

LA RIVISTA DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE

Mensile di approfondimento dedicato alla gestione straordinaria di imprese e società

Diritto e società

La cessione di azienda con riserva di proprietà

Valerio Sangiovanni 2

Tributi e accertamento fiscale

La disapplicazione dei limiti di riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione tra società appartenenti al consolidato fiscale

Fabio Giommoni 12

Participation exemption: rilevano i criteri attuali (anche per il passato) nella verifica della “residenza fiscale” della società partecipata

Angelo Ginex 23

L'onere della prova nell'abuso del diritto: tra norma e dimostrazione

Gianfranco Antico 33

Adempimenti e procedure

La rilevanza fiscale “condizionata” della correzione degli errori contabili

Gianluca Cristofori e Fabrizio Ricci 41

Identificazione del destinatario dei beni in regime di *call off stock* e sua sostituzione

Marco Peirola 50

La cessione di azienda con riserva di proprietà

Valerio Sangiovanni – avvocato e Rechtsanwalt

Oggetto di questo articolo è la cessione di azienda sotto un profilo particolare: quando il venditore si è riservato la proprietà dell'azienda medesima. Vengono dunque in considerazione molteplici istituti: l'azienda, la sua cessione e la riserva di proprietà. Si tratta di una figura abbastanza ricorrente nella prassi, in quanto il venditore vuole assicurarsi che - se non viene pagato il corrispettivo - i beni componenti l'azienda rimangano in sua proprietà.

Azienda e cessione di azienda

Anzitutto bisogna comprendere cosa si intenda con “azienda”. Il Legislatore ne dà una definizione espressa stabilendo che “l'azienda è il complesso dei beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa” ([articolo 2555](#), cod. civ.).

Come qualsiasi bene, anche l'azienda può essere venduta. Nella prassi si usa l'espressione di “cessione” al posto di quello di “vendita” di azienda, ma si tratta di una differenza solo terminologica.

La cessione di azienda viene usualmente distinta dalla cessione di partecipazione:

1. nel primo caso vengono ceduti dei beni (o meglio: un complesso di beni);
2. nel secondo caso vengono cedute quote o azioni di una società.

La cessione di azienda è disciplinata pochissimo nel nostro ordinamento. L'[articolo 2556](#), comma 1, cod. civ. prevede che “i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà ... dell'azienda devono essere provati per iscritto, salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda”. Peraltro, “i contratti ... in forma pubblica o per scrittura privata autenticata ... devono essere depositati per l'iscrizione nel Registro Imprese, nel termine di 30 giorni, a cura del notaio rogante o autenticante” (comma 2 dell'articolo 2556, cod. civ.).

Al di là di questa disposizione sulla forma e di quella sul divieto di concorrenza (successivo [articolo 2557](#), cod. civ.), non ci sono norme particolari sulla compravendita di azienda. Trovano peraltro applicazione le disposizioni generali sulla compravendita.

Nell'ambito di una compravendita, non è necessario che il prezzo venga pagato contestualmente al trasferimento della proprietà: esso può essere pagato anche in un momento anteriore oppure in un momento successivo. Se il prezzo viene pagato in tutto o in parte dopo l'atto di cessione, il venditore rischia in quanto non ha più la titolarità dell'azienda, ma non ha finora ricevuto – almeno in modo completo - il corrispettivo.

Per ovviare a questo rischio può essere pattuito che la compravendita dell'azienda avvenga con riserva di proprietà¹. Trova così applicazione l'[articolo 1523](#), cod. civ., secondo cui *“nella vendita a rate con riserva della proprietà, il compratore acquista la proprietà della cosa col pagamento dell'ultima rata di prezzo, ma assume i rischi dal momento della consegna”*.

La vendita con riserva di proprietà presenta vantaggi sia per il cedente sia per il cessionario:

1. per quanto riguarda il cedente, esso rimane proprietario dell'azienda fino all'integrale pagamento del prezzo;
2. per quanto riguarda il cessionario, questi paga il prezzo nel corso del tempo. I proventi dell'attività aziendale servono così a pagare, un po' alla volta, il corrispettivo al venditore.

Il mancato pagamento del prezzo nella cessione d'azienda

La giurisprudenza ha avuto diverse occasioni di occuparsi di inadempimento del contratto di cessione d'azienda. Se l'inadempimento dell'acquirente è grave, il cedente può chiedere la risoluzione del contratto, con i conseguenti effetti restitutori. L'[articolo 1458](#), comma 1, cod. civ., prevede che *“la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti”*.

Quali sono gli effetti restitutori conseguenti alla risoluzione? Al riguardo bisogna distinguere la posizione del venditore da quella dell'acquirente:

1. per quanto riguarda il venditore, questi dovrà restituire il prezzo pagato (o le rate del prezzo pagato);
2. per quanto riguarda l'acquirente, questi dovrà restituire l'azienda.

Volendo esaminare qualche decisione giurisprudenziale, si può anzitutto segnalare una decisione del Tribunale di Milano, concernente un contratto di cessione d'azienda costituita da un bar e da un ristorante². Fra le parti veniva pattuito il corrispettivo di complessivi 265.000 euro per la cessione. La clausola sui tempi di pagamento era articolata, prevedendosi contrattualmente che il corrispettivo sarebbe stato pagato come segue:

¹ Sulla cessione di azienda con riserva di proprietà: cfr. G. Aricò, *“Clausole in tema di cessione di azienda con riserva della proprietà”*, in Notariato, 1999, pag. 471 e ss.; M. Damiani, *“La risoluzione del contratto di cessione d'azienda con patto di riservato dominio”*, in Corriere tributario, 2017, pag. 285 e ss.; V. Mastroiacovo, *“Mutuo dissenso nella cessione di ramo d'azienda con riserva di proprietà”*, in Corriere tributario, 2015, pag. 1152 e ss.

² Tribunale di Milano, 30 ottobre 2020, in giurisprudenzadelleimprese.it.

- 38.229,15 euro all'atto della stipula del contratto (28 ottobre 2009);
- 70.000 euro entro il 10 dicembre 2009;
- i restanti 156.770,85 euro a mezzo di 43 cambiali con scadenza mensile, ciascuna di 3.645,83 euro (da novembre 2009 a maggio 2013).

In astratto si tratta di una buona pattuizione, poiché essa consente all'acquirente – con un esborso contenuto all'inizio – di proseguire subito l'attività prima svolta dal cedente. Man mano che l'attività prosegue, con il ricavato viene pagato il saldo prezzo, nell'arco di tempo previsto per il pagamento a rate. I pagamenti a rate hanno questa funzione di agevolazione finanziaria, nel senso di dilazione nel futuro dell'obbligo di pagare il prezzo.

Nella realtà affrontata dal Tribunale di Milano, tuttavia, la vicenda prende un'altra piega. Difatti l'acquirente paga sì il primo importo per intero, ma paga il secondo importo solo in parte e paga alcune soltanto delle cambiali. Complessivamente l'acquirente paga circa la metà del prezzo pattuito. Il venditore agisce allora in giudizio contro l'acquirente, chiedendo la risoluzione del contratto di cessione di azienda. Il Tribunale di Milano si chiede in primo luogo se l'inadempimento sia grave. Considerato che la parte mancante di prezzo ammonta a circa il 50% del corrispettivo, il giudice milanese reputa senz'altro soddisfatto il requisito del grave inadempimento. In conclusione, il Tribunale di Milano, accertato l'inadempimento dell'acquirente in ordine all'obbligo del pagamento del prezzo previsto nel contratto di cessione, dichiara la risoluzione del contratto per causa imputabile all'acquirente.

Anche il Tribunale di Genova si è occupato di inadempimento dell'acquirente all'obbligo di pagare al cedente il prezzo di cessione dell'azienda³. Viene concluso un contratto di cessione di azienda fra 2 società, con riserva della proprietà. Il prezzo complessivo pattuito è di 115.000 euro, da pagarsi a rate. La società acquirente paga una buona parte del prezzo, ma non riesce a saldare l'ultimo importo dovuto di 20.000 euro. Per questa ragione la società venditrice diffida l'acquirente al versamento del prezzo mancante. Poiché il prezzo non viene saldato nel termine, il contratto è risolto.

Il venditore è rimasto nella proprietà del complesso dei beni, essendosi riservato la proprietà dell'azienda. Tuttavia, il godimento dell'azienda, nonostante la risoluzione del contratto, è ancora in capo all'acquirente. Per questa ragione il venditore si rivolge al Tribunale di Genova, chiedendo l'emissione di un provvedimento d'urgenza (ai sensi dell'[articolo 700](#), c.p.c.) di rilascio dell'azienda. Il giudice genovese, considerata la gravità dell'inadempimento e l'intervenuta risoluzione del contratto, accoglie il ricorso del venditore e ordina alla società cessionaria l'immediata restituzione nella piena disponibilità della venditrice del complesso aziendale. La parte acquirente dovrà rilasciare i locali

³ Tribunale di Genova, 17 ottobre 2016, in giurisprudenzadelleimprese.it.

aziendali liberi da persone o cose di sua proprietà, mantenendovi invece tutti gli arredi, insegne, marchi, attrezzature, macchinari e beni strumentali forniti dalla venditrice.

Le particolarità nella cessione d'azienda con riserva di proprietà

Come si è già visto, la patologia più frequente, nel caso di cessione di azienda con riserva di proprietà, è il mancato pagamento del prezzo da parte dell'acquirente. Alcune disposizioni della normativa sulla vendita con riserva di proprietà si occupano proprio di inadempimento dell'acquirente.

La legge stabilisce una soglia di gravità per ottenere la risoluzione: *“nonostante patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive”* ([articolo 1525](#), cod. civ.).

In primo luogo, si osservi che la disposizione è inderogabile dalle parti (*“nonostante patto contrario”*). È dunque inutile provare a inserire nel contratto clausole che prevedono la risoluzione anche a fronte di piccolissimi inadempimenti; al contrario: se l'inadempimento non ha una certa gravità, il contratto non può comunque risolversi.

Si immagini che il prezzo di acquisto dell'azienda sia pattuito in 100.000 euro, da pagarsi in 10 rate mensili da 10.000 euro ciascuna. In questo esempio, il mancato pagamento di una rata (10% del complessivo prezzo di acquisto) non determina la risoluzione del contratto. Se, invece, le rate non pagate fossero 2 e tali da superare l'ottava parte del corrispettivo complessivo (20.000 euro, corrispondenti al 20% del prezzo totale, nell'esempio fatto), il venditore potrà chiedere la risoluzione.

L'articolo 1525, cod. civ, che si sta esaminando è una disposizione speciale. Quella generale stabilisce che l'inadempimento determina la risoluzione solo se connotato da un certo livello di gravità. L'[articolo 1455](#), cod. civ., prevede che *“il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”*. I piccoli inadempimenti obbligano solo a risarcire il danno. Nel caso della cessione di azienda, il danno sono gli interessi dovuti sulla rata scaduta e non pagata.

L'importanza dell'inadempimento prevista dall'articolo 1455, cod. civ., rappresenta una nozione vaga, cui ogni singolo giudice può attribuire un significato diverso. Per evitare eccessive difformità fra le decisioni dei giudici, in alcuni casi il Legislatore ha sentito l'esigenza di fissare la soglia entro la quale l'inadempimento deve reputarsi lieve. Ad esempio, nel contesto del mutuo fondiario, la legge prevede che *“la banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive”* ([articolo 40](#), comma 2, Tub). Una simile

soluzione è stata adottata nell'ambito della vendita con riserva di proprietà, dove viene usato il criterio dell'ottavo del prezzo complessivo.

Il Tribunale di Roma si è occupato di un contratto di cessione di azienda con riserva di proprietà, con successivo inadempimento da parte dell'acquirente dell'obbligo di pagare rate di prezzo in misura superiore all'ottavo del prezzo complessivo e conseguente risoluzione del contratto di cessione⁴. Nel caso affrontato dal giudice romano, il prezzo complessivo per la cessione era stato pattuito in 66.000 euro (di cui 53.300 a titolo di avviamento commerciale, 9.500 a titolo di arredamento e 3.200 a titolo di merci). Veniva pattuito il pagamento secondo la seguente tempistica: 13.650 euro al momento della stipulazione, 19.350 euro mediante 13 rate mensili e infine 33.000 euro in soluzione finale. L'acquirente paga alcune delle rate previste, ma poi cessa i pagamenti. Per questa ragione il cedente ottiene 2 decreti ingiuntivi di pagamento delle rate scadute. Dopo aver ottenuto i decreti ingiuntivi, il venditore si rivolge nuovamente al Tribunale di Roma, questa volta per ottenere la risoluzione del contratto. Il giudice romano constata che vi è inadempimento grave. In conclusione, viene dichiarata la risoluzione del contratto di cessione d'azienda stipulato fra le parti per inadempimento dell'acquirente. L'azienda era già stata restituita spontaneamente dall'acquirente, cosicché il giudice non deve ordinarne la restituzione.

La restituzione delle rate rimosse e l'equo compenso

Importante disposizione sull'inadempimento nell'ambito della vendita con riserva di proprietà è rappresentata dall'[articolo 1526](#), comma 1, cod. civ., secondo cui *“se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate rimosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno”*.

La norma rispecchia la natura retroattiva della risoluzione, che opera *ab origine*. Le prestazioni delle parti devono essere restituite, e dunque:

1. il cessionario inadempiente deve restituire l'azienda;
2. il cedente deve restituire le rate già rimosse.

Così considerata, l'operazione si rivelerebbe totalmente svantaggiosa per il cedente, il quale deve restituire la parte del prezzo già riscossa, senza trarre alcuna utilità, e anzi avendo perso – per un certo periodo di tempo – il godimento dell'azienda. Per evitare una conseguenza del genere, il comma 1 dell'articolo 1526, cod. civ., prevede che il venditore ha diritto a un equo compenso. L'“*equo*” compenso è per definizione una nozione incerta e solo la giurisprudenza può attribuirgli un significato concreto.

⁴ Tribunale di Roma, 27 gennaio 2017, in [giurisprudenzadelleimprese.it](#).

Per la quantificazione dell'equo compenso, ci sono 3 possibilità:

1. esso corrisponde esattamente alle rate già pagate dall'acquirente (si tratta della via più facile da seguire da parte del giudice);
2. l'equo compenso corrisponde a un importo maggiore rispetto alle rate già pagate dall'acquirente;
3. l'equo compenso corrisponde a un importo inferiore rispetto alle rate già pagate dall'acquirente⁵.

Criterio centrale per il giudice, per decidersi in un senso o nell'altro, è il numero di rate che è stato previsto: se le rate sono poche (esempio: pagamento del prezzo di cessione da completarsi in 12 rate mensili) e sono state pagate quasi tutte, probabilmente il venditore ha percepito più di quanto è giusto che percepisca; viceversa se le rate sono tante (esempio: pagamento da completarsi in 120 rate mensili) e ne sono state pagate poche, probabilmente il venditore ha percepito di meno di quanto è giusto che percepisca.

Non ci sono criteri matematici per determinare a quanto ammonti il compenso "equo". Del resto, il criterio dell'equità è indeterminato per definizione. Probabilmente un criterio oggettivo è quello di riferirsi al canone medio di affitto di aziende di quella tipologia in quella zona. Si immagini che il canone di affitto di un ristorante, in quella zona di quella città, sia mediamente di 3.000 euro al mese. Se la rata mensile pattuita nel contratto di cessione è di soli 1.000 euro, probabilmente il compenso per il venditore in caso di risoluzione sarà equo se il cessionario inadempiente paga al cedente la differenza di 2.000 euro al mese. Se viceversa la rata mensile pattuita nel contratto di cessione è (per fare un altro esempio) di 4.000 euro al mese, probabilmente il compenso in caso di risoluzione dovrà essere ridotto, in quanto il cedente ha incassato di più di quanto avrebbe incassato nell'ambito di un affitto.

La Corte di Cassazione si è occupata degli obblighi restitutori conseguenti alla risoluzione di un contratto di cessione di azienda con riserva di proprietà⁶. Fra le parti (2 persone fisiche) viene concluso un contratto di cessione d'azienda per un prezzo di 300.000 euro. L'acquirente smette di pagare le rate pattuite e il contratto viene risolto, peraltro consensualmente, dalle parti. Al momento della restituzione dell'azienda, sancita con verbale di consegna, le parti avevano formulato espressa riserva di adire l'Autorità giudiziaria.

L'acquirente ha già pagato 129.873 euro del prezzo di acquisto e, avvalendosi del comma 1 dell'[articolo 1526](#), cod. civ., agisce in giudizio contro il venditore per ottenere la restituzione delle rate già pagate.

⁵ Cassazione n. 1695/2012 ha chiarito che l'articolo 1526, cod. civ., non indica criteri interpretativi, ma riconosce al giudice del merito l'apprezzamento del fatto, potendo incidere in via equitativa sull'equilibrio contrattuale, come soluzione per evitare indebiti arricchimenti a danno dell'acquirente. L'importo dell'equo compenso – continua la Cassazione – potrà legittimamente superare il corrispettivo del temporaneo godimento del bene.

⁶ Cassazione n. 29100/2020.

Dal canto suo l'acquirente si offre di pagare l'equo compenso al venditore. La Corte d'Appello di Milano ritiene che sussistano ambedue i crediti:

1. l'acquirente ha diritto alla restituzione delle rate pagate (129.873 euro);
2. tuttavia il venditore ha diritto a un equo compenso (92.565,12 euro).

Trovandosi in presenza di crediti e contro-crediti, la Corte di appello dispone la compensazione, cosicché condanna il venditore a restituire la differenza (37.307,88) fra le rate percepite e quanto gli spetta a titolo di equo compenso.

Il cedente aveva chiesto ulteriori 90.000 euro a titolo di risarcimento del danno, ma la domanda non viene accolta dai giudici. Secondo la tesi del venditore, l'inadempimento dell'acquirente aveva intaccato il valore dell'azienda, facendole perdere una parte dell'avviamento. Questa tesi viene tuttavia rigettata dalla Corte di appello di Milano, che si limita a compensare i 2 contro-crediti (alla restituzione delle rate e all'equo compenso).

All'esito del lungo *iter* giudiziario, la Corte di Cassazione chiarisce che il danno conseguente all'inadempimento (mancato pagamento del prezzo) non è automatico, ma va dimostrato da chi lo chiede. La tesi del cedente è che la ritardata restituzione dell'immobile, dopo che era stata dichiarata la risoluzione del contratto di cessione, avrebbe cagionato un danno dovuto, da un lato, all'indisponibilità dell'immobile e, dall'altro – come accennato – alla perdita di avviamento. La domanda di danno viene rigettata dalla Corte d'Appello di Milano prima e dalla Corte di Cassazione poi anche perché, appena ottenuto il rilascio dell'immobile, il venditore era riuscito a cedere nuovamente l'azienda in tempi brevi. Non avendo prodotto il nuovo contratto di cessione non era possibile stabilire se il nuovo prezzo fosse inferiore a quello della prima cessione. Se il prezzo della nuova cessione fosse stato (si supponga) di 200.000 euro, si sarebbe potuta sostenere la tesi che la cattiva gestione del primo acquirente, nonché il ritardo nella riconsegna avessero determinato una perdita di valore di 100.000 euro (intesa come differenza fra prezzo della prima cessione e prezzo della seconda). Tuttavia, in assenza di qualsiasi riscontro concreto sul prezzo della seconda cessione, non è possibile calcolare l'ipotetico danno.

La clausola risolutiva espressa nel contratto

Il Tribunale di Milano si è occupato di un caso di risoluzione del contratto di cessione di azienda con riserva di proprietà dovuto all'inadempimento dell'acquirente e determinato dall'attivazione di una clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto⁷. Il caso può essere illustrato come segue. Viene

⁷ Tribunale di Milano, 6 agosto 2018, in giurisprudenzadelleimprese.it.

concluso un contratto di cessione di azienda con riserva di proprietà. Il corrispettivo totale previsto per la cessione ammonta a 55.000 euro, da pagarsi a rate, a mezzo cambiali. L'acquirente paga le rate con irregolarità, finché il cedente si avvale della clausola risolutiva espressa.

Il contratto di cessione fra le parti conteneva difatti la seguente clausola risolutiva espressa: *“si dà atto, inoltre, che qualora non venissero pagate 3 rate del prezzo, anche non consecutive, la parte venditrice avrà la facoltà di chiedere l'immediato pagamento di tutte le cambiali o di ritenere automaticamente risolto il contratto e di riprendere immediatamente il possesso dell'esercizio, trattenendo le rate pagate, fatto salvo il risarcimento degli eventuali maggiori danni”*.

Come si può notare, si tratta di una clausola risolutiva espressa particolarmente articolata. In primo luogo, la gravità dell'inadempimento viene contrattualmente fissata in 3 rate del prezzo (si ricorderà che la legge non fissa un limite legato al numero delle rate, ma all'ammontare delle stesse: 1/8 del prezzo complessivo). Questa pattuizione contrattuale potrebbe essere illegittima. Se, difatti, le 3 rate previste in contratto non raggiungono 1/8 del prezzo complessivo della cessione, vi sarebbe un contrasto con l'[articolo 1525](#), cod. civ., che si è visto sopra essere – per espressa previsione legislativa (*“nonostante patto contrario”*) – norma inderogabile.

La clausola risolutiva espressa prevede inoltre che i mancati pagamenti possono essere anche non consecutivi. Questo aspetto non presenta profili di illegittimità. Difatti ciò che richiede l'articolo 1525, cod. civ., è solo una gravità in termini assoluti (l'ottava parte del prezzo), non rilevando invece se l'inadempimento si realizzi con una rata sola, con più rate consecutive oppure anche con più rate non consecutive.

Interessante è poi il rilievo che, a fronte dell'inadempimento dell'acquirente, il cedente abbia 2 distinte possibilità: pretendere immediatamente il pagamento di tutte le cambiali oppure dichiarare risolto il contratto. Si tratta dell'alternativa fra l'adempimento e la risoluzione. Va detto che la prima scelta è alquanto improbabile nella realtà: se l'acquirente non sta pagando alcune rate, è improbabile che sia in grado di pagare l'intero saldo prezzo. Nei fatti, dunque, si giungerà quasi sempre alla dichiarazione di risoluzione del contratto.

La vicenda affrontata dal Tribunale di Milano si dipana nel modo che segue. L'acquirente omette il pagamento di alcune rate e il cedente si avvale della clausola risolutiva espressa, dandone formale comunicazione all'acquirente. Il giudice milanese ritiene che sussista l'inadempimento e dichiara l'intervenuta risoluzione del contratto. Inoltre, condanna l'acquirente alla restituzione al cedente dell'azienda oggetto del contratto entro 15 giorni. Dal canto suo il cedente può trattenere le rate già percepite.

La pattuizione di non restituibilità delle rate pagate

Si ricorderà che il comma 1 dell'[articolo 1526](#), cod. civ., prevede in ogni caso il diritto del cedente a un equo compenso. Vero è che il contratto si risolve e la risoluzione ha effetto retroattivo. Tuttavia, per un certo periodo di tempo, la cessionaria ha usato l'azienda e ne ha tratto profitto. Di qui il diritto del cedente a un equo compenso. Considerato che la cessione sfuma per l'inadempimento dell'acquirente, è come se l'equo compenso remunerasse un mero affitto dell'azienda, che si è protratto dal momento della consegna delle chiavi al momento della restituzione dell'azienda.

Si tratta poi, di volta in volta, di quantificare l'equo compenso spettante al venditore. Nel caso affrontato dal Tribunale di Milano appena illustrato⁸, il prezzo complessivo pattuito per la cessione era di 55.000 euro e l'acquirente aveva provveduto a pagare nel corso del tempo 24.500 euro. Il giudice milanese ritiene che quest'ultimo importo rappresenti, in modo corretto, l'equo compenso spettante al cedente, considerando che si tratta di 680,55 euro mensili, ossia di una somma ragionevole rispetto al periodo nel quale la cessionaria ha esercitato in proprio l'azienda ceduta, traendone direttamente i relativi profitti. Come si può notare, dal punto di vista economico è come se il contratto di cessione di azienda si tramutasse - a seguito della risoluzione - in un contratto di mero affitto dell'azienda.

L'articolo 1526, cod. civ., specifica che *“qualora sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta”* (articolo 1526, comma 2, cod. civ.). La regola per cui le rate versate devono essere restituite può dunque essere derogata dal contratto, il quale può prevedere che il venditore possa trattenerle. Se però le rate appaiono sproporzionate rispetto al godimento del bene di cui ha usufruito il compratore, l'importo può essere ridotto e il venditore può essere condannato a restituire una parte delle somme già incassate. Si tratta di una disposizione che ricorda quella sulla riduzione ad equità della penale eccessiva: *“la penale può essere diminuita equamente dal giudice ... se l'ammontare delle penale è manifestamente eccessivo”* ([articolo 1384](#), cod. civ.).

Nell'ambito della vendita con riserva di proprietà, la disposizione può trovare applicazione quando il numero delle rate da pagare è basso e l'importo delle medesime è alto. Due esempi consentono di comprendere bene il senso della disposizione:

- si ipotizzi che il prezzo di cessione sia di 100.000 euro da pagarsi in 10 rate mensili, ciascuna da 10.000 euro. Se vengono pagate 9 rate e non viene pagata la decima, il cedente potrebbe ottenere la restituzione dell'azienda e (in presenza della clausola che consente la ritenzione delle rate) non restituire nulla all'acquirente. In questo modo il cedente si arricchirebbe, perché – per il solo fatto di

⁸ Tribunale di Milano, 6 agosto 2018, in [giurisprudenzadelleimprese.it](#).

non avere avuto il godimento dell'azienda per 9 mesi – percepisce la quasi totalità del prezzo convenuto per la cessione;

- si immagini ora il diverso caso in cui il prezzo di cessione sia il medesimo (100.000 euro), ma da pagarsi in 100 rate mensili, ciascuna di 1.000 euro. Si ipotizzi altresì che l'acquirente smetta di pagare dopo la nona rata. In questo caso il venditore potrebbe trattenere solo 9.000 euro per i 9 mesi di mancato godimento dell'azienda.

Come si può notare, nel primo caso il beneficio per il venditore è enorme. Se il giudice lo reputa eccessivo, il comma 2 dell'[articolo 1526](#), cod. civ., gli consente di ridurre l'indennità convenuta.

Master di specializzazione

ec Euroconference

Diretta web dal 21 febbraio

GESTORE DELLA CRISI D'IMPRESA

Curatore, commissario liquidatore e attestatore

Corso abilitante per l'iscrizione nel nuovo albo Gestori della Crisi, tenuto dal Ministero di Giustizia
Percorso Formativo di 44 ore che permette l'iscrizione all'Albo dei Gestori della Crisi ai sensi dell'art. 365 del D.Lgs. 14/2019, nel rispetto del D.M. 202/2014, del D.M. 75/2022 e delle Linee Guida emanate dalla Scuola Superiore della Magistratura e tenendo conto della Circ. del Ministero della Giustizia n. 45/2023.

OFFERTA ADVANCE valida fino al 31.01.2023
€ 490 + IVA anziché € 1.000 + IVA
Quota non cumulabile con sconto Privilege e altre iniziative in corso

ACCEDI AL SITO

Per partecipare alla sede Web, è necessario disporre di un computer personale con webcam e audio perfettamente funzionanti

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2023

La disapplicazione dei limiti di riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione tra società appartenenti al consolidato fiscale

Fabio Giommoni - dottore commercialista e revisore legale

L'applicazione dei limiti di riporto delle perdite fiscali nelle fusioni che intervengono tra società che aderiscono alla procedura di consolidato fiscale ex [articolo 117](#) e ss., Tuir, presenta delle specifiche particolarità che sono state trattate dalla [circolare n. 9/E/2010](#). Tuttavia, dalla recente [risposta a interpello n. 74/E/2022](#) emerge come permangono ancora incertezze in merito alla riportabilità delle perdite fiscali generate in costanza del regime di tassazione di gruppo in quelle operazioni di fusione che coinvolgono tutte le società appartenenti alla medesima fiscal unit, con conseguente cessazione del consolidato fiscale.

Premessa: il riporto delle perdite fiscali nella fusione

In un precedente intervento¹, alla luce dell'interpretazione ministeriale ricostruibile dalle risposte a interpello pubblicate dall'Agenzia delle entrate², è stata approfondita la disciplina antielusiva, contenuta nel comma 7 dell'[articolo 172](#), Tuir, in base alla quale nelle fusioni societarie le perdite pregresse, le eccedenze di interessi passivi indeducibili ex [articolo 96](#), Tuir e le eccedenze Ace, in dote alle società partecipanti alla fusione, possono essere riportate alle seguenti condizioni:

1. per la parte del loro ammontare che non eccede quello del patrimonio netto della società che riporta le perdite, quale risulta dall'ultimo bilancio o, se inferiore, dalla situazione patrimoniale redatta ai sensi dell'[articolo 2501-quater](#), cod. civ., senza tener conto dei conferimenti e dei versamenti fatti negli ultimi 24 mesi anteriori alla data cui si riferisce la situazione stessa (c.d. "limite del patrimonio netto" o "test del patrimonio netto" o "equity test");
2. allorché dal Conto economico della società le cui perdite sono oggetto di riporto, relativo all'esercizio precedente a quello in cui la fusione è deliberata, risulti un ammontare di ricavi e proventi dell'attività

¹ Si veda F. Giommoni, "[Fusioni societarie: la disapplicazione dei limiti di riporto delle perdite fiscali secondo le risposte a interpello dell'Agenzia delle entrate](#)", in La rivista delle operazioni straordinarie, n. 10/2022.

² A partire dal 1° settembre 2018, in base al [provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate del 7 agosto 2018](#).

caratteristica e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'[articolo 2425](#), cod. civ., superiore al 40% di quello risultante dalla media degli ultimi 2 esercizi anteriori (c.d. “*test di vitalità*” o “*vitality test*”).

Il mancato superamento di uno dei 2 citati *test* comporta l'impossibilità di trasferire in modo automatico in sede di fusione, in tutto o in parte, le perdite fiscali, le eccedenze di interessi passivi indeducibili e le eccedenze Ace.

Il contribuente che intende comunque trasferire detti elementi fiscali in sede di fusione deve presentare un'apposita istanza di interpello disapplicativo ai sensi dell'[articolo 11](#), comma 2, L. 212/2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente).

Nel citato articolo è stato evidenziato come dalle risposte a interpello dell'Agenzia delle entrate emerge che ai fini della disapplicazione della norma che limita il riporto delle perdite fiscali è necessario dimostrare che la società partecipante alla fusione non sia una mera “*bara fiscale*”, ovvero che questa *ante* fusione - ossia come entità autonoma prima che si verifichi la sua compenetrazione con l'altra società partecipante alla fusione - non possa essere qualificata come una società priva di capacità produttiva.

In un successivo intervento³ sono state approfondite le specifiche questioni relative all'applicazione dei citati limiti di riporto delle perdite fiscali nell'ambito delle operazioni di fusione con indebitamento (c.d. “*merger leveraged buy-out*” o “*MLBO*”), evidenziando che, fuori dai casi in cui l'operazione di MLBO sia considerata abusiva, gli *asset* fiscali della società “*veicolo*” sono riportabili (a fronte di istanza di interpello) anche se non è superato il *test* di vitalità e/o quello del patrimonio netto. Ciò poiché la società veicolo di un'operazione di MLBO può considerarsi “*vitale*” dato che è stata costituita appositamente per la realizzazione dell'acquisizione della società “*target*”.

Rimane da trattare, nel presente intervento, l'ulteriore specifica problematica relativa all'applicazione della disciplina di limitazione al riporto delle perdite fiscali nelle fusioni tra società aderenti alla procedura di consolidato fiscale.

Gli effetti della fusione ai fini della continuazione o dell'interruzione del consolidato fiscale

Innanzitutto, occorre chiarire quali sono gli effetti della fusione societaria ai fini della continuazione o dell'interruzione della procedura di tassazione di gruppo.

A tale riguardo, possono verificarsi i seguenti casi:

³ Si veda F. Giommoni, “[La disapplicazione dei limiti di riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di “MLBO”](#)”; in La rivista delle operazioni straordinarie, n. 12/2022.

1. fusioni che permettono la continuazione del consolidato fiscale;
2. fusioni che determinano in ogni caso l'interruzione anticipata del consolidato fiscale;
3. fusioni che determinano l'interruzione anticipata del consolidato fiscale, salvo l'ottenimento di un parere favorevole al proseguimento della procedura a seguito di presentazione di apposita istanza di interpello all'Agenzia delle entrate.

Le fusioni che non interrompono il consolidato sono contemplate dai primi 3 commi dell'[articolo 11](#), D.M. 1° marzo 2018 (Decreto attuativo)⁴.

Il comma 1 di detto articolo riguarda le fusioni che intercorrono tra 2 o più società consolidate, le quali non interrompono la tassazione di gruppo e il vincolo di permanenza temporale nel consolidato delle società partecipanti alla fusione si trasferisce alla società risultante dalla fusione, che è tenuta a rispettare il termine che scade per ultimo.

Il comma 2 riguarda la fusione tra la consolidante e una o più consolidate, la quale comporta l'estinzione della tassazione di gruppo solo tra i soggetti stessi, senza gli effetti di cui all'[articolo 124](#), Tuir, mentre la procedura di consolidato prosegue tra la consolidante (partecipante alla fusione) e le eventuali altre società consolidate non partecipanti alla fusione⁵.

Il comma 3 del citato articolo 11, D.M. 1° marzo 2018, riguarda le fusioni per incorporazione di società non inclusa nel consolidato in società (consolidata o consolidante) inclusa nella tassazione di gruppo, operazioni che non interrompono il consolidato qualora permangano i requisiti e le altre condizioni necessarie ai fini dell'efficacia dell'opzione, ai sensi dell'[articolo 177](#), Tuir.

Vi sono, invece, altri casi in cui si determina l'interruzione della tassazione di gruppo, che si verificano, in particolare, quando a seguito della fusione viene meno la soggettività della società partecipante al consolidato. Un primo caso è quello della consolidante che partecipa a una fusione propria con società non inclusa nel consolidamento, oppure viene da questa incorporata. In tale ipotesi la tassazione di gruppo può continuare a seguito di interpello favorevole ai sensi del comma 5 dell'articolo 124, Tuir⁶.

Il secondo caso è quello in cui una consolidata partecipa a una fusione propria con società non inclusa nel consolidamento, oppure viene da questa incorporata. In tale ultima ipotesi la continuazione del consolidato fiscale è esclusa ai sensi dell'[articolo 13](#), comma 1, lettera f), D.M. 1° marzo 2018.

⁴ Si tratta del Decreto attuativo della disciplina di consolidato fiscale nazionale, che ha sostituito il precedente D.M. 9 giugno 2004.

⁵ Un caso particolare, di cui si dirà in seguito, riguarda l'ipotesi di fusione dell'unica (o di tutte le consolidate) con la consolidante, operazione che facendo venire meno la pluralità di soggetti aderenti al regime di consolidato fiscale determina necessariamente l'interruzione della tassazione di gruppo.

⁶ L'articolo 124, comma 5-bis, Tuir richiede al soggetto controllante, il quale intende continuare ad applicare la tassazione di gruppo senza aver presentato l'istanza di interpello o che, pur avendola presentata, non ha ricevuto risposta positiva, di segnalare tale circostanza nella dichiarazione dei redditi.

Il trattamento delle perdite fiscali nell'ambito del consolidato fiscale

Per quanto riguarda il trattamento delle perdite fiscali nell'ambito del consolidato fiscale occorre distinguere quelle che si sono formate in vigenza della tassazione di gruppo, da quelle pregresse rispetto all'adesione al consolidato fiscale.

Come è noto, la procedura di tassazione di gruppo comporta la compensazione delle perdite fiscali generate dalle società con gli utili delle altre società appartenenti alla medesima *fiscal unit*, nell'ambito della determinazione dell'unica base imponibile di gruppo. Qualora si determini un risultato complessivo di gruppo negativo, perché le perdite apportate superano i redditi positivi complessivamente trasferiti al consolidato, tale eccedenza sarà riportata a nuovo dalla consolidante nell'ambito della dichiarazione di gruppo.

In altre parole, le perdite generate dalle singole società perdono la loro soggettività e divengono perdite di gruppo, le quali potranno essere utilizzate dalla controllante a riduzione di futuri imponibili di gruppo. Soltanto nel momento in cui si interrompe la tassazione di gruppo le perdite residue sono riattribuite alle singole società partecipanti.

Invece, le perdite pregresse prodotte *ante* adesione al consolidato fiscale possono essere utilizzate soltanto dalle società cui si riferiscono per abbattere i propri imponibili (prima del trasferimento di questi al consolidato)⁷.

Diverso è, invece, il trattamento nell'ambito del consolidato fiscale delle altre eccedenze fiscali sottoposte, anch'esse, ai limiti di riporto nel caso di fusione ai sensi del comma 7 dell'[articolo 172](#), Tuir, ovvero le eccedenze di interessi passivi indeducibili e le eccedenze Ace.

Infatti, le eccedenze di interessi passivi indeducibili delle singole società, ai sensi dell'[articolo 96](#), comma 14, Tuir, possono essere portate in abbattimento del reddito complessivo di gruppo se e nei limiti in cui altri soggetti presentino, per lo stesso periodo d'imposta, una eccedenza di Rol o una eccedenza di interessi attivi e proventi finanziari assimilati⁸.

Pertanto, se non vi sono eccedenze di Rol o di interessi attivi da parte di altre società del gruppo gli interessi passivi indeducibili rimangono di competenza delle singole società.

Così come per le perdite, è preclusa la possibilità di trasferire al consolidato le eccedenze di interessi passivi indeducibili generatesi anteriormente all'ingresso nel consolidato nazionale.

Anche per quanto riguarda le eccedenze Ace delle singole società, queste possono essere trasferite al consolidato solo fino a concorrenza del reddito di gruppo, per cui l'eccedenza che non trova capienza è

⁷ Cfr. articolo 118, comma 2, Tuir.

⁸ Purché, in entrambi i casi, non anteriori all'ingresso nel consolidato nazionale.

riportata in aumento del rendimento nozionale dell'esercizio successivo da ciascuna società. Opera pure per l'Ace il divieto di trasferire al consolidato le eccedenze generatesi anteriormente all'opzione per lo stesso, le quali rimangono dunque utilizzabili unicamente dalle società che le hanno prodotte.

Il riporto delle perdite pregresse nell'ambito di fusioni realizzate all'interno del perimetro di consolidato fiscale

In assenza di una disciplina specifica circa il trattamento da applicarsi alle limitazioni per il riporto delle perdite fiscali in caso di operazioni straordinarie effettuate tra società aderenti al consolidato, si ritiene che si applichino le norme che escludono o limitano tale riporto di cui all'[articolo 172](#), comma 7, Tuir⁹. Ciò vale certamente per le società partecipanti alla fusione non incluse nel consolidato fiscale, mentre per le fusioni che riguardano unicamente società appartenenti al consolidato fiscale occorre svolgere ulteriori considerazioni, atteso che già la tassazione di gruppo comporta, *ante* fusione, la possibilità di compensare intersoggettivamente perdite di società con utili di altre società appartenenti alla medesima *fiscal unit* e le eventuali perdite nette residue vengono trasferite al soggetto consolidante perché le riporti a nuovo e possa utilizzarle ai fini della determinazione del futuro reddito complessivo globale di gruppo.

In tal senso la [circolare n. 9/E/2010](#) (§ 3) ha evidenziato come, in presenza di operazioni di fusione tra società partecipanti al medesimo consolidato nazionale (che non interrompono quindi la tassazione di gruppo ai sensi dell'[articolo 11](#), commi 1 e 2, D.M. 1° marzo 2018) e con perdite fiscali riportabili conseguite "*in costanza*" di consolidato, può escludersi qualsiasi manovra elusiva tesa a realizzare, con l'operazione di aggregazione, la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali tra i soggetti coinvolti, atteso che questi, per effetto dell'operazione medesima, non possono fruire di alcun vantaggio addizionale in termini di compensazione degli imponibili in quanto le perdite prodotte dalle società aderenti al consolidato "*nascono*" già compensabili con gli utili di altre società incluse nella tassazione di gruppo. Infatti, già il regime di consolidato fiscale nazionale, in assenza di fusione, avrebbe consentito la compensazione intersoggettiva delle medesime perdite conseguite negli esercizi di validità dell'opzione, con la conseguenza che tali operazioni risultano essere (finché permane il regime di tassazione di gruppo) operazioni "*neutrali*" nei confronti delle perdite fiscali residue risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato.

⁹ Cfr. circolare n. 9/E/2010, la quale rileva che, in realtà un riferimento normativo è contenuto nell'articolo 12, D.M. 1° marzo 2018, il quale, sebbene per lo specifico in caso di fusioni fra società consolidate, conferma che si applicano, comunque, le disposizioni dell'articolo 172, Tuir a esclusione del comma 10 (ovvero fatta eccezione delle disposizioni che regolano le modalità di versamento delle imposte sui redditi, atteso che tali incombenze risultano di competenza della società consolidante secondo le regole proprie del regime del consolidato fiscale nazionale).

In altre parole, il ricorso all'operazione di fusione non consente alcun vantaggio ulteriore in termini di recupero delle perdite fiscali conseguite in vigenza dell'opzione che le norme sul consolidato già non consentano; le società partecipanti all'operazione, infatti, pur fondendosi, non “*fuoriescono*” dal medesimo consolidato.

Pertanto, le disposizioni limitative al riporto delle perdite devono trovare applicazione solo con riferimento alle perdite “*pregresse*” all'ingresso nel regime del consolidato di ciascuna società partecipante all'operazione, rimanendo escluse le perdite prodotte in vigenza del consolidato.

La [circolare n. 9/E/2010](#) ha anche fornito precisazioni circa le perdite da prendere in considerazione ai fini dei limiti di riporto di cui all'[articolo 172](#), comma 7, Tuir nel caso di fusioni che coinvolgono sia società incluse nel consolidato fiscale, sia società non facenti parte della tassazione di gruppo (caso disciplinato dall'[articolo 11](#), comma 3, D.M. 1° marzo 2018).

Secondo detto documento di prassi le limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7, Tuir risulteranno applicabili limitatamente alle perdite qualificabili ai sensi dell'[articolo 118](#), comma 2, Tuir, ovvero:

- con riferimento alla società consolidata/consolidante, solo per le perdite realizzate in esercizi anteriori all'ingresso nella tassazione di gruppo;
- con riferimento alla società non inclusa nel consolidato, per tutte le perdite realizzate.

Invece, per la società facente parte del consolidato fiscale le citate limitazioni non si applicano alle perdite realizzate in costanza di tassazione di gruppo.

Occorre, inoltre, chiarire che la soluzione evidenziata dalla circolare n. 9/E/2010, circa l'irrelevanza delle limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7, Tuir, non varrebbe per le eccedenze di interessi passivi indeducibili ex [articolo 96](#), Tuir e per le eccedenze Ace, anche se generate durante la vigenza della tassazione di gruppo, perché, come detto in precedenza, a differenza delle perdite, tali eccedenze fiscali non divengono “*di gruppo*”, ma rimangono in capo alle società che le hanno create, potendo essere trasferite al consolidato solo se vi sono redditi di gruppo capienti/eccedenze di Rol ai fini del loro utilizzo.

In tal senso la [risoluzione n. 42/E/2011](#) ha, infatti, sostenuto che a livello di tassazione di gruppo la compensazione intersoggettiva di risultati imponibili (utili e perdite) ovvero di interessi passivi indeducibili-Rol risulti governata da meccanismi differenti rispetto a quello delle perdite, che è caratterizzato da una piena e assoluta compensazione intersoggettiva, mentre quello delle eccedenze di interessi passivi è caratterizzato da “*semplice e spontanea solidarietà tra i diversi soggetti partecipanti*”. Ciò in quanto nel caso di perdite maturate in costanza di consolidato, l'attribuzione al consolidato stesso è automatica, integrale e non derogabile, determinando una formale “*spersonalizzazione*” delle stesse

(che rimangono nella esclusiva disponibilità della *fiscal unit*), mentre nel caso delle eccedenze di interessi passivi o di Rol maturate in costanza di consolidato tale effetto non si realizza perché gli interessi passivi indeducibili permangono nella esclusiva disponibilità del soggetto che li ha generati, potendo questo, solo al ricorrere di particolari condizioni (e su base facoltativa) conferirli al gruppo fiscale. Di conseguenza, secondo la [risoluzione n. 42/E/2011](#), per le eccedenze di interessi passivi non dedotti ai sensi dell'[articolo 96](#), Tuir, anche se maturate in costanza di regime di tassazione di gruppo, permane la necessità di superare i vincoli e i limiti previsti dal comma 7 dell'[articolo 172](#), Tuir in caso di fusione tra società partecipanti al consolidato fiscale.

Tale conclusione dovrebbe essere applicabile anche alle eccedenze Ace in quanto il trasferimento di queste nell'ambito del consolidato fiscale è regolato da un meccanismo opzionale analogo a quello delle eccedenze di interessi passivi indeducibili, ovvero è su base "*facoltativa*" ed è limitato alle eccedenze che possono essere effettivamente utilizzate in ciascun anno dalla *fiscal unit*, rimanendo quelle non utilizzabili dal gruppo di esclusiva competenza delle società che le hanno maturate.

La risposta a interpello n. 74/E/2022

L'impostazione della [circolare n. 9/E/2010](#) non è stata confermata dalla [risposta a interpello n. 74/E/2022](#), con riferimento allo specifico caso, affrontato da detto interpello, di una fusione per incorporazione tra le uniche 2 società facenti parte dello stesso consolidato fiscale nazionale.

L'operazione riguardava l'incorporazione della controllata Beta nella controllante Alfa, avvenuta con atto di fusione stipulato nel luglio dell'anno n, con retrodatazione (al 1° gennaio del medesimo anno n) degli effetti contabili e fiscali della fusione, mentre la decorrenza dell'efficacia giuridica della fusione era fissata al 31 luglio dell'anno n.

A partire dal periodo d'imposta n-2, le 2 citate società partecipavano, come uniche aderenti, al consolidato fiscale nazionale facente capo alla Alfa (quale consolidante), avendo congiuntamente optato per il relativo regime per il triennio n-2, n-1 e n. Dunque, la fusione, essendo intervenuta nell'anno n, con retrodatazione dal 1° gennaio dello stesso anno, avveniva in costanza del regime di consolidato fiscale.

Trattandosi di fusione intervenuta tra società facenti parte del medesimo consolidato fiscale, in considerazione dei chiarimenti forniti dalla citata circolare n. 9/E/2010 la società istante riteneva non applicabili le disposizioni limitative al riporto delle posizioni fiscali soggettive di cui all'articolo 172, comma 7, Tuir, sia per quanto riguardava le perdite maturate da Alfa e Beta negli anni n-2 e n-1 e

trasferite al consolidato, sia per le perdite maturate dalle medesima società nel periodo "interinale" di retrodatazione della fusione, ovvero dal 1° gennaio al 31 luglio dell'anno n.

In particolare, la società istante evidenziava nell'interpello che con la fusione tra Alfa e Beta si sarebbe realizzata l'estinzione del regime di consolidato fiscale senza gli effetti di cui all'[articolo 124](#), Tuir, come previsto dall'[articolo 11](#), comma 2, D.M. 1° marzo 2018 e non, invece, la sua interruzione ai sensi dell'[articolo 13](#), D.M. 1° marzo 2018.

L'Agenzia delle entrate non ha però condiviso questa ricostruzione, evidenziando che, poiché l'istituto del consolidato fiscale richiede la partecipazione di almeno 2 soggetti (una consolidante e una consolidata), la citata fusione, in virtù della cessata esistenza della pluralità dei soggetti partecipanti, ha determinato l'interruzione della tassazione di gruppo prima del compimento del triennio, con la conseguente "riassegnazione" delle perdite fiscali risultanti dalla dichiarazione dei redditi del consolidato, ai sensi dell'articolo 124, comma 4, Tuir.

Per tale ragione, secondo l'Agenzia delle entrate, l'operazione di fusione rappresentata non sarebbe riconducibile a quelle ipotesi per le quali la [circolare n. 9/E/2010](#) ha affermato la disapplicazione della disciplina di limitazione al riporto delle perdite fiscali.

La citata circolare, infatti, richiamerebbe solo le ipotesi di fusione che non interrompono la tassazione di gruppo, ossia quelle ipotesi nelle quali cessa il consolidato limitatamente alle società partecipanti alla fusione, ma, nello stesso tempo, permane l'unitarietà del consolidato fintanto che tutte le opzioni esercitate non siano venute meno, per effetto di eventi che determinano la cessazione in toto del consolidato. Solo in questi casi, di continuazione del consolidato con società non facenti parte della fusione, rimarrebbero escluse dalle suddette limitazioni di riporto le perdite prodotte in vigenza del consolidato.

L'Agenzia delle entrate prosegue il ragionamento sostenendo che, poiché a seguito della fusione per incorporazione di Beta in Alfa è venuta meno la pluralità dei soggetti partecipanti al regime di tassazione di gruppo, la procedura di consolidato in oggetto, relativa al triennio n-2, n-1, n, si è interrotta anticipatamente con effetto dal 1° gennaio dell'anno n¹⁰, con la conseguente riassegnazione proporzionale delle perdite fiscali, ai sensi dell'[articolo 124](#), Tuir, alla medesima data del 1° gennaio n. La risposta a interpello conclude sostenendo che proprio a tali perdite fiscali riassegnate alle società Alfa e Beta, unitamente alle altre posizioni fiscali soggettive portate in dote alla fusione dalle 2 società (ovvero perdite fiscali realizzate in esercizi anteriori all'ingresso nella tassazione di gruppo; perdite

¹⁰ Mentre sarebbe venuto a naturale scadenza il 31 dicembre n.

fiscali maturate nel periodo di retrodatazione della fusione; eccedenze di interessi passivi non deducibili ed eccedenze Ace), si rendono applicabili le limitazioni di cui al citato [articolo 172](#), comma 7, Tuir¹¹.

In altre parole, secondo l'Agenzia delle entrate, la fusione tra le uniche 2 società aderenti al consolidato fiscale (ma la soluzione sarebbe la stessa nel caso in cui vi fossero più società consolidate tutte incorporate nell'ambito della medesima fusione), farebbe venire meno la procedura di consolidato fiscale, comportando il ripristino della situazione che si sarebbe verificata in assenza di tale tassazione di gruppo, con la conseguenza che le perdite riassegnate non sarebbero più considerate realizzate in costanza di consolidato fiscale per cui sarebbero da assoggettare ai limiti di riporto ex articolo 172, comma 7, Tuir.

Tale ricostruzione comporta che anche le perdite realizzate nel periodo interinale 1° gennaio /data di effetto giuridico della fusione sono considerate “*extra consolidato*” per cui soggiacciono, nei modi ordinari, alle regole di riporto previste per la fusione.

Considerazioni conclusive

La ricostruzione operata dalla [risposta a interpello n. 74/E/2022](#) non può essere condivisa in quanto non pare in linea con la stessa normativa primaria ([articolo 124](#), Tuir) e secondaria ([articolo 11](#), D.M. 1° marzo 2018), in base alla quale la fusione tra la consolidante e una o più consolidate estingue la tassazione di gruppo tra i soggetti stessi, ma senza gli effetti di cui all'articolo 124, Tuir, ovvero senza riattribuzione delle perdite fiscali alle singole società prevista in caso di interruzione anticipata della tassazione di gruppo.

Tale normativa non prevede alcuna distinzione circa le operazioni di fusione tra la consolidante e una o più consolidate che comportano la sopravvivenza del consolidato con riferimento ad altre consolidate non partecipanti alla fusione e quelle fusioni che, invece, riguardano tutte le consolidate, per cui vengono meno tutte le opzioni relative alla tassazione di gruppo.

In entrambi i casi la normativa si limita a specificare che il consolidato fiscale si interrompe ma che non si verificano le conseguenze previste dall'articolo 124, Tuir, tra le quali proprio la necessità di riassegnare le perdite realizzate in corso di tassazione di gruppo.

¹¹ In ogni caso occorre evidenziare che la risposta a interpello in commento, considerate le consistenze patrimoniali delle 2 società, pur in assenza del superamento del *test* del patrimonio netto da parte di entrambe le società (mentre i *test* di vitalità erano superati, anche con riferimento al “*periodo interinale*”), ha comunque acconsentito al riporto di tutte le posizioni soggettive nella fusione esaminata, in quanto ha ritenuto che l'operazione di aggregazione aziendale non rappresentasse l'epilogo di una manovra elusiva finalizzata all'indebito utilizzo, da parte del soggetto risultante dall'operazione, di posizioni fiscali soggettive riportabili, maturate dalle società partecipanti alla fusione, la cui attività economica fosse ormai inesistente.

Ma ciò, a ben vedere, è coerente con gli effetti che la fusione stessa produce, ovvero l'unificazione giuridica delle società già partecipanti al consolidato fiscale, per cui non avrebbe alcun senso la riattribuzione delle perdite alle singole società, visto che queste perdono, proprio a causa della fusione, la loro stessa autonomia giuridica.

Quindi, non si verifica il ripristino dell'autonomia impositiva delle società che avevano aderito al consolidato, ma, al contrario, la fusione tra le uniche società appartenenti al consolidato realizza una compenetrazione giuridica, che non interrompe, ma piuttosto rende definitiva, l'unità economica derivante dall'appartenenza al consolidato¹².

Ne consegue che l'operazione di fusione tra le uniche società appartenenti al consolidato fiscale non è suscettibile di generare alcun effetto elusivo con riferimento alla possibilità di utilizzo delle perdite fiscali maturate in costanza di tassazione di gruppo.

Infatti, in assenza della fusione e in costanza di tassazione di gruppo tali perdite avrebbero continuato a competere alla *fiscal unit*, senza limite alcuno, e non alle singole società, per cui non vi è alcun rischio di effetti elusivi e, in particolare, che tali perdite possano compensare gli imponibili di terze società non appartenenti al regime di tassazione di gruppo.

Per tali ragioni non si vede perché nel caso di fusione tra tutte le società appartenenti al consolidato fiscale non si possano applicare le conclusioni affermate dalla citata [circolare n. 9/E/2010](#), con la quale l'Agenzia delle entrate ha escluso l'applicazione dell'[articolo 172](#), comma 7, Tuir con riferimento alle perdite prodotte in costanza di consolidato, non in virtù di una specifica deroga normativa, bensì in base a un'interpretazione logico-sistematica delle norme antielusive in oggetto che, come indicato in premessa, sono dirette a contrastare unicamente le fusioni realizzate tra società prive di capacità produttiva poste in essere al solo fine di attuare la compensazione intersoggettiva delle perdite fiscali di una società (e delle altre eccedenze fiscali riportabili) con gli utili imponibili dell'altra.

A tale proposito occorre ulteriormente evidenziare che il medesimo ragionamento, a ben vedere, può essere sviluppato per quanto riguarda gli altri *assets* fiscali maturati in costanza di consolidato fiscale, ovvero le eccedenze Ace e di interessi passivi indeducibