercializzazione della società semplice, salvo intendere il riferimento agli enti non commerciali come effettuato anche alle società non commerciali, non si può trascurare l'identità di situazione dal momento che il mutamento evolutivo attiene sempre ad una sfera giuridica non commerciale sebbene societaria ⁽³⁴⁾.

Particolare è la trasformazione tra enti commerciali in cui il cambiamento attenga alla natura associativa o fondazionale dell'ente.

Simile trasformazione sarebbe accostabile, *mutatis mutandis*, a quella che avviene nel mero cambiamento del tipo societario all'interno delle società di capitali oppure tra un tipo societario di persone ad un tipo societario di capitali e viceversa; difatti, la vicenda trasformativa, laddove l'oggetto dell'impresa esercitata in via non principale resti commerciale, non causerebbe alcuna destinazione a finalità extraimprenditoriale dei beni aziendali e, quindi, ben dovrebbe godere di un regime di neutralità fiscale *ex artt.* 172 del Tuir qualora i beni strumentali conservino la loro originaria vocazione e non vengano destinati, invece, a seguito della trasformazione, all'attività istituzionale dell'ente: in quest'ultimo caso, essi genererebbero plusvalenze imponibili al valore normale ⁽³⁵⁾.

L'eventuale passaggio di un bene utilizzato per l'attività istituzionale nella sfera imprenditoriale, sarebbe equiparabile ad un conferimento se si appli-

anche per riferimenti, V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 122 ss.

⁽³²⁾ Di modo che, ad esempio, il trasferimento di un immobile posseduto per oltre un quinquennio non sarà colpito non rilevando ai fini dei redditi diversi che comprendono, invece, le plusvalenze da vendita infraquinquennale.

⁽³³⁾ Così F. TESAURO, *Aspetti fiscali della trasformazione eterogenea*, cit., p. 7.

⁽³⁴⁾ Nega, invece, qualsiasi interpretazione estensiva F. TESAURO, *Aspetti fiscali della trasformazione eterogenea*, cit., p. 9, il quale, richiamando la Ris. Ag. Entrate 19 luglio 2002, n. 242/E, sostiene la necessità, per esigenze sistematiche, che i beni della società semplice trasformatisi in società di capitali vadano iscritti al valore normale al fine di evitare l'applicazione delle regole del reddito di impresa a plusvalenze formatesi in un regime diverso.

⁽³⁵⁾ Cfr., seppur per il caso della fusione, le Ris. Agenzia Entrate 15 aprile 2008, n. 152 e 18 aprile 2008, n. 162.

casce in via analogica il co. 2 dell'art. 171 del Tuir, letteralmente riferito alla trasformazione da ente non commerciale in società: in questo caso, il mutamento darebbe luogo ad una plusvalenza imponibile quale reddito diverso ex artt. 67, co. 1, lett. n), del Tuir purché ricorrano i presupposti previsti nello stesso art. 67 e, cioè, si tratti di beni che se trasferiti in sedi diverse dalla trasformazione darebbero luogo ad un reddito diverso ⁽³⁶⁾.

d) - *Le riserve di utili nella trasformazione omogenea ed eterogenea.*

Con riguardo alle riserve di utili createsi in capo all'ente trasformando, nella trasformazione omogenea regressiva da società di capitali in società di persone, la distribuzione di riserve a soci di società trasparenti dovrebbe considerarsi fiscalmente irrilevante e inidonea a ridurre il valore fiscale della partecipazione il quanto nelle società commerciali trasparenti il reddito prodotto dalla società è tassato immediatamente in capo al socio ⁽³⁷⁾.

Analogamente a quanto accade nella trasformazione omogenea, le riserve di utili dell'ente societario decommercializzatosi ai sensi dell'art. 171 del Tuir saranno colpite ove non ne sia indicata l'origine nel bilancio dell'ente non commerciale e ciò è possibile solo se un'impresa commerciale venga ancora esercitata seppur in via non principale: ove così non fosse, le riserve saranno tassate alla stregua di dividendi con possibile applicazione del regime della c.d. *participation exemption*.

Tali riserve, però, ove colpite già in capo alla società che si sia trasformata, certo non potranno essere nuovamente rilevanti in capo agli associati (originariamente soci) ⁽³⁸⁾; nell'ipotesi in cui l'utile, non già tassato in capo alla società, vada a confluire nel patrimonio della fondazione in cui si sia trasformata la società, la tassazione potrebbe non essere di per sé esclusa dalla semplice assenza di una base associativa nell'ente fondazionale ⁽³⁹⁾.

e) - *Le perdite nella trasformazione omogenea ed eterogenea.*

Circa l'utilizzo delle perdite pregresse alla trasformazione ed al diritto di riporto da parte del nuovo soggetto direttamente se società di capitali o dei soci se società di persone, si deve evidenziare l'assenza di una norma che vie-

⁽³⁶⁾ Esempio immobili acquistati o costruiti da meno di cinque anni o partecipazioni che darebbero luogo a *capital gain*.

⁽³⁷⁾ Cfr. A. FANTOZZI-R. LUPI, *Profili tributari*, cit., p. 166 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. F. TESAURO, *Aspetti fiscali della trasformazione eterogenea*, cit., p. 6.

⁽³⁹⁾ Così, invece, F. TESAURO, *Aspetti fiscali della trasformazione eterogenea*, cit., p. 6.

ti il riporto; l'art. 84 del Tuir si limita, infatti, a derogare all'autonomia dei singoli periodi di imposta ammettendo la compensazione con perdite pregresse con il reddito prodotto in periodi di imposta diversi perché successivi ma non oltre il quinto; un eventuale divieto di compensazione opererebbe, in ipotesi, solo se la provenienza delle diverse componenti fosse soggettivamente diversa⁽⁴⁰⁾.

Se ciò è vero, le perdite maturate da una società di persone prima della sua trasformazione in società di capitali saranno imputate alla società riducendo la base imponibile della stessa; un limite è posto, però, dal co. 6 dell'art. 102 in base al quale, ove una società di capitali si trasformi in società di persone commerciali, le perdite che questa potrà attribuire ai propri soci saranno utilizzabili solo per ridurre utili attribuiti nei cinque anni successivi ma dalla stessa società che ha generato le perdite.

Nel caso inverso, invece, la perdita potrebbe essere imputata direttamente al socio in ragione del sopravvenuto regime della trasparenza che impone di colpire il reddito in capo al socio e non alla società⁽⁴¹⁾.

Pertanto, sotto questo aspetto, la trasformazione si caratterizzerebbe per una successione nel diritto alle perdite anche quando il nuovo ente sia assegnato a regime diverso da quello dell'ente trasformato come accade nella trasformazione regressiva o progressiva laddove il regime della trasparenza può seguire o essere seguito da quello di imposizione del reddito in capo alla sola società⁽⁴²⁾.

Nella trasformazione eterogenea regressiva, le perdite maturate dalla società decommercializzatasi a seguito della trasformazione non saranno utilizzabili dal nuovo ente perché non commerciale e non esercente affatto un'impresa⁽⁴³⁾; altrimenti detto: il nuovo regime giuridico dei beni e dell'attività farebbe perdere rilevanza alle perdite ereditate originatesi, però, in costanza di regime fiscale di impresa.

Non è da escludersi, peraltro, che a seguito dell'« estinzione » della partecipazione sociale in conseguenza della trasformazione eterogenea regressiva si origini una componente negativa di reddito.

(40) Così Ris. Ag. Entrate 28 febbraio 2002, n. 62/E.

(41) Così, tra gli altri, MERONE, *Trasformazione di società di capitali in società di persone, perdite pregresse e argomenti ricavabili dal regime « parallelo » della trasparenza*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, p. 588 ss.

(42) In tal senso Ris. Agenzia Entrate 16 maggio 2005, n. 60/E.

(43) F. TESAURO, *Aspetti fiscali della trasformazione eterogenea*, p. 6.

f) - *Trasformazione, regime fiscale della trasparenza ed imputazione del reddito e delle perdite.*

Attenzione merita il rapporto tra la disciplina della trasformazione e quello della trasparenza. Laddove il nuovo ente, per legge o per scelta, accedesse al regime della trasparenza, la rilevanza soggettiva di questo impedirebbe di trasferire la perdita direttamente e *pro quota* al socio non operando nei confronti di questo la successione soggettiva tipica della trasformazione⁽⁴⁴⁾.

Qualora, invece, si ritenesse che la successione operi anche nei confronti di un ente societario il cui regime fiscale, per le regole della trasparenza, si caratterizza per l'imputazione al socio del reddito e delle perdite, si risumerebbe una piena rilevanza soggettiva che il regime della trasparenza (legale od opzionale che sia) intende, invece, eliminare; ciò a meno che tale meccanismo di immediata imputazione al socio operi solo a condizione che il reddito o la perdita al momento della loro produzione siano già riferibili ad una società trasparente.

Pertanto, delle due l'una: o le perdite sono utilizzabili dalla sola società trasparente che si sia trasformata in (o nella quale si sia trasformata) una società di capitali oppure in entrambi i casi le perdite spettano ai soli soci; sarebbe, infatti, contraddittorio che le perdite non siano trasmissibili ai soci nella trasformazione regressiva da società di capitali in società trasparente e restino, invece, da questi esclusivamente fruibili qualora la società trasformata abbia natura non trasparente⁽⁴⁵⁾.

g) - *Trasformazioni improprie.*

Nell'esperienza si rinvencono fenomeni in cui l'effetto economico proprio della trasformazione si raggiunge attraverso strumenti tipizzati dal legi-

⁽⁴⁴⁾ Così Ris. Agenzia Entrate 16 maggio 2005, n. 60/E.

⁽⁴⁵⁾ Per la distinzione delle situazioni vedi invece Ris. Agenzia Entrate 16 maggio 2005, n. 60/E la quale nega il riporto delle perdite alla nuova società ove queste siano maturate in capo ad una società di persone condividendo, per tale fattispecie, quanto disposto dall'art. 7 del d.m. 23 aprile 2004 sulla trasparenza per le perdite maturate da società di capitali in periodi anteriori a quello in cui sia stata esercitata l'opzione per la trasparenza.

Considerazioni analoghe dovrebbero valere per le riserve di utili nel senso che queste saranno assoggettate al regime originario e non, quindi, imputate direttamente ai soci qualora il nuovo ente sia una società trasparente ma tassate solo in capo alla società evitando, così, qualsiasi doppia imposizione: in tal senso F. TESAURO, *Aspetti fiscali della trasformazione eterogenea*, cit., 3 del datt.

slatore diversi da quello della trasformazione come, ad esempio, la regolarizzazione, il venir meno della pluralità dei soci, il conferimento, la cessione dell'azienda, etc.

i) L'impresa familiare *ex artt. 230 bis c.c.*, solo lessicalmente collettiva ma, in realtà, di natura individuale, pare potersi evolvere in una forma collettiva solo attraverso un'operazione di conferimento dell'azienda familiare: *id est* dell'imprenditore individuale in una società che potrà, a sua volta, essere unipersonale e, quindi, perdere l'originaria natura familiare dell'impresa, oppure collettiva e, pertanto, dare luogo ad una società a base familiare.

Tale fenomeno non ha una sua specifica disciplina; di conseguenza ad esso andrà applicata la regolamentazione che caratterizza il conferimento dell'azienda salvo ritenere applicabile in via la normativa agevolativa che promuove la circolazione dell'azienda nell'ambito familiare in assenza di un cambiamento nella sostanziale titolarità del potere di gestione ⁽⁴⁶⁾.

Assimilabile il caso in cui l'impresa individuale non abbia natura familiare e la trasformazione esiti in una società di capitali unipersonale: anche in questa vicenda, infatti, l'operazione richiederebbe tecnicamente un conferimento che, però, non causerebbe alcuna sostanziale interruzione del vincolo funzionale poiché l'azienda e l'impresa conserverebbero le loro originarie caratteristiche, ovviamente a condizione che l'oggetto della società resti commerciale.

ii) In ordine alla regolarizzazione in s.r.l. della società di fatto costituita tra donatori che intendano proseguire l'impresa del donante, beneficiando, così, della neutralità ai fini dell'imposizione sul reddito *ex artt. 58, co. 1, del Tuir* si segnala l'applicazione in via interpretativa della disciplina della trasformazione in senso proprio al caso di specie in ragione di una sostanziale identità dei fenomeni ⁽⁴⁷⁾.

iii) Il venir meno della pluralità dei soci di una società di persone senza ricostituzione della stessa nel termine di sei mesi fissato dal c.c. per recesso dell'unico socio e la « trasformazione » della società di persone irregolare in impresa individuale a seguito della dichiarazione dell'unico socio di voler proseguire l'impresa in proprio pongono interessanti dubbi ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro (ma, come si vedrà anche di altre imposte) per la natura impropria del fenomeno trasformativo che tali vicende esprimono ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ E si vuole cfr. anche per riferimenti V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 129.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Ris. Agenzia Entrate 23 novembre 2007, n. 341/E.

⁽⁴⁸⁾ Per un caso vedi Cass., sez. trib., 16 febbraio 2007, n. 3671, in *Riv. dir. trib.*, 2007,

Di fronte all'alternativa di qualificare l'operazione alla stregua di una cessione di azienda oppure di una vicenda trasformativa, assoggettata l'una all'imposizione in misura proporzionale e l'altra a quella in misura fissa, la seconda conseguirebbe alla valorizzazione dell'elemento della continuità sia della destinazione aziendale che della titolarità del compendio aziendale nel « passaggio » da società irregolare con unico socio ad impresa individuale: la conclusione è condivisibile.

Esaminando la fattispecie che si articola nella liquidazione e nel contestuale utilizzo dell'azienda della società sciolta per costituire la struttura aziendale dell'impresa individuale dell'unico socio superstite emerge un dato empirico rilevante per una riflessione sistematica più generale: la titolarità del potere di dominio resta sostanzialmente immutata nell'« involuzione » che subisce la forma soggettiva in quanto l'atto di liquidare la società irregolare è funzionale alla continuazione della stessa impresa da parte dello stesso soggetto in capo al quale, al venir meno della pluralità, si sono concentrati il potere di controllo, di amministrazione e di gestione nonché la responsabilità patrimoniale.

Nelle società di persone la mancata soggettivizzazione nell'imputazione dell'impresa esclude la coesistenza di interessi soggettivi fra loro potenzialmente confliggenti.

L'avvenuta manifestazione da parte dell'unico socio superstite, nel corso del semestre previsto per la ricostituzione della pluralità, dell'intenzione di continuare da solo in una forma non collettiva né societaria (neppure unipersonale) ma, invece, individuale dimostrerebbe, infatti, la volontà di mantenere l'azienda e non di trasferirla, in un fenomeno espressivo non di una mera modificazione dell'atto costitutivo ma di una successione soggettiva.

Nel pur necessario ed inevitabile momento della liquidazione della società di persone irregolare l'azienda verrebbe « assegnata » e non ceduta al socio superstite: l'assegnazione non avrebbe alcuna funzione di restituzione⁽⁴⁹⁾ del conferimento ma si inserirebbe in una fattispecie riorganizzativa ed affatto precipuamente traslativa in ragione della continuità della destinazione imprenditoriale e dell'esercizio dell'impresa.

Di qui la correttezza dell'equiparazione, ai sensi del combinato disposto dell'art. 4, lett. d), n. 2), e lett. a), n. 3, della Tariffa, parte I allegata al t.u. n. 131/1986, ad un conferimento di azienda assoggettato ad imposta in misura fissa.

II, p. 501 ss., con nota di MENTI, *La liquidazione delle società di persone e l'assegnazione al socio superstite dell'azienda sociale per la continuazione dell'attività d'impresa*.

⁽⁴⁹⁾ Come, invece, sostiene MENTI, in *La liquidazione delle società di persone*, cit., p. 508 ss.

iv) La prospettiva può essere estesa, in questi termini, ad un settore impositivo, quello dell'imposizione sul reddito, non interessato dalla sentenza *de qua* ma, comunque, toccato dalla conclusione raggiunta: fra le ipotesi di realizzazione di ricavi e plusvalenze imponibili si annovera, come è noto, l'assegnazione ai soci di beni relativi all'impresa di modo che davanti ad un'assegnazione all'unico socio dell'unica azienda ci pare esatto proporre la distinzione fra assegnazione con liquidazione ed assegnazione con continuità imprenditoriale.

L'assegnazione è valorizzata dal legislatore tributario al pari di una fattispecie traslativa a titolo corrispettivo o, quantomeno, oneroso attraverso un'equiparazione, per l'appunto, legale, la cui logica risiede nel voler garantire che il regime fiscale dell'impresa si chiuda con coerenza quando, dopo aver permesso costi deducibili ed imposta sugli acquisti detraibile, il « bene » assegnato così « prodotto » « fuoriesca » senza un corrispondente reintegro patrimoniale non tanto dal patrimonio imprenditoriale di un particolare soggetto ⁽⁵⁰⁾ quanto, invece, dallo statuto fiscale dei beni dell'impresa commerciale.

Nell'indagine sul rapporto tra assegnazione e continuità della destinazione imprenditoriale ai fini dell'imposta di registro si deve, allora, riconoscere la possibilità di una successione e, quindi, continuità nell'impresa anche in fenomeni solo impropriamente trasformativi ⁽⁵¹⁾.

L'effetto liquidatorio che si realizza in occasione dell'assegnazione all'unico socio è ben diverso da quello che si dispiega quando la volontà di uno o più soci è nel senso della non continuazione dell'impresa esercitata con l'azienda assegnata e, di conseguenza, quando il trasferimento origina ricavo o plusvalenza patrimoniale per il cedente e reddito di capitale per l'assegnatario *ex artt.* 47, co. 7, del Tuir.

La configurazione come reddito di capitale del valore normale dell'azienda ricevuta dal socio in caso di liquidazione per la parte che eccede « il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate » (i.e. l'investimento effettuato), ove si tratti di società di persone, avrebbe senza dubbio afferenza al caso in cui la liquidazione attenga al singolo rapporto socio-società, ovvero allo scioglimento parziale del rapporto sociale,

⁽⁵⁰⁾ Cfr. M. MICCINESI, *Le plusvalenze di impresa*, Milano, 1993, pp. 177 ss., 250 ss., cui aderisce, se non erriamo, E. BELLICONTARINI, *Modificazione della compagine societaria nelle società di persone a seguito di scioglimento parziale del rapporto sociale: profili fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, I, p. 850 ss.

⁽⁵¹⁾ La tesi qui accolta pare condivisa, da ultimo, anche da S. COCIANI, *La trasformazione eterogenea nel diritto tributario. Primi spunti critici*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 617 ss., spec. p. 646 ss.

ma non a quello in cui l'unico rapporto sociale esistente si sciogla ma ad esso non si affianchi anche il venir meno dell'azienda come nei casi in cui la liquidazione della quota del socio avviene con beni diversi dal denaro in sede di recesso *ex artt.* 2289 del c.c.

Una diversa ricostruzione – assimilare la liquidazione della quota non in denaro ma in azienda in sede di recesso alla liquidazione/assegnazione con continuità nell'impresa e della destinazione imprenditoriale dell'azienda – correrebbe il rischio di assoggettare ad una stessa disciplina (l'imposizione per destinazione a finalità extraimprenditoriali) assegnazioni strutturalmente diverse e riconoscibili come tali da dati oggettivi rappresentati, addirittura, prima ancora del trasferimento con forma documentale.

La necessità di evitare aprioristiche generalizzazioni nella disciplina ci pare confermata dalla circostanza che anche ai fini della disciplina civilistica dell'articolazione (evolutiva o involutiva) dell'iniziativa imprenditoriale si è riconosciuta cittadinanza all'ipotesi della costituzione *mortis causa* di un'impresa societaria unipersonale da parte di un imprenditore individuale che intenda, in tal modo, garantire la continuità della da lui fondata impresa da parte dell'erede⁽⁵²⁾ senza soluzione di continuità.

Il fenomeno è solo apparentemente diverso da quello *de quo* in quanto accomunato a questo dalla stessa finalità di costituzione/riorganizzazione dell'impresa attraverso un intervento sostanzialmente trasformativo, e, quindi, a titolo non originario ma derivativo, titolo che pare ora configurabile alla luce dei patti di famiglia *ex artt.* 768 *bis* del c.c. intesi a garantire la conservazione dell'impresa nell'« ottica » del disponente.

Eguale cittadinanza è attribuita all'ipotesi della « trasformazione » anch'essa impropria ma evolutiva dell'impresa individuale in s.r.l. uni personale cui imputare l'azienda, ritenuta, seppur non da tutti, un evento trasformativo e non costitutivo in ragione della continuità dell'azienda, dell'attività e del soggetto⁽⁵³⁾.

v) La differenziazione⁽⁵⁴⁾ trova conferma sia da parte dell'Agenzia delle Entrate⁽⁵⁵⁾ che nel dato normativo in materia di donazione dell'azienda

⁽⁵²⁾ Sul punto C. IBBA, *La società a responsabilità limitata con un solo socio*, Torino, 1995, p. 40.

⁽⁵³⁾ Cfr. ancora C. IBBA, *op. cit.*, p. 44 ss., anche per indicazioni.

⁽⁵⁴⁾ Già rappresentata in V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004, pp. 120 ss. e 128 ss., cui si rinvia per le c.d. trasformazioni improprie.

⁽⁵⁵⁾ La Ris. Agenzia Entrate 19 giugno 2002, n. 54/E, n. 5, ha, infatti, escluso la realizzazione di plusvalenze purché vi sia continuità sia della destinazione imprenditoriale che dei valori fiscalmente riconosciuti dei beni.

(economicamente, anch'essa, una specie di « assegnazione » all'interno dei generi di trasferimento dell'azienda senza corrispettivo).

Ai fini delle imposte sul reddito, si riconosce un regime (secondo noi sistematico) di neutralità condizionato, come si legge nell'art. 58 del Tuir, alla conservazione dell'azienda all'interno della famiglia (*rectius* conservazione in capo ad almeno uno degli eredi già soci della società di fatto costituitasi dopo la donazione anche dopo la formale liquidazione della società stessa).

A tale ultima disciplina pare assoggettabile il trasferimento dell'azienda o di un ramo aziendale che abbia aver luogo in seguito alla stipula di un patto di famiglia *ex* artt. 768 *bis* ss. del c.c.; il trasferimento, infatti, non originerebbe alcuna plusvalenza tassabile ove siano rispettate le condizioni dettate in materia di continuità della destinazione aziendale.

5. - *L'imposizione indiretta (iva, imposta di registro) e l'imposta ipotecaria e catastale.*

I trasferimenti della titolarità dei beni che si realizzano in occasione di operazioni di fusione e di trasformazione non si considerano quali cessioni di beni ai fini dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto *ex* artt. 2, co. 3, lett. *f*), del d.p.r. n. 633/1972; tali trasferimenti sono, pertanto, esclusi dall'iva per carenza del presupposto oggettivo.

Le operazioni daranno luogo, quindi, a delle implicazioni sul solo versante formale nel senso della modifica dei dati relativi alla partita Iva del soggetto e dell'eventuale nuova sede e della presentazione di dichiarazioni di variazione dati.

In ordine all'applicazione dell'imposta di registro, per la fusione sia il verbale assembleare che l'atto di fusione sono assoggettati all'imposta di registro in misura fissa *ex* artt. 4, lett. *b*), della Tariffa parte prima allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, a seguito dell'adeguamento alla disciplina comunitaria di cui alla direttiva n. 69/335/Ce del 17 luglio 1969⁽⁵⁶⁾; parimenti fissa l'imposta ipocatastale.

Nel caso della fusioni eterogenee la circostanza che il citato art. 4 preveda la misura fissa solo per fusioni e scissioni fra enti commerciali non dovrebbe impedire, in via di interpretazione analogica, di escludere l'applicazione dell'art. 9 del decreto che prevede l'imposta proporzionale del 3% per atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Circolare Min. fin. 10 aprile 2001, n. 38.

L'art. 2, co. 3, lett. *f*), del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, pone la questione se l'atto di trasformazione sia assoggettato ad imposta di registro in misura fissa o proporzionale.

L'art. 4, co. 1, della tariffa, parte I allegata al d.p.r. 2 aprile 1986 n. 131 alla lett. *c*) del citato art. 4 dispone la misura fissa di € 168 per tutte le modifiche statutarie (tra cui le trasformazioni) che riguardino sia società che enti diversi da queste; in questo modo parrebbe escludersi l'applicazione della misura proporzionale prevista dall'art. 9 della menzionata Tariffa se non fosse per la circostanza ⁽⁵⁷⁾ che l'art. 4 letteralmente si riferisce agli atti (nel caso alle modifiche statutarie) di società ed enti aventi ad oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale o agricola.

Limitare la misura fissa al solo caso in cui la trasformazione coinvolga un'associazione o una fondazione ente commerciale potrebbe rivelarsi contraddittorio e contrastante con la logica normativa: da un lato, infatti, il riferimento ad un'attività principale anche agricola porterebbe al sorprendente ma non condiviso risultato di applicare la misura fissa solo alla trasformazione di un ente non commerciale avente attività di impresa agricola per attività principale (e, comunque, non commerciale) e non al caso in cui la non commercialità corrisponde ad un'attività principale affatto imprenditoriale; dall'altro, se la misura proporzionale in teoria applicabile sarebbe il 3% che l'art. 9 della Tariffa applica per atti « aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale », non si vede quale prestazione sia espressa dalla modifica statutaria in cui si sostanzia la vicenda trasformativa in esame.

Più certa, invece, l'applicazione in misura fissa delle imposte ipocatastali per il riferimento più generale contenuto nell'art. 4 della tariffa allegata al d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 347.

Nel caso della trasformazione essa è assoggettata all'imposta di registro fissa *ex* artt. 4, lett. *c*), parte prima della Tariffa allegata al d.p.r. n. 131/1986 ⁽⁵⁸⁾; laddove nello stesso atto di trasformazione abbia luogo anche un aumento di capitale, in base all'art. 21 del citato decreto l'imposta si applicherà separatamente alle due disposizioni contenute nello stesso atto di modo che sarà rilevante verificare se l'aumento di capitale abbia luogo con il conferimento di beni immobili o diritti reali immobiliari assoggettato ad imposta proporzionale o beni da questi diversi con applicazione dell'imposta in misura, invece, fissa.

Qualora l'aumento di capitale si realizzi mediante imputazione di una

⁽⁵⁷⁾ Evidenziata, nel caso della fusione, da Ris. Agenzia Entrate, 15 aprile 2008, n. 152 e 18 aprile 2008, n. 162, per affermare la misura proporzionale.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Circolare Min. Fin., 11 luglio 1991, n. 37.

parte del patrimonio netto l'imposta dovrebbe essere applicata in misura fissa; l'assenza di un vero e proprio nuovo apporto dovrebbe giustificare analogo regime di imposizione in misura fissa ove la trasformazione avvenga tra una società di persone ed una di capitali e l'aumento di realizzi con il passaggio di riserve a capitale ⁽⁵⁹⁾.

La circostanza che in occasione della trasformazione non si realizzi alcun trasferimento della proprietà in senso proprio comporta che l'atto di trasformazione non dovrebbe essere assoggettato all'imposizione ipocatastale *ex d. lgs. n. 347/1990* ma dare luogo ad una mera annotazione ⁽⁶⁰⁾ salvo il caso in cui si proceda contestualmente ad un aumento di capitale con conferimento di immobili o diritti reali immobiliari.

Un cenno merita l'eventualità che la natura eterogenea sia della fusione che della trasformazione possa, pur in assenza di un formale trasferimento della proprietà, causare il venir meno della destinazione imprenditoriale commerciale dei beni laddove il nuovo soggetto non sia un ente commerciale o lo sia solo in via secondaria ed il bene perda la sua natura aziendale ⁽⁶¹⁾.

Ove tale destinazione venga meno, infatti, si potrebbe ritenere applicabile l'imposta sul valore aggiunto *ex artt. 2 del d.p.r. n. 633/1972* che equipara ad una cessione imponibile la destinazione a finalità extraprenditoriali di beni aziendali.

Con riguardo alla cessione dell'azienda si evidenzia il regime di alternatività fra l'imposta sul valore aggiunto (d.p.r. n. 633/1972) e quella di registro (d.p.r. n. 131/1986) tale per cui la qualificazione dell'oggetto del trasferimento alla stegua di un'azienda in senso proprio e non di un mero insieme di beni seppur strumentali *uti singuli* all'esercizio dell'impresa condiziona l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa laddove si escluda la natura aziendale all'insieme degli *assets* trasferiti, ove le parti siano le medesime il dato formale della separazione frazionata non impedirà una riqualificazione

⁽⁵⁹⁾ A favore dell'imposizione proporzionale Cass., 19 luglio 1991, n. 8034; Cass., 14 maggio 1992, n. 5512; *contra* CTC, 1 febbraio 1992, n. 529.

Vedi nel senso che la direttiva non osti all'imposta proporzionale quando la fusione per incorporazione di due società entrambe detenute da una terza società o di una da parte di altra che ne detenga la totalità delle quote non dia luogo ad un aumento di capitale e, quindi, ad una sorta di remunerazione tramite l'assegnazione di quote: Cass., sez. trib., 4 maggio 2004, n. 8448; Idem, 6 aprile 2004, n. 6785; Idem, 22 marzo 2004, n. 5691: ciò in quanto l'operazione non è equiparabile ad un conferimento dell'intero patrimonio societario.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Cass., 18 aprile 1998, n. 3945; Cass., 28 marzo 1997, n. 2789; CTC, 3 dicembre 1985, n. 145.

⁽⁶¹⁾ Così anche T. TASSANI, *La « trasformazione » di società in impresa individuale*, cit., p. 1952 ss.

dell'intera operazione alla stregua di una vendita di azienda *ex artt.* 2555 del c.c. con assoggettamento all'imposta di registro proporzionale ⁽⁶²⁾.

6. - *Segue. L'imposizione sulle donazioni e sulle successioni nella cessione dell'azienda per atto inter vivos, patto di famiglia e mortis causa.*

A seguito dell'introduzione del co. 4 *ter* all'art. 3 del d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, in materia di imposta sulle successioni e donazioni ed alle modifiche apportate dall'art. 1, co. 31, della l. n. 244/2007 il trasferimento di azienda o ramo di azienda, anche tramite patti di famiglia *ex artt.* 768 *bis* del c.c. ⁽⁶³⁾ effettuati a favore di discendenti e del coniuge non sono soggetti all'imposta alla stessa stregua di quanto accade per il trasferimento di quote nonché, più in generale, per l'imposizione sul reddito *ex artt.* 58, co. 1, del Tuir.

La condizione perché l'imposta non trovi applicazione è individuata dallo stesso comma, ed al pari di quanto accade nel trasferimento delle quote, nel proseguimento da parte degli aventi causa dell'esercizio dell'impresa per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento.

L'esenzione si conserva anche qualora il donatario provveda al conferimento dell'azienda o del ramo di azienda ricevuto in virtù della continuazione della stessa impresa seppur in forma soggettivamente diversa, sebbene si distingua il conferimento in società di capitali da quello in società di persone richiedendosi, nel primo, che le partecipazioni consentano al donatario-conferente di esercitare i poteri di cui all'art. 2359, co. 1, n. 1) del c.c. ⁽⁶⁴⁾.

Con riguardo al caso in cui i donatari intendano regolarizzare la società di fatto tra essi costituitasi, si esclude l'applicazione dell'imposta sulle donazioni ai sensi del citato art. 3, co. 4 *ter*, purché ai fini dell'imposta di donazione i beneficiari rendano un'apposita dichiarazione nell'atto di donazione della loro intenzione di proseguire l'impresa per un periodo non inferiore ai 5 anni ⁽⁶⁵⁾.

La non applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, in caso di

⁽⁶²⁾ In tal senso per l'orientamento consolidato cfr. Cass., 11 giugno 2007, n. 13580, la quale ha ritenuto irrilevante che al momento della cessione la parte cessionaria non esercitasse già l'impresa cui i beni risultavano finalizzati.

⁽⁶³⁾ Cfr. CAPOZZI, in BAUCO-CAPOZZI, *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*, con prefazione di Fedele, Milano, 2007, *passim*.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Ris. Agenzia Entrate, 23 novembre 2007, n. 341/E, in *Corr. trib.*, 2008, p. 325 ss., con nota di MASTROIACOVO, *Non è soggetto ad imposizione il passaggio generazionale dell'azienda*, nonché Circolare Assonime, 6 dicembre 2007, n. 77.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Ris. Agenzia Entrate, 23 novembre 2007, n. 341/E.

trasferimento di beni immobili aziendali, dovrebbe comportare anche quella dell'imposizione ipocatastale in ragione del rinvio operato nel d. lgs. n. 347/1990 ai trasferimenti esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni⁽⁶⁶⁾ con applicazione della misura fissa e non, invece, proporzionale, al pari di quanto accade per l'imposta di registro, nel caso della regolarizzazione della società di fatto sopra ipotizzata⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Ris. Agenzia Entrate, 23 novembre 2007, n. 341/E.

⁽⁶⁷⁾ Correttamente evidenzia l'errore commesso sul punto dalla Ris. Agenzia Entrate, 23 novembre 2007, n. 341/E MASTROIACOVO, *Non è soggetto ad imposizione il passaggio generazionale dell'azienda*, cit., p. 330.

CAPITOLO VII

RESPONSABILITÀ, ACCERTAMENTO E SANZIONI NEL CONSOLIDATO FISCALE E NELL'IMPOSIZIONE PER TRASPARENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Accertamento e « piccole » s.r.l. – 3. Valori di trasferimento infragruppo. – 4. Le diverse forme di responsabilità dell'ente controllante e delle società controllate per imposte e sanzioni nel consolidato fiscale nazionale. – 5. La disciplina dell'accertamento nel consolidato fiscale: dall'accertamento bifasico all'accertamento unitario *ex art. 40 bis* del d.p.r. n. 600/1973. – 6. La disciplina dell'accertamento e delle sanzioni: solidarietà fra società « trasparente » e soci, misura della coobbligazione e vicende degli atti. – 7. Segue. Cenni ai profili processuali dell'accertamento dei redditi dei soci di società trasparenti.

1. - *Premessa.*

Il legistore tributario non dedica nella disciplina dell'accertamento di cui d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 (per le imposte sul reddito) ed al d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 (per l'imposta sul valore aggiunto) specifica attenzione alla s.r.l. né questa è rivenibile nella disciplina delle sanzioni amministrative tributarie di cui al d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

Le uniche particolarità sono, quindi, circoscritte alla disciplina dei gruppi di società sotto il profilo dei trasferimenti infragruppo e del consolidamento fiscale dei redditi di un gruppo societario e, soprattutto, dell'imposizione per trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 del Tuir.

2. - *Accertamento e « piccole » s.r.l.*

Si segnala l'orientamento giurisprudenziale riferito alle « piccole » società di capitali e, quindi, anche alle « piccole » s.r.l. ⁽¹⁾, in base al quale, non senza diffuse critiche per una non automatica specificità (quasi fraudolenta)

⁽¹⁾ Per i profili sostanziali vedi *retro* il capitolo I ma vedi già le osservazioni sia di IBBA (*Le « piccole » società nel diritto commerciale*) che di FEDELE (*Le « piccole » società nel diritto*

della piccola società commerciale di capitali, si ammette la legittimità della presunzione tale per cui, a fronte di una compagine sociale ristretta ad un gruppo familiare o personale, le movimentazioni bancarie dei soci siano riconducibili alla società quale reddito a questa imputabile, salvo prova contraria ⁽²⁾ nonché si configuri una distribuzione fiscalmente rilevante ai soci di utili extrabilancio per il solo fatto dell'esiguità della compagine ⁽³⁾.

Si rivela, infatti, comune a tutte le forme societarie a ristretta base proprietaria la questione, sulla quale, peraltro, si è consolidata la giurisprudenza della Corte di Cassazione, della legittimità della presunzione relativa in base alla quale, di fronte di una società di capitali a ristretta base partecipativa, l'ufficio possa presumere che il maggior reddito accertato ma non dichiarato per l'omessa contabilizzazione del maggior utile sia stato distribuito ai soci ⁽⁴⁾ lasciando ai soci l'onere di provare o una misura diversa da quella proporzionale alla quota oppure che tali ricavi siano stati accantonati o reinvestiti o, invece, percepiti da soggetti diversi.

La presenza di un regime legale di imputazione diretta ai soci di piccole società di capitale a prescindere dalla distribuzione dell'utile eroderebbe, peraltro, la legittimazione, affermata dalla S.C., della presunzione di distribuzione attenuando la natura empirica (la massima di esperienza) dalla quale si muoverebbe la presunzione stessa così come sostenuta dagli uffici e condivisa dalla giurisprudenza (ahimè ancora) prevalente ⁽⁵⁾.

3. - Valori di trasferimento infragruppo.

La presenza di un'articolazione imprenditoriale in forma di gruppo notoriamente pone dei seri problemi all'Amministrazione finanziaria in ordine alla valenza fiscale dei valori delle scelte private.

Si pensi ai prezzi di trasferimento nelle operazioni infragruppo ed al rischio di sopra- o sottovalutazione dei corrispettivi; il legislatore è, infatti, intervenuto in diverse sedi al fine di tutelare l'interesse erariale a contrastare

tributarie) entrambe in AA.VV., *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali e circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007.

⁽²⁾ Cass., sez. trib., 24 agosto 2007, n. 18013; Idem, 21 marzo 2007, n. 6743.

⁽³⁾ Cass., sez. trib., 11 ottobre 2007, n. 21451; *contra* CtR Puglia, sez. XXIII, 13 aprile 2007, n. 66, in *GT Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2007, p. 891 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., sez. trib., sentenze 26 ottobre 2006, n. 24491, 18 maggio 2006, n. 11724, 7 novembre 2005, n. 21573, 17 ottobre 2005, n. 20078.

⁽⁵⁾ Così anche MARELLO, *Il regime di trasparenza*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (Ires)*, (opera diretta da F. Tesauero), Bologna, Zanichelli, 2007, p. 552.

pattuizioni rispondenti a logiche di esclusivo risparmio fiscale in ragione sia della residenza che della difficoltà di controllo a causa della localizzazione estera.

In primo luogo l'art. 110, co. 7, del Tuir attribuisce all'amministrazione il potere di rideterminazione del prezzo stabilito dalle parti in base a parametri di normalità riconducibili ai valori oggettivi di mercato del bene trasferito o del servizio reso *ex artt.* 9 del Tuir; l'espressa attribuzione di un simile potere di normalizzazione induce a ritenere che gli uffici, in ottemperanza alla necessità di una previa copertura legislativa, debbano ricorrere ad altri strumenti, se esistenti, al fine di sindacare i valori delle transazioni infragruppo laddove il gruppo abbia una dimensione solo nazionale ed affatto internazionale.

In secondo luogo, la presenza di un gruppo e la frequente localizzazione dei diversi soggetti sotto ordinamenti giuridici diversi è oggetto di un ulteriore intervento legislativo di normalizzazione questa volta, però, non dei valori ma della funzionalità del costo ai sensi dell'art. 110, co. 10, del Tuir il quale, con riferimento (non solo ma anche) al gruppo, esclude la deducibilità del medesimo costo in virtù del regime fiscale privilegiato proprio del soggetto che ha ricevuto il prezzo presupponendone la fittizietà o la non corrispondenza a valori di mercato: il disconoscimento opera, però, solo in via relativa e non assoluta come per il *transfer pricing*, a meno che non sia provato lo svolgimento di un'effettiva attività di impresa commerciale o che le operazioni rispondano ad un effettivo interesse economico ed abbiano avuto concreta esecuzione.

Infine, l'art. 167 del Tuir disciplina un sistema di tassazione c.d. per trasparenza nei casi in cui alcuni redditi siano conseguiti da un soggetto imprenditore estero residente o localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato e controllato, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona da un soggetto residente in Italia anche persona fisica ed anche non imprenditore.

Tale disposto è esteso dall'art. 168 del Tuir all'imputazione ai soci residenti del reddito prodotto da società estere controllate che siano residenti in Paesi aventi un regime fiscale privilegiato alle ipotesi in cui si tratti di società collegate pur con un regime di determinazione del reddito imputabile diverso rispetto a quello applicabile nel caso di controllo; l'imputazione per trasparenza nel caso di società estere collegate ai sensi dell'art. 168 del Tuir presenta delle differenze specifiche rispetto alla fattispecie disciplinata nell'articolo precedente in ordine alla definizione dei rapporti di collegamento individuati in soglie di partecipazione non inferiori al 20% agli utili o del 10% se la società partecipata è quotata (co. 1) con irrilevanza, quindi, della

partecipazione al capitale sociale nonché della determinazione del reddito da imputare individuato nel maggiore fra l'utile ante imposte risultante dal bilancio redatto della partecipata estera ed un reddito determinato induttivamente sulla base di coefficienti di rendimento legati alla natura dei beni che compongono l'attivo patrimoniale della partecipata (co. 2) ⁽⁶⁾.

4. - *Le diverse forme di responsabilità dell'ente controllante e delle società controllate per imposte e sanzioni nel consolidato fiscale nazionale. La disciplina dell'accertamento nel consolidato fiscale.*

Uno degli aspetti più delicati della disciplina del consolidato fiscale è costituito dalla disciplina delle responsabilità delle singole società consolidate in ragione della mancata soggettivizzazione del gruppo e della diversità di ruoli dell'ente controllante e dell'ente controllato; la delicatezza è, peraltro,

⁽⁶⁾ Il legislatore in presenza della semplice localizzazione del soggetto non residente in un paese a regime fiscale privilegiato presume che i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato si debbano considerare imputati al soggetto residente partecipante in proporzione alla partecipazioni detenuta (cfr. Circolare Agenzia delle Entrate 12 febbraio 2002, n. 18 in *Boll. Trib.*, 2002, p. 296 ss.).

Siffatta localizzazione è assunta come elemento per presumere la mancata effettività dello svolgimento all'estero da parte della società controllata di un'attività commerciale o industriale e della natura interposta della società estera in ragione del privilegiato regime di cui godrebbe; ne consegue, allora, che il contribuente, al fine di superare tale presunzione e dimostrarne, quindi, la non precisione, gravità e concordanza dovrà provare l'effettività dell'attività oppure che la partecipazione nel soggetto non residente non ha quale conseguenza alcuna localizzazione di redditi in un regime privilegiato tramite l'esito positivo della procedura di interpellato *ex art.* 11 della l. n. 212/2000. Nell'interposizione fittizia di persona così come disciplinata dall'art. 37 del d.p.r. n. 600/1973, invece, agli elementi presuntivi utilizzati dall'Amministrazione finanziaria ben se ne possono opporre altri favorevoli al contribuente tali da dimostrare l'infondatezza dell'interposizione e la piena titolarità del reddito e della sua fonte. L'argomento ha rappresentato oggetto di vivo interesse: senza pretesa alcuna di esaustività si rinvia a R. CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies (art. 127 bis del Tuir)*, in *Rass. Trib.*, 2002, p. 1399 ss.; G. MAISTO, *Il regime di imputazione del reddito delle imprese estere partecipate (c.d. Controlled Foreign Companies)*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, IV, p. 37 ss.; D. STEVANATO, *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, p. 807 ss.

Sotto altro profilo, ulteriore perplessità si evidenzia con riguardo agli effetti che una simile disciplina riveste qualora la fiscalità privilegiata sia stata individuata dal Ministero nei confronti di uno stato membro della U.E. (o di un territorio ad esso riferibile); evidentemente, infatti, una disciplina nazionale così stringente potrebbe far ipotizzare un'ingiustificata limitazione della libertà di stabilimento.

accentuata dalla necessità che la normativa e la sua attuazione rispettino il rapporto tra obbligazione e capacità contributiva nonché la distinzione fra responsabilità per le imposte e gli interessi e per le sanzioni.

L'analisi della scelta legislativa del regime di responsabilità non può certo prescindere dalla considerazione che nella disciplina sostanziale la fattispecie « impresa di gruppo » si atteggia come autonoma da quella individuale ⁽⁷⁾.

Solo sulla base di questo presupposto è possibile esprimere un giudizio sull'avvenuta regolamentazione dell'imputazione degli effetti reddituali del consolidamento all'ente controllante ed il coinvolgimento, per mere finalità di tutela dell'interesse erariale, delle società controllate; le considerazioni in precedenza effettuate inducono a preferire la ricostruzione in termini di solidarietà dipendente alla luce della rilevanza dello *status* di *holding* dell'ente controllante rispetto all'esercizio dell'impresa di gruppo di modo che si tratterebbe di un'obbligazione solidale con un obbligato principale (l'ente controllante) ed un obbligato dipendente (la società controllata) ⁽⁸⁾ a cui, però, dovrebbe seguire un beneficio di escussione e di una limitazione della responsabilità patrimoniale delle società consolidate.

(7) Per la tesi di ricondurre la capacità all'effettivo titolare dell'iniziativa economica in virtù del potere di controllo e di disposizione vedi V. FICARI, *op. cit.*, p. 1615 ss. anche per indicazioni.

(8) In alternativa ad una ricostruzione dell'obbligazione in termini di solidarietà si sono proposti altri scenari (esposti con maggior dettaglio in A. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 502 ss.). Nel senso della solidarietà dipendente BASILAVECCHIA, *Lineamenti generali*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società*, *op. cit.*, p. 44 ss.

Si è ipotizzata un'obbligazione ma parziaria *ex art.* 1314 del c.c. (cfr. in tal senso D'ABRUZZO, *Analisi critica*, *cit.*, p. 1528, il quale, comunque, ribadisce la mancanza nella disciplina di un modello univoco e lineare con accentuazione della sola garanzia del credito erariale senza alcuna attenzione per le particolari modalità di realizzazione del presupposto e di imputazione dei suoi effetti reddituali) in ragione della sopravvivenza in capo alle stesse del potere di disporre del proprio reddito (ma anche delle proprie perdite) evincibile dalla necessità di un'opzione congiunta per il consolidamento; di conseguenza l'ente controllante, in ragione degli obblighi gravanti in sede di adempimento, sarebbe una sorta di *adiectus solutionis* causa dell'obbligazione derivante dalla somma dei redditi dei soggetti consolidati (così P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, pp. 333 e 334).

Ed ancora non si è attribuita all'ente controllante la manifestazione della capacità contributiva ricostruibile dall'imponibile consolidato, rifiutando, così, l'ipotesi della responsabilità solidale, nel ricostruire il regime in termini di fattispecie sostitutiva di ordinarie fattispecie tributarie oggettivizzando (e non soggettivizzando) rapporti intersoggettivi con un unico « polo di aggregazione » rappresentato dall'ente controllante (così G. ZIZZO, *Osservazioni*, *cit.*, pp. 645 e 646).

Ciò premesso il concorso materiale delle singole posizioni fiscali alla determinazione della grandezza consolidata giustifica la possibilità che l'istruttoria amministrativa coinvolga tutte le società appartenenti all'area del consolidamento ⁽⁹⁾ con un unico atto di accertamento ⁽¹⁰⁾ così come disposto dall'art. 40 *bis*, del d.p.r.n. 600/1973 ^(10 bis). Si veda *infra*, par. 5.

Si possono individuare più analiticamente diversi livelli di responsabilità, mutati non poco nel corso delle diverse modifiche apportate all'art. 127 del Tuir dal decreto delegato correttivo (d. lgs. 18 novembre 2005, n. 247) dal momento che la scelta legislativa primigenia ⁽¹¹⁾ si rivelava lacunosa in ordi-

⁽⁹⁾ Sul punto, tra gli altri, MAGNANI, *Attività istruttoria e accertamento nel consolidato nazionale*, in *Tributimpresa*, 2005, n. 3 (www.tributimpresa.it/html/documenti/dottrina).

⁽¹⁰⁾ Cfr. la Circ. Agenzia delle Entrate 6 giugno 2011, n. 27/E.

^(10 bis) Introdotto con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. dalla Legge 30 luglio 2010, n. 122. Cfr., sul tema, SEPIO, *Effetti dell'introduzione dell'«atto unico» nell'accertamento del consolidato nazionale*, in *Corr. trib.*, 2011, 1088; BASI, *La vecchia tassazione di gruppo e processo; la visione dell'agenzia delle entrate*, in *Corr. trib.*, 2011, 2385 e SALVINI, *Atto di accertamento «unico» per la rettifica dei redditi dei soggetti aderenti al consolidato*, in *Corr. trib.*, 2011, 2821.

⁽¹¹⁾ 1) Ad un primo livello, l'art. 127, co. 1 e 2, del Tuir individuava responsabilità a titolo principale degli enti appartenenti all'area del consolidato: l'ente controllante e la società controllata si consideravano responsabili per le imposte, interessi e sanzioni legate agli adempimenti propri del proprio reddito complessivo, alle imposte dovute a seguito del controllo formale *ex art. 36 ter* del d.p.r. n. 600/1973 ed alle sanzioni connesse agli obblighi strumentali gravanti su ciascun soggetto; la delimitazione della responsabilità ad imposte, interessi e sanzioni riferibili ad una grandezza reddituale individuale avrebbe dovuto includere le sole società controllate con redditi imponibili e non quelle che, invece, hanno trasferito in sede di consolidamento solo perdite fiscali deducibili Sulla «coerenza» di tale responsabilità diretta rispetto al ruolo della dichiarazione della controllata più ampiamente in V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale*, cit., 1616 ss.

2) Ad un secondo livello, l'art. 127, co. 2, del Tuir stabiliva una responsabilità diretta dell'ente consolidante in quanto controllante il quale, conservando ovviamente la responsabilità diretta per la propria dichiarazione, era responsabile in via esclusiva *(i)* per le maggiori imposte ed interessi riferibili al reddito complessivo globale, derivante dalla somma algebrica dei redditi dei singoli partecipanti, con le variazioni in aumento e in diminuzione di cui all'art. 122 del Tuir, e *(ii)* per le somme (e, quindi, imposte, interessi e sanzioni) dovute a livello consolidato a seguito del controllo formale *ex art. 36 ter* del d.p.r. n. 600/1973 della dichiarazione del reddito di ciascuna controllata nonché della liquidazione *ex art. 36 bis* del d.p.r. n. 600/1973 della medesima.

A tale responsabilità si aggiungeva quella per l'adempimento degli obblighi connessi alla determinazione del reddito complessivo consolidato nonché alle rettifiche dovute a seguito dell'interruzione del regime ma si esclude quella per le imposte dovute a seguito del controllo *ex art. 36 ter* derivanti da errori commessi dalla società consolidata nella propria dichiarazione cfr. Circolare Agenzia delle Entrate, n. 53/E, cit., § 8.1.

ne alla necessità di una espressa limitazione della responsabilità della controllata al proprio apporto di reddito imponibile escludendo maggiori pretese legate a maggiori redditi non dichiarati da altre società controllate e dall'ente controllante *uti singulus* ⁽¹²⁾.

Sul fronte sanzionatorio, invece, l'art. 127, co. 1 e 2, del Tuir individuava ciascuna società controllata e l'ente consolidante come responsabili principali delle sanzioni relative ad illeciti sostanziali e formali attinenti alla propria dichiarazione, l'una, ed alla dichiarazione consolidata l'altro; altrimenti detto

3) Ad un livello successivo si poneva un duplice regime di responsabilità solidale dell'ente controllante con ciascuna società controllata.

Il primo concerneva la determinazione dell'imponibile della controllata e, dunque, le imposte e sanzioni per violazioni degli obblighi strumentali funzionali alla determinazione del reddito individuale (art. 127, co. 2, ultimo periodo del Tuir): l'ente controllante si atteggiava alla stregua sia di un coobbligato solidale dipendente – dal momento che l'omissione prevista sarebbe derivata da comportamenti illeciti tenuti dalla società controllata prima ancora che l'ente controllante avesse provveduto al consolidamento e, quindi, alla determinazione di un'imposta complessiva a livello consolidato – sia a responsabile di imposta quale obbligato solidale dipendente per fatto altrui alla stregua di un responsabile di imposta (nel senso del testo anche D'ABRUZZO, *Analisi critica del regime di responsabilità nella disciplina del consolidato fiscale nazionale*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 1526) avendo un diritto e non un obbligo di rivalsa: di qui lo spazio a regolamentazioni pattizie sull'esercizio del diritto a seguito di un eventuale accollo consentito dalla l. n. 212/2000 (a favore di deroghe pattizie anche G. FRANSONI, *Osservazioni*, cit., p. 532; D'ABRUZZO, *Analisi critica*, cit., p. 1527).

Nel secondo regime, l'art. 127, co. 3, del Tuir, dando diretta attuazione al criterio della legge delega, considerava solidalmente responsabili le società controllate in ordine alla somme dovute a titolo di imposta, interessi e sanzioni per l'omesso versamento da parte dell'ente controllante delle imposte dovute in base alla dichiarazione consolidata ammettendo un beneficio di escussione a favore delle società controllate tale che l'azione accertatrice dovesse essere esperita « prioritariamente » in capo alla società controllante (più ampiamente in V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale*, cit., p. 1619 ss.).

⁽¹²⁾ Più in generale quello di configurare o meno un'obbligazione solidale non paritetica ma dipendente, attribuendo all'ente controllante la principalità della titolarità dell'obbligazione (così A. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires*, cit., *passim*; M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, cit., p. 486, ma anche V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale*, cit., p. 1620; la tesi appare in linea con l'art. 7 del d.m. 9 giugno 2004 che prescrive a ciascun soggetto che abbia optato oltre che di comunicarla all'ente controllante di presentare all'Agenzia delle Entrate la propria dichiarazione senza liquidazione dell'imposta) ed affiancando la controllata con funzione solo di garanzia e a condizione che la stessa avesse concorso alla formazione della base imponibile consolidata essendo altrimenti irragionevole la tutela dell'interesse erariale.

Più in particolare quello di un eventuale diritto di preventivo accertamento in capo alla controllante a favore della controllata e della possibilità di un'azione nei confronti anche delle controllate per le somme derivanti dalla determinazione consolidata affatto condizionabile da alcun comportamento della controllata salva l'erronea trasmissione di valori reddituali.

il legislatore disciplinava delle responsabilità individuali ⁽¹³⁾ e delle responsabilità solidali del solo ente controllante ⁽¹⁴⁾ per le sanzioni dovute da ciascuna società controllata a titolo principale in ordine alla propria dichiarazione nonché per quelle relative all'omesso versamento dell'imposta consolidata determinata a seguito della recezione nella dichiarazione consolidata i risultati delle dichiarazioni delle singole società controllate alla luce dei principi fissati nel d. lgs. n. 472/1997 ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ La società controllata sarebbe stata destinataria dell'irrogazione delle sanzioni conseguenti all'accertamento di un maggior reddito complessivo, reddito che avrebbe dato luogo ad un incremento della base imponibile consolidata nonché ad inadempimenti ad obblighi strumentali alla determinazione del reddito singolare; l'ente controllante, invece, sarebbe stato destinatario delle sanzioni sia relative agli illeciti già previsti per la società controllata e, dunque, per la propria posizione singolare, che conseguenti a inadempimenti connessi alla determinazione del reddito consolidato.

⁽¹⁴⁾ Tale solidarietà, peraltro, si rivelava particolarmente gravosa per l'ente controllante poiché il legislatore disponeva la prioritaria escussione di questi rispetto alle controllate (co. 2 e 3) seppur con il diritto di rivalsa nei confronti della controllata a condizione di aver a questa trasmesso copia degli atti impositivi ricevuti quale sua domiciliataria (co. 4).

Tale regolamentazione rinveniva, peraltro, la sua logica nel già menzionato ruolo dell'ente controllante in ordine alla direzione e controllo esercitata sulla controllata, ruolo che assume rilievo esterno al gruppo ma che, all'interno di questo, risponde a singole politiche gestionali la cui autonomia è rimessa allo stesso ente ed in virtù della quale questo ha un diritto (e non un dovere) di rivalsa.

⁽¹⁵⁾ Tale assetto normativo induceva, quindi, a ritenere:

a) che fosse possibile ipotizzare una responsabilità solidale dell'ente controllante – alla luce del principio in base al quale la sanzione è riferibile al soggetto che ha posto in essere il comportamento in modo cosciente e volontario oppure al soggetto che ha tratto vantaggio dal comportamento illecito a condizione, però, che la violazione non sia stata commessa con dolo o colpa grave e l'autore materiale non ne abbia tratto vantaggio (artt. 5, co. 1 e 2, e 11, d. lgs. n. 472/1997) – solo quando questo avesse tratto vantaggio dall'inadempimento della controllata e, in particolare, dalla diminuzione della base imponibile a seguito dei dati trasmessi e dichiarati ma ad escluderla per assenza dell'elemento soggettivo laddove essa si fosse limitata a consolidare dati inesatti o infedeli trasmessi dalla società controllata e nella misura in cui l'inadempimento da parte della controllata avesse dato luogo ad un eccedenza positiva da versare e non avesse ridotto meramente un'eccedenza negativa ovvero solo se a seguito del controllo dell'omessa dichiarazione fosse emersa un'imposta a debito e non una minore imposta a credito ovvero una minore perdita;

b) inoltre, che si potesse affermare un concorso di persone *ex* art. 9 del d. lgs. n. 472/1997 solo ipotizzando che la controllante e la controllata avessero contribuito, seppur in modo diverso, alla realizzazione dell'illecito e che l'una che l'altra avessero dimostrato la propria non responsabilità e non, invece, qualora la condotta fosse riferibile ad uno solo dei soggetti, non senza aver evidenziato come una responsabilità del rappresentante dell'ente controllante potesse essere esclusa ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 269/2003 qualora si fosse riferita la sanzione ad un « rapporto fiscale proprio » della controllante, fattispecie, questa, configurabile solo

Il d. lgs. 18 novembre 2005, n. 247, nel sostituire i co. 1 e 2 dell'art. 127 del Tuir, ha apprezzato il ruolo rivestito dall'ente controllante nell'esercizio dell'impresa di gruppo innovando la menzionata distinzione tra responsabilità individuali e solidali dell'ente controllante e della società controllata nei termini che seguono ^(15 bis).

1) *Responsabilità individuali*

a) L'ente controllante, in base all'art. 127, co. 1, lett. a), b) e c) del Tuir), è esclusivo responsabile (i) per le maggiori imposte ed interessi riferite al reddito complessivo risultante dalla dichiarazione consolidata di cui all'art. 122 del Tuir, (ii) per le sanzioni relative all'inadempimento degli obblighi connessi alla determinazione del reddito complessivo, (iii) per le somme (imposte e sanzioni) dovute in ragione del maggior reddito che avrebbe dovuto concorrere alla base imponibile di gruppo determinato in capo allo stesso ente controllante, reddito risultante dall'esercizio dei poteri di liquidazione della dichiarazione consolidata ex art. 36 bis, d.p.r. n. 600/1973, e di controllo della dichiarazione di ciascuna società controllata consolidata ex art. 36 ter del d.p.r. n. 600/1973.

b) La società controllata, ai sensi dell'art. 127, co. 2, lett. b), del Tuir è, invece, esclusiva responsabile per le somme (imposte e sanzioni) dovute in ragione del maggior reddito liquidato in capo alla stessa ex artt. 36 bis e 36 ter del d.p.r. n. 600/1973 il quale avrebbe dovuto concorrere alla base imponibile di gruppo, per le sole sanzioni irrogate a seguito di un accertamento in rettifica del proprio imponibile che, a sua volta, abbia concorso, in misura inferiore a quella dovuta, a formare quello consolidato e per tutte le sanzioni diverse da quelle relative all'omessa o parziale dichiarazione.

2) *Responsabilità solidali*

a) L'ente controllante, in virtù della lett. d) dell'art. 127, co. 1, del Tuir, è coobbligato solidale per una somma pari alla sanzione irrogata alla società controllata che ha commesso la violazione di cui alla lett. b) del successivo co. 2 e, cioè, la dichiarazione di un reddito inferiore o l'omessa dichiarazione del reddito da parte della società controllata, autore materiale della violazione.

b) La società controllata, in ragione dell'art. 127, co. 2, lett. a), del Tuir è, invece, coobbligata solidale con l'ente controllante per le sole maggiori imposte accertate e interessi (e non quindi, per le sanzioni) riferibili al reddi-

ammettendo, come pare, che il reddito consolidato e la relativa dichiarazione siano in realtà riferibili all'ente controllante.

^(15 bis) Cfr. VERSIGLONI, Sub art. 127, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, a cura di G. Tinelli, Padova, 2009, 1171 e ss.

to complessivo determinato a seguito del consolidamento in ragione della rettifica alla propria singola dichiarazione e per le maggiori imposte, interessi e sanzioni riferibili dovute a seguito del controllo della propria singola dichiarazione *ex artt. 36 bis e 36 ter* del d.p.r. n. 600/1973.

Il potere di gestione del controllante ne giustifica la responsabilità per le (maggiori) imposte derivanti dalle risultanze della dichiarazione consolidata nonché delle sanzioni per il mancato adempimento degli obblighi formali attinenti alla dichiarazione consolidata.

Poiché questo potere non è tale da annichilire le scelte della società controllata la quale attribuisce all'ente controllante valori imponibili determinati da sé medesima, sono coerenti con la premessa le regole (*i*) di irrogare alla controllata le sanzioni in ragione del ruolo materiale dalla stessa svolto nella determinazione del proprio imponibile, prevedendo una responsabilità solidale (dipendente) dell'ente controllante e (*ii*) di considerare la controllata stessa coobbligata solidale (dipendente) per le sole maggiori imposte derivanti da una rettifica della singola dichiarazione e nona che della singola dichiarazione di altra società controllata.

Alcuni profili di criticità appaiono presenti; tra questi si ricordano l'eventuale coinvolgimento della società controllata per eventuali sanzioni diverse da quelle correlate alla maggiore imposta derivante dalla rettifica dell'imponibile delle singole società controllate nonché l'avvenuta abrogazione del co. 3 dell'art. 127 del Tuir che prevedeva un beneficio di escussione a favore delle società controllate⁽¹⁶⁾.

Il legislatore tributario nel fissare all'art. 127 del Tuir responsabilità dirette (ovvero individuali) e solidali per maggior imposte accertate, sanzioni ed interessi implicitamente fissa i soggetti passivi dell'attività di accertamento distinguendo le ipotesi in cui l'ente controllante e la società controllata sono esclusivi destinatari dell'avviso e quelle in cui tali soggetti sono coinvolti in base alle regole della solidarietà.

L'avvenuta modifica dell'art. 127 del Tuir in un senso sostanzialmente coerente ad una configurazione in termini di autonomia dell'impresa di

⁽¹⁶⁾ In ordine al primo profilo la società controllata non può che essere responsabile di comportamenti ad essa riferibili quale autrice materiale dell'illecito; in ordine al secondo, la ricorrente presenza di una solidarietà dipendente sia dell'ente controllante che della società controllata avrebbe meglio espresso la relazione del soggetto sia con il presupposto che con la trasgressione se la responsabilità solidale dipendete fosse stata attenuata attribuendo tale beneficio.

Sulla disciplina della fase istruttoria precedente alla notifica dell'atto ed alla coesistenza di due uffici competenti si rinvia ancora a V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale*, cit., p. 1626.

gruppo e del potere di « comando » dell'ente controllante dovrebbe corrispondere, sul versante dell'accertamento e della notifica di atti impositivi, a regole tali da richiedere la notifica al solo soggetto responsabile nei casi di responsabilità individuali e la notifica di due distinti avvisi in quelli di responsabilità solidale ⁽¹⁷⁾.

Una penalizzazione, peraltro coerente con il ruolo rivestito, è quella che l'art. 127, co. 4, del Tuir individua nella perdita della rivalsa dell'ente controllante che non provveda alla tempestiva comunicazione della notifica di atti impositivi che possano dispiegare effetti nei confronti delle controllate ⁽¹⁸⁾ quali obbligati principali ⁽¹⁹⁾.

5. - *La disciplina dell'accertamento nel consolidato fiscale: dall'accertamento bifasico all'accertamento uniterio ex art. 40 bis del d.p.r. n. 600/1973.*

L'art. 40 *bis*, secondo comma del d.p.r. n. 600/1973 ⁽²⁰⁾, dedicato alla

⁽¹⁷⁾ Inoltre, emerge anche nella fase dell'accertamento la questione dell'eventuale coinvolgimento quale obbligato solidale di una società controllata in perdita, questione che sembra normativamente: poiché, infatti, il legislatore coinvolge solo quelle società controllate che avrebbero omesso di dichiarare redditi imponibili i quali, e dichiarati, avrebbero concorso a formare il reddito imponibile consolidato, nessun atto dovrà essere notificato a quelle società che siano in perdita nei periodi di imposta interessato dall'accertamento o dal controllo; analogamente si dovrebbe concludere per recuperi di imposta riferibili ad imponibili di altre controllate. Così M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, cit., p. 490.

⁽¹⁸⁾ Alla luce delle modifiche apportate all'originario assetto normativo tale notifica anche all'ente controllante di atti con effetti nei confronti anche della società controllata ed in ragione di comportamenti a questa riconducibili sarebbe limitata, da un lato, alla solidarietà dell'ente controllante per le sole sanzioni dovute dalla controllata per rettifiche in aumento effettuate sulla singola dichiarazione (art. 127, co. 1, lett. *d*), e co. 2, lett. *b*), del Tuir).

⁽¹⁹⁾ La mancata comunicazione potrebbe pregiudicare il pieno godimento del diritto di difesa della controllata laddove l'unico rimedio possibile fosse l'impugnazione della cartella di pagamento anche per vizi non propri ai sensi dell'art. 19, co. 3, del d. lgs. n. 546/1992; di qui, si era suggerito (V. FICARI, *Gruppo di imprese e consolidato fiscale* cit., p. 1626 ss.) l'opportunità, *de iure condendo*, di disporre la notifica dell'avviso al domicilio fiscale della controllata. Ne discende l'ulteriore opportunità di prevedere la trasmissione da parte delle società controllate di una comunicazione non solo alla controllante ma anche agli uffici finanziari nella quale rappresentare i valori destinati ad essere consolidati (così già F. GALLO, *Memoria*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 1661 ss.).

⁽²⁰⁾ Introdotto dall'art. 35, primo comma del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modifiche dalla L. 30 luglio 2010, n. 122 ed applicabile già ai periodi di imposta ancora accerabili alla data di entrata in vigore, cioè al 1° gennaio 2011. Cfr. per tutti DAMI, *I rapporti di*

« Rettifica delle dichiarazioni dei soggetti aderenti al consolidato nazionale », per gli accertamenti dal 1° gennaio 2011 dispone che:

– la rettifica « *del reddito complessivo proprio di ciascun soggetto che partecipa al consolidato* » è effettuata « *con un unico atto* » da notificarsi sia alla consolidante che alla consolidata;

– con tale unico atto è accertata « *la maggior imposta* » riferibile « *al reddito complessivo globale* » e sono irrogate le sanzioni;

– entrambe, alla stregua di coobbligate in solido, possono estinguere l'obbligazione pagando la somma accertata nell'avviso di accertamento unitario.

Ne discende, allora, una procedura nella quale le società appartenenti all'area del consolidamento riceveranno un unico atto.

Non si tratta, allora, di più avvisi di accertamento in ragione dei diversi gradi di determinazione ma di un unico avviso, al suo intero articolato in due parti:

– una, pregiudiziale, volta a rettificare la singola dichiarazione;

– e l'altra, consequenziale, volta a riportare gli effetti della rettifica in seno alla determinazione di un (eventuale) maggior reddito complessivo (o minore perdita complessiva) ⁽²¹⁾.

Si tratterebbe, quindi, di un assetto caratterizzato da un chiaro nesso di pregiudizialità/dipendenza tra la posizione di coobbligazione solidale della controllante e della controllata.

In questo senso comprensibile la disposizione di cui al quinto comma dell'art. 40 *bis* secondo cui « *l'accertamento del reddito complessivo globale può essere integrato o modificato in aumento, mediante la notificazione di nuovi avvisi in base agli esiti dei controlli* » sulla dichiarazione singolare: la reiterazione, entro i termini di decadenza, troverebbe logica giustificazione nel condizionamento quantitativo che le grandezze singolari operano sul reddito (o perdita) da consolidamento.

Dalla lettura dell'art. 40 *bis*, secondo comma del d.p.r. n. 600/1973 si

gruppo nel diritto tributario, cit., 146 e ss., nonché se si vuole, FICARI, *Holding, impresa di gruppo e consolidato: profili procedurali*, in pubblicazione in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012; BEGHIN, *Sub art. 40 bis*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie*, (a cura di F. MOSCHETTI), tomo II, 2011, 254 e ss.

⁽²¹⁾ Cfr. TINELLI, *Il « bilancio » consolidato fiscale nazionale nella disciplina Ires* in AA.VV., *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete* (a cura di Paparella), Milano, 2006, spec. 150 e ss.; BURELLI, *Sub art. 117* in AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. Tomo III. Tuir e leggi complementari*, cit., 6769 e ss.; A. TOMASSINI, *La responsabilità per imposte e sanzioni nel consolidato nazionale nella dinamica del procedimento di accertamento*, in *Rass. Trib.*, 2008, 375.

evinces, quindi, che la *holding*, quale consolidante, è coobbligata in solido con la consolidata nel pagamento della maggiore imposta che risulti dall'accertamento del maggior reddito complessivo *post* consolidamento.

In questo senso la controllante, al pari della controllata, può essere coinvolta per una rettifica del reddito complessivo che deriva da una rettifica di quello della controllata oppure di quello suo proprio ⁽²²⁾.

Tale eventualità, ovvero il rischio di accertamenti concorrenti e non necessariamente alternativi, discende dalla doppia gradazione nella determinazione del reddito consolidato, comporta una diversità nel titolo della responsabilità in quanto la controllante per il reddito complessivo rettificato nella parte in cui è condizionato dal reddito singolare della controllata opererebbe alla stregua di un sostituto, sebbene *sui generis*, mentre di obbligato esclusivo per la parte di sua spettanza e derivazione.

L'adozione con l'art. 40 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 di una procedura di accertamento unitaria sembra risolvere i problemi che, nella precedente versione, si ponevano nella parte in cui si ipotizzava una responsabilità solidale in via principale della controllante alla quale il pagamento doveva essere chiesto prioritariamente e solo dipendente sussidiaria della controllata.

Tale unico atto di accertamento, da notificarsi ad opera dell'Agenzia delle Entrate nella cui circoscrizione si trova il domicilio fiscale della consolidata, è in grado di produrre effetti sia nel rapporto che si riconduce all'accertamento di primo grado notificato alla singola società consolidata, sia essa la controllante o la controllata, sia a quello, dipendente, relativo al reddito consolidato così come ai rapporti riferibili alle parti coobbligate in solido a titolo principale e dipendente.

Nell'attuale assetto ovvero nel silenzio della legge sembrerebbe ipotizzabile escludere qualsiasi priorità nella chiamata al pagamento ⁽²³⁾ sebbene la circostanza che la genesi della maggior imposta (da rettifica della dichiarazione singolare o di quella di gruppo) non sia dallo stesso legislatore eliminata induca a ritenere, per logica, che sia chiamato per primo il soggetto il cui maggior reddito sia stato accertato.

Ne discende che l'avviso di rettifica del reddito della consolidata dovrà essere notificato anche alla consolidante in ragione della sua corresponsabilità alla stregua di un peculiare sostituto ⁽²⁴⁾ e, quindi, di un coobbligato dipendente ⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ PADOVANI, *Consolidato fiscale nazionale*, cit., 1231 e ss.

⁽²³⁾ Così PADOVANI, *Consolidato fiscale nazionale*, cit. 1226.

⁽²⁴⁾ PADOVANI, *Consolidato fiscale nazionale*, cit. 1233.

⁽²⁵⁾ RICCI, *La tassazione consolidata dei gruppi di società*, cit., 118 e ss.; nel senso che non

Resta evidente che nessuna iscrizione a ruolo potrà aver luogo se non preceduta dalla notifica di un previo accertamento in capo al soggetto del consolidamento che ne sia gravato ⁽²⁶⁾.

Un caso particolare può essere rappresentato dalla rettifica in capo alla consolidante di costi infragruppo ritenuti non inerenti dal momento che in tal caso l'incremento della base imponibile in capo alla società consolidata che avesse sostenuto il costo non necessariamente si accompagnerebbe ad un rettifica anche in capo alla società consolidante che avesse effettuato l'operazione laddove il costo eventualmente ribaltato fosse inerente all'impresa della consolidante e non a quella di gruppo ⁽²⁷⁾ o, invece, a quella di gruppo ma imputabile alla consolidante quale *holdig* ⁽²⁸⁾.

L'art. 40 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 individua un litisconsorzio necessario tra la *holding* e la consolidata ⁽²⁹⁾.

La scelta esplicita ammettendo, così, la sussistenza nel caso di specie della caratteristica che l'art. 14, primo comma del D.Lgs. n. 546/1992 considera propria di tale nesso ovvero che l'« *oggetto del ricorso riguarda inscindibilmente più soggetti* » di modo che tutti dovranno partecipare ad un unico processo e la controversia non potrà mai essere risolta limitatamente ad una sola parte.

Ciò conferma una ricostruzione dell'obbligazione tributaria conseguente alla determinazione del reddito complessivo secondo le regole di consolidamento e di dichiarazione fissate nell'art. 122 del Tuir in termini di pregiudizialità-dipendenza ⁽³⁰⁾.

La responsabilità della controllante è in via principale per il reddito complessivo ma questo è determinato, pro quota, da quello della controllata

si possa configurare nel consolidato una situazione di coobbligazione paritetica G. MARONGIU, *La responsabilità per i tributi e le sanzioni nel consolidato fiscale nazionale*, Tributi impresa, 2005, 1512 e ss.

⁽²⁶⁾ Così FRANSONI, *L'esecuzione coattiva a carico dei debitori diversi dall'obbligato principale*, in *Rass. trib.*, 2011, 835.

⁽²⁷⁾ Per un caso cfr. CTP Reggio Emilia 8 marzo 2010, n. 45 tra l'altro in *Rass. trib.*, 2010, 1391 e ss. con nota di PEPE, *Spunti sul divieto di doppia imposizione* ed in *Riv. dir. trib.*, 2011, II, 158 e ss. con nota di BURELLI, *Spunti di riflessione su erronea imputazione dei costi ed accertamento del reddito nel consolidato nazionale tra principio di inerenza, divieto di doppi imposizione ed effettività della capacità contributiva*.

⁽²⁸⁾ Interessanti osservazioni a riguardo in BURELLI, *Spunti di riflessione*, cit., 173 e ss.

⁽²⁹⁾ Peraltro per una tale ipotesi prima della innovazione sia consentito rinviare a quanto già osservato in FICARI, *Gruppo*, cit., 1626 e ss. cui si aggiungano, di recente le riflessioni di PADOVANI, *Consolidato fiscale nazionale*, cit., 1251 e ss.

⁽³⁰⁾ Così anche PADOVANI, *Consolidato fiscale nazionale*, cit., 1236 e ss. cui si rinvia per gli approfondimenti sistematici e comparativi.

consolidata; la responsabilità della controllata è solidale (principale) per quella parte del reddito consolidato che risulti condizionata dalla dichiarazione singolare.

Sebbene un coinvolgimento anche della controllante si noti solo nel giudizio relativo alla rettifica della dichiarazione della società consolidata controllata dal momento che l'accertamento di secondo grado relativo al reddito complessivo consolidato ha, per di più, valenza liquidativa dell'imposta cui sono tenute in solido le parti del consolidato⁽³¹⁾, è, però, vero che la natura progressiva della fattispecie non dovrebbe consentire di scindere i due giudizi.

Con l'introduzione dell'art. 40 *bis* il timore di giudizi separati sebbene con un contraddittorio integrato sia dalla controllante che dalla controllata ma con il rischio di giudicati diversi⁽³²⁾ vengono meno⁽³³⁾.

Dal punto di vista processuale è evidente che l'unitarietà dell'accertamento si accompagna ad un'ipotesi di litisconsorzio necessario⁽³⁴⁾.

Sul punto le indicazioni operative fornite dall'Agenzia delle Entrate⁽³⁵⁾ fissano alcuni criteri nell'ottica di migliorare l'efficienza dell'azione amministrativa nonché garantire una maggiore tutela del diritto di difesa dei contribuenti⁽³⁶⁾.

6. - *La disciplina dell'accertamento e delle sanzioni: solidarietà fra società « trasparente » e soci, misura della coobbligazione e vicende degli atti.*

Ai sensi degli artt. 115, co. 8, e 116 del Tuir 22 dicembre 1986, n. 917 la società partecipata è solidalmente responsabile con i singoli soci « per l'imposta, le sanzioni e gli interessi conseguenti all'obbligo di imputazione del reddito »⁽³⁷⁾.

La ricostruzione del rapporto fra l'esercizio di un'attività economica da

⁽³¹⁾ PADOVANI, *Consolidamento fiscale nazionale*, cit., 1252-1255.

⁽³²⁾ Su tali rischi vedi PADOVANI, *Consolidato fiscale nazionale*, cit., 1257 e ss.

⁽³³⁾ In ordine alle problematiche relative alla procedura di accertamento di adesione *ex art. 9 bis*, del D.Lgs. n. 218 del 1997 nell'ambito della *holding*, cfr. FICARI, *Holding, impresa di gruppo e consolidato: profili procedurali*, di prossima pubblicazione in VERSIGLIONI, *Sub art. 9 bis*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie*, (a cura di F. MOSCHETTI), tomo II, 2011, 467 e ss.

⁽³⁴⁾ In tal senso già M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, cit., p. 490. Cfr., comma 2, art. 40 *bis*, d.p.r. n. 600/1973.

⁽³⁵⁾ Circ. Agenzia delle Entrate, 6 giugno 2011, n. 27/E.

⁽³⁶⁾ Circ. Agenzia delle Entrate, 15 febbraio 2011, n. 4/z. Par. 15.

⁽³⁷⁾ La società partecipata potrebbe, allora, tramite apposito accantonamento, creare un fondo per tale rischio la cui deducibilità fiscale resta tutta da verificare alla luce degli artt. 106 e 107 e del numero chiuso che li caratterizza *ex art. 107*, ult. co., del Tuir.

parte di una società di capitali nella forma richiesta dagli artt. 115 e 116 del Tuir e l'opzione per imputazione al socio del reddito prodotto a prescindere dalla delibera di distribuzione dei dividendo senza dubbio attenua l'enfasi del ruolo determinante dell'organizzazione societaria come esclusivo centro di imputazione dell'attività esercitata dalla società e conseguente destinatario dell'attività di accertamento⁽³⁸⁾; l'attenuazione valorizzerebbe a ragione, seppur previa scelta del contribuente, il potere organizzativo e decisionale dei soci nelle tipologie societarie menzionate e, dunque, permetterebbe di comprendere, al fine della loro disciplina, fenomeni nei quali, per quanto con la mediazione degli organi sociali, il potere di dominio del socio di maggioranza *ex artt.* 115 Tuir indica una tendenziale immedesimazione con l'ente partecipato al pari di quanto accade nell'ipotesi disciplinata dall'art. 116 Tuir laddove l'immedesimazione è desunta dalla natura soggettiva dei soci.

La disciplina sembra dar conto anche nelle regole della fase attuativa dell'obbligazione tributaria – e, in specie, della responsabilità delle sanzioni e dell'accertamento – della peculiarità di una fattispecie nella quale lo svolgimento dell'attività economica dal quale deriva il « risultato » (sia esso positivo o negativo in termini di incremento reddituale o di realizzazione di una perdita) da imputarsi e la riferibilità del medesimo al socio al fine dell'applicazione dell'imposta si scindono in diversi centri di imputazione; in tale complessità, la società trasparente conserva rilevanza come centro di imputazione degli effetti dell'attività economica – dalla quale deriva, a seguito della determinazione del reddito di impresa, il risultato imputato – in sede di accertamento e di irrogazione di sanzioni.

Dall'*iter* con il quale si giunge alla liquidazione ed al versamento dell'imposta da parte del socio di una società trasparente si desume che la società di capitali trasparente è tenuta a determinare il reddito di impresa da imputarsi per trasparenza e a dichiararlo, assolvendo, così ad obblighi prodromici rispetto a quelli di dichiarazione e liquidazione da parte del socio cui sia imputato pro quota per trasparenza il reddito prodotto dalla società.

A fronte di una fattispecie che si atteggia come a formazione progressiva si individua:

– una situazione di pregiudizialità/dipendenza nel rapporto tra determinazione/dichiarazione da parte della società e dichiarazione/liquidazione da parte del socio;

⁽³⁸⁾ Cfr. P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996, spec. p. 275 ss., nonché, se si vuole, FICARI, *Sub artt. 115 e 116*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, a cura di G. TINELLI, Padov, 2009, 1105 e ss.

– un regime di solidarietà dipendente ed affatto paritetica ⁽³⁹⁾.

Le concrete modalità di determinazione del reddito, prima, e di imputazione dello stesso, poi, fanno ritenere necessaria la distinzione fra obbligazioni esclusive della società e del socio.

La società partecipata dovrebbe rispondere in via principale di quelle omissioni o irregolarità che hanno condizionato l'esattezza della dichiarazione e liquidazione effettuata dal socio ma non essere affatto responsabile, almeno rispetto ad esigenza di coerenza alla ricostruzione del presupposto sopra effettuata, per quelle omissioni o irregolarità che non siano affatto indotte e condizionate dal comportamento commissivo od omissivo della società.

Se, da un lato, è da subito apparso chiaro che tale responsabilità fosse, ovviamente, circoscritta alle imposte per i soli redditi imputati per trasparenza e non ad altri redditi formanti quello complessivo del socio persona fisica, dall'altro, la diversità dei centri di imputazione di effetti in ragione dei diversi diritti/obblighi della società e dei soci rendeva necessario un chiarimento. Il coinvolgimento della società « trasparente » sarebbe, allora, a titolo di responsabilità di imposta *ex artt.* 64 del d.p.r. n. 600/1973 dal momento che essa risponderebbe assieme al socio per fatti o situazioni esclusivamente riferibili a questi con diritto di rivalsa.

L'art. 115 del Tuir dispone la solidarietà della società con il socio e, dunque, ipotizza l'aggregabilità del patrimonio della società, diversamente da quanto accade nella trasparenza delle società di persone; in ordine alla questione se si tratti di due coobbligati paritetici oppure di uno, il socio, obbligato principale e l'altro, la società, obbligato dipendente e se sia necessario distinguere responsabilità esclusive dell'uno e dell'altra, l'art. 13, co. 1, ultimo periodo del d.m. 23 aprile 2004 ⁽⁴⁰⁾ chiarisce quando il regime di solidarietà della società non si applica ed il singolo socio resta l'unico obbligato ⁽⁴¹⁾ e, quindi, che l'ambito della solidarietà della società di cui all'art. 115

⁽³⁹⁾ P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires*, cit., p. 327.

⁽⁴⁰⁾ In termini confermativi nella Circolare 22 novembre 2004, n. 49/E, dell'Agenzia delle Entrate.

⁽⁴¹⁾ Ovvero in caso di: *a*) omessa o parziale dichiarazione da parte del socio (nel qual caso l'Amministrazione finanziaria può procedere ai sensi dell'art. 41 *bis* del d.p.r. n. 600/1973 ad un accertamento parziale) purché, ovviamente, la società trasparente abbia trasmesso al socio quanto necessario ad assolvere gli obblighi; *b*) omesso o carente versamento dell'imposta da parte del socio.

Il coinvolgimento della società « trasparente » quale coobbligato solidale nell'ipotesi *sub b*) è logicamente conseguente al ruolo rivestito dalla stessa nella determinazione del reddito evidentemente condizionante l'esatto adempimento sia formale che sostanziale da parte del socio.

del Tuir è circoscritto all'inadempimento del socio causato da omissioni o irregolarità imputabili alla società per imposte e sanzioni.

Ai sensi dell'art. 115, co. 10, si applica la procedura di accertamento *ex* artt. 40, co. 2, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, ovvero la rettifica della dichiarazione con un unico atto di accertamento al pari di quanto accade per le società di persone; l'unicità dell'accertamento richiamata dall'art. 115, co. 10, del Tuir si esprime nella necessità della notifica dell'avviso di accertamento sia alla società trasparente che al singolo socio in coerenza con la configurazione del presupposto sopra accolta e nei limiti di cui alla pregiudizialità/dipendenza in precedenza definita tra comportamento commissivo/omissivo della società e responsabilità del socio.

La circoscrizione dell'ambito della responsabilità solidale sopra individuato sembra dimostrare come la pluralità di soggetti coinvolti nella fase di attuazione dell'obbligazione non rappresenta un elemento caratterizzante la disciplina in quanto si individuano responsabilità anche singolari.

La responsabilità del socio sarà, infatti, esclusiva in ordine alle imposte dovute per un reddito, però, correttamente determinato dalla società di capitali « trasparente » e, quindi, imputato per trasparenza.

La pluralità resta, invece, conservata nel regime di solidarietà della società con il socio, per quelle sole omissioni che derivano dalla mancata o infedele dichiarazione del reddito societario dovute alla sola società trasparente ma condizionanti la misura della base imponibile e dell'imposta che il socio dovrebbe dichiarare e versare: non è, infatti, trascurabile il ruolo rivestito dalla società nella determinazione e nella dichiarazione del reddito complessivo successivamente imputato per trasparenza pro quota ai soci dal momento che le risultanze della dichiarazione della società trasparente possono essere considerate un elemento pregiudicante con valenza non solo informativa (come si desume dall'art. 8, co. 6, del d.m. ove si dispone che nella dichiarazione al società partecipata debba fornire indicazioni sull'ammontare e distribuzione delle riserve e di redditi imputati ai soci per trasparenza) ma anche sostanziale.

A fronte dell'avvenuta opzione per la trasparenza l'avviso di accertamento dovrebbe essere notificato

a) solo alla società nei casi in cui si contesti l'omessa o parziale dichiarazione del reddito complessivo poi imputato

b) sia alla società che al socio nei casi in cui si contesti la determina-

Pertanto, poiché l'imposta in questi termini sarebbe dovuta dal socio il pagamento da parte della società legittimerebbe questa ad agire in rivalsa per l'intero.

zione del reddito imputato oppure un reddito non dichiarato e non imputato

b) solo al socio nei casi in cui si contesti l'omessa o parziale dichiarazione e l'omesso o parziale versamento dell'imposta: la notifica alla società discende dalla funzione da questa svolta in punto di determinazione; se così è l'avviso dovrà riguardare, però, solo e necessariamente il contenuto della dichiarazione e la determinazione del reddito imponibile o delle perdite trasmissibili in base alle regole della trasparenza ⁽⁴²⁾.

La differenza di contenuto degli avvisi risiederebbe non nella motivazione ma nella liquidazione dell'imposta ⁽⁴³⁾.

Se così è, gli artt. 115 e 116 configurerebbero una coobbligazione solidale dipendente avente la funzione non solo di garantire la soddisfazione del credito erariale ⁽⁴⁴⁾ ma di rispettare il rapporto tra la determinazione dell'utile/reddito di impresa e l'entità del risultato imputato al socio per trasparenza; la società verrebbe coinvolta quale coobbligato per le conseguenze dei comportamenti (commissivi e/o omissivi che siano) che abbiano condizionato la posizione del socio senza che questo abbia potuto intervenire in ragione dell'automatismo del meccanismo della trasparenza.

⁽⁴²⁾ La paternità della dichiarazione renderebbe la società, in particolare, il primo ma non l'unico soggetto in grado di contestare una pretesa impositiva che riguardi gli esiti dell'impresa sociale (così per le società di persone P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, cit., p. 293) rappresentati nella dichiarazione tributaria; ciò in ragione, da un lato, del più volte menzionato potere organizzativo, dominio della gestione ed apprensione del risultato da parte dei soci e, dall'altro, di uno degli effetti tipici della trasparenza ovvero della tassazione del reddito in capo al socio a seguito della mera opzione per la trasparenza (e, quindi, a prescindere dalla delibera di distribuzione) consegua alla previa determinazione effettuata dalla società partecipata.

Pertanto, laddove la rettifica non concerna solo inadempimenti del socio, il rinvio operato all'art. 40, co. 2, del d.p.r. n. 600/1973 dovrebbe evocare una procedura unitaria nella quale alla necessaria notifica alla società di un avviso « unitario » (*rectius* globale) – corrisponda quella al socio di un avviso « singolare ».

Qualora si escludesse la notifica di un avviso di accertamento « derivato » e « parziale » anche ai soci con la descrizione delle grandezze complessive rettificata al fine di permettere a ciascuno di contestare nel merito, seppur per la sua quota parte, la diversa ricostruzione globale del Fisco l'unico mezzo di effettiva tutela sarebbe l'impugnazione della cartella di pagamento denunziandone la mancata previa notifica dell'avviso ai sensi dell'art. 19, co. 3, del d. lgs. n. 546/1992.

⁽⁴³⁾ Nel senso che l'avviso notificato al socio (di una società di persone) debba contenere le ragioni e le motivazioni dell'accertamento effettuato in capo alla società vedi Cass., sez. trib., 24 marzo 2003, n. 4271.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. P. Russo, *I soggetti passivi dell'Ires e la determinazione dell'imponibile*, cit., p. 327.

Si delinea, pertanto, una « dipendenza » nella quale la pregiudizialità non opera fra fattispecie distinte ma all'interno di una stessa fattispecie nella quale la società ed il socio concorrerebbero quali centri di imputazione diversi alla realizzazione di un unico presupposto ⁽⁴⁵⁾ e, quindi, entrambi destinatari dell'avviso.

L'ipotesi di una contestuale notifica alla società ed al socio evoca, peraltro, questioni già note in materia di società di persone in ordine all'applicabilità dell'estensione del giudicato favorevole ad uno dei coobbligati *ex* artt. 1306 del c.c., estensione che, nel caso di specie, potrebbe essere più agevole in virtù dell'espresso regime di solidarietà (dipendente).

In caso di accertamento « unitario » *ex* artt. 40 del d.p.r. n. 600/1973 notificato alla società ma non anche al socio, l'eventuale passaggio in giudicato della sentenza sfavorevole notificata alla sola società avrebbe la conseguenza di non rendere più contestabile la rideterminazione del reddito imponibile poi imputato in ragione della sopra esposta dipendenza del reddito del socio da quello complessivo della società; l'effetto pregiudizievole non si dispiegherebbe qualora il socio, a sua volta destinatario di un avviso, fosse legittimato all'impugnazione ed ottenesse sentenza favorevole.

Di qui la necessità di assicurare tutela all'effettività della capacità contributiva del socio stesso, capacità che sarebbe rispettata solo a condizione di far corrispondere il reddito (o la perdita) imputata a quanto dichiarato e di sollevare il socio dagli eventuali effetti pregiudizievoli delle vicende dell'accertamento sul dichiarato dalla società nel caso in cui questa non si opponesse alla rettifica ⁽⁴⁶⁾.

L'avviso singolarmente notificato al socio avrebbe una funzione non meramente liquidativa ma propriamente accertativa ⁽⁴⁷⁾ di modo che i giudizi,

⁽⁴⁵⁾ Si è evidenziato (P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, cit., p. 277, e nota 2) come il nesso di pregiudizialità/dipendenza sia proprio di fattispecie distinte sebbene connesse e non di una fattispecie unica seppur complessa come quella propria della produzione e di imputazione per trasparenza del reddito delle società di persone per la quale si dovrebbe più propriamente richiamare uno schema di « successione/dipendenza » che esprima un collegamento solo fra atti e non fra rapporti.

⁽⁴⁶⁾ La solidarietà dipendente del socio dovrebbe essere limitata alla quota di reddito imputata se non, addirittura, corredata dal beneficio di previa escussione nei confronti dell'azione dell'ufficio e del diritto di rivalsa nei confronti di responsabilità tra soci: la quota di partecipazione rappresenta, infatti, la misura del concorso del socio alla produzione del risultato ovvero il tenore del potere di dominio del socio nella società trasparente.

⁽⁴⁷⁾ Sulla natura liquidatoria dell'avviso notificato ai soci di una società di persone se non erriamo, invece, vedi P. RUSSO, *Processo tributario*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXXVI, 1987, p. 766 e, più di recente, P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, cit., p. 306; *contra* a favore della

se non riuniti, saranno fra loro indipendenti e di talché, ad esempio, l'inammissibilità o la definitività dell'uno non condizionerà quella dell'altro ⁽⁴⁸⁾.

Se a fronte di una pluralità di atti impositivi notificati sia alla società che ai soci seguisse un pari numero di contenziosi distinti vi sarebbe il rischio di sentenze contraddittorie: il rischio sarebbe evitabile con la riunione dei processi oppure con il litisconsorzio necessario nel giudizio sull'avviso di accertamento unitario *ex artt.* 14 del d. lgs. n. 546/1992 il quale ovvierebbe anche all'eventuale mancata impugnazione da parte dei soci degli avvisi loro notificati ⁽⁴⁹⁾.

B) Sotto il profilo sanzionatorio si richiamano le osservazioni in precedenza effettuate con riguardo la regime di solidarietà disposto dall'art. 115, co. 8, del Tuir per l'imposta e dall'art. 13, co. 1, del d.m. 23 aprile 2004 pur con alcune dovute integrazioni: la ricostruzione del fenomeno qui proposta in termini di pluralità di centri di imputazione all'interno di una fattispecie complessa ma unitaria induce, infatti, ad escludere la configurazione di un concorso di persone *ex artt.* 9 del d. lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 poiché le violazioni di cui si tratta sarebbero distinte ed affatto riconducibili ad un comportamento che dovrebbe essere adottato collettivamente ovvero da più soggetti.

Nonostante il dettato legislativo non contempi espressamente alcuna di-

natura pienamente accertativa già TREMONTI, *Imposizione e definitività*, Milano, 1977, p. 462 ss.; ID., *Ancora sull'accertamento « unitario » dei redditi delle società di persone*, in *Dir. prat. trib.*, 1979, I, p. 883 ss.; F. TESAURO, *L'avviso di accertamento unitario dei redditi delle società di persone*, in *Boll. Trib.*, 1979, p. 438.

Condivisibile, quindi, la posizione di G. FRANSONI, *Giudicato tributario e attività dell'amministrazione finanziaria*, Milano, 2001, p. 358 ss., il quale propone di indirizzare l'attività di accertamento alla società (di persone) trasparente per la sola acquisizione dei dati e ai soci per la determinazione dell'imponibile e dell'imposta.

⁽⁴⁸⁾ Così in materia di società di persone già Cass., sez. trib., 25 ottobre 2004, n. 20651; Idem, 27 febbraio 2002, n. 2899; Idem, 11 ottobre 2002, n. 14498.

La possibile definitività di quanto dichiarato dalla società e poi imputato per trasparenza a seguito della mancata impugnazione dell'avviso di accertamento notificato alla società non dovrebbe pregiudicare per il socio che abbia dichiarato quanto determinato, prima ed imputato, poi l'azione nel merito della pretesa avendo lo stesso concorso alla fattispecie complessa con la società; parimenti, si deve ammettere che al caso di specie siano applicabili le favorevoli regole dell'estensione al coobbligato solidale del giudicato favorevole ad altro coobbligato *ex art.* 1306 del c.c.

⁽⁴⁹⁾ La soluzione è indicata, tra gli altri, pur da diverso presupposto concettuale, anche da P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, cit., pp. 301 e 305, ma, prima, da P. RUSSO, *Processo tributario*, cit., p. 765, cui aderisce L. CASTALDI, *Litisconsorzio ed intervento*, in AA.VV., *Il nuovo processo tributario* (a cura di Baglione-Meschini-M. Miccinesi), Milano, 1997, p. 135. *Contra* G. FRANSONI, *Giudicato tributario*, cit., p. 354.

stinzione⁽⁵⁰⁾, anche in ragione del principio di personalità della sanzione *ex artt.* 2 e 4 del d. lgs. n. 472/1997 sembra fondato assumere come esclusiva la responsabilità (*i*) del socio per le omissioni relative alla dichiarazione del proprio imponibile ed alla liquidazione e versamento della relativa imposta così come (*ii*) della società in tutti i casi in cui il contenuto e la presentazione della dichiarazione societaria abbia pregiudicato quella dei soci⁽⁵¹⁾ per il condizionamento che l'utile societario e le variazioni fiscali esercitano, nella misura della quota reddituale, sul reddito imponibile del socio.

Si aggiunga che l'erronea dichiarazione effettuata dal socio sarebbe in realtà causata da un comportamento della società che potrebbe aver indotto in errore il socio stesso⁽⁵²⁾; di qui l'applicabilità dell'art. 10 del d. lgs. n. 472/1997 ai sensi del quale la trasgressione è imputata all'autore non materiale (il socio) ma mediato (la società) dell'illecito.

Se ne desume, allora, una valida argomentazione per escludere il coinvolgimento dei soci e della società in situazioni di coobbligazione solidale soprattutto se prive nella previsione legislativa di alcuna azione di rivalsa⁽⁵³⁾.

Si aggiunga a favore di una distinzione fra responsabilità per « fatto proprio » e per « fatto altrui » come la menzionata disciplina ben possa essere interpretata anche alla luce dell'art. 7 della legge 24 novembre 2003, n. 326 il quale stabilisce che le sanzioni « relative al rapporto fiscale proprio di socie-

⁽⁵⁰⁾ Secondo A. FANTOZZI-SPOTO, *Prime osservazioni*, cit., p. 695, sarebbe, comunque, ingiustificata l'estensione della responsabilità solidale della società partecipata anche alle sanzioni alla luce dell'eventualità che questa abbia effettivamente distribuito ai soci tutto il reddito imputato per trasparenza; sotto questo profilo L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, cit., p. 1517 ss., evidenzia un possibile difetto di delega. Per l'esclusione del litisconsorzio tra soci e società di persone se il ricorso è sulle sole sanzioni, cfr. Cass., sez. trib. 10 settembre 2009, n. 19456, in *Riv. giur. trib.*, 2010, 615 con nota di G. SCANN, *Sanzioni per infedele dichiarazione. Definitività dell'accertamento unitario e litisconsorzio necessario*.

⁽⁵¹⁾ Vedi P. BORIA, *Il principio di trasparenza*, cit., p. 281 ss.

⁽⁵²⁾ Impedendogli, ad esempio, di conoscere le ragioni di talune scelte condizionanti l'esistenza e la misura dell'utile.

⁽⁵³⁾ Per garantire analogo risultato in termini di tutela dell'effettività (non solo della capacità contributiva) ma anche dell'integrità patrimoniale in sede di responsabilità da sanzione, l'avviso di irrogazione notificato sia alla società che al socio assieme all'accertamento delle imposte e degli interessi potrebbe essere ritenuto funzionale (anche) alla dimostrazione da parte del socio del comportamento omissivo o commissivo della sola società « trasparente » e, quindi, dell'assenza di qualsiasi colpa richieste quale condizione di imputabilità dell'illecito *ex art.* 5 del d. lgs. n. 472/1997 (su cui cfr. Cass., sez. trib., 23 gennaio 2004, n. 1198).

In particolare, l'art. 5, co. 2, del d. lgs. n. 472/1997 seppur con riguardo ad una situazione solo simile prevede che in assenza di dolo o colpa grave la sanzione non possa essere eseguita nei confronti dell'autore rappresentante legale o amministratore che non abbia tratto alcun vantaggio dalla condotta mentre per intero in capo alla società.

tà o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica»: tutto ciò a condizione di individuare una serie di obblighi della sola società partecipata trasparente che possa configurare un « rapporto fiscale proprio » della medesima e non dei soci ⁽⁵⁴⁾.

7. - *Segue. Cenni ai profili processuali dell'accertamento dei redditi dei soci di società trasparenti.*

La presenza di una fattispecie plurisoggettiva nell'accertamento dei maggiori redditi prodotti da società (anche) di capitali trasparenti in capo ai soci pone anche nel caso delle società di capitali una serie di questioni attinenti sia alla legittimazione attiva che agli effetti delle vicende processuali degli eventuali due giudizi incardinati (quello da parte della società e quello da parte del socio) in ordine all'eventuale necessità di una sospensione o di un litisconsorzio e all'efficacia di un possibile giudicato.

In termini essenziali si evidenzia una recente e diffusa attenzione della giurisprudenza ⁽⁵⁵⁾ per le menzionate questioni con esiti non ancora consolidatisi a fronte di una sistemazione dell'oggetto del processo tributario tendente ad abbandonare una visione circoscritta alla mera impugnazione dell'atto impositivo per approdare ad una ricostruzione maggiormente attenta ai confini del rapporto giuridico di imposta.

La prospettiva processuale dell'accertamento di maggiori imposte sul reddito « riferibili » all'impresa esercitata dalla s.r.l. laddove questa sia assoggettata al regime opzionale della trasparenza si incentra, in particolare, sul rischio che due giudici diversi l'uno se la società abbia un maggior reddito e l'altro se l'imponibile dei soci della società trasparente sia superiore a quello dichiarato e sull'incertezza se il giudicato intervenuto sulla controversia instaurata dalla società condizioni in modo intangibile quella instaurata dal socio con il rischio, del tutto da evitare, che un socio possa essere tenuto a pagare imposte per la semplice ragione che la società abbia perduto il (o non abbia resistito in giudizio) alla pretesa di un maggior reddito societario poi imputato per trasparenza.

Le risposte, ovviamente, dipendono dal significato che si riconosce alla

⁽⁵⁴⁾ Sulla difficoltà di individuare il « rapporto fiscale » MURCIANO, *La « nuova » responsabilità amministrativa tributaria delle società e degli enti dotati di personalità giuridica: l'art. 7 del d.l. n. 269/2003*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 667 ss.; più in generale F. GALLO, *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 11 ss.

⁽⁵⁵⁾ Su cui si rinvia a FICARI, *L'evoluzione delle vicende processuali dei rapporti fra soci e società trasparenti*, in *Rass. Trib.*, 2007, p. 1132 ss. anche per indicazioni dottrinali

scissione, tipica dei regimi (opzionali o legali che siano) della trasparenza, tra soggetto obbligato alla dichiarazione cui si imputa l'attività esercitata dall'organizzazione e soggetti obbligato al pagamento in ragione dell'imputazione degli effetti reddituali dell'impresa; l'individuazione del (vero) soggetto passivo dell'imposta dipende, infatti, dalla prevalenza o meno del momento della produzione e della dichiarazione del risultato della produzione ad opera della società trasparente rispetto a quello dell'imputazione del medesimo al socio.

Laddove si enfatizzasse il momento della produzione ed il ruolo della società nella dichiarazione, le vicende del processo instaurato da questa avrebbero una valenza primaria e pregiudicante; in senso diverso, laddove si sottolineasse il potere appropriativo e dispositivo del (maggior) reddito societario da parte del singolo socio, gli effetti preclusivi delle vicende processuali dell'avviso globale si dovrebbero necessariamente attenuare al punto da imporre, quantomeno, l'obbligo di notifica dell'avviso sul maggior reddito societario anche ai singoli soci se non, addirittura, il ricorso ad istituti già noti quali la riunione dei processi, la sospensione necessaria del processo instaurato dal socio, il litisconsorzio necessario del socio nel processo instaurato dalla società e la valenza esterna del giudicato ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ Sui diversi orientamenti giurisprudenziali si veda sempre a FICARI, *L'evoluzione delle vicende processuali dei rapporti fra soci e società trasparenti*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1132 ss., cui si aggiunga, nel senso dell'efficacia pregiudicante del giudicato interventivo nel giudizio sul reddito societario, Cass., 15 giugno 2007, n. 14102, in *Boll. trib.*, 2006, 1097.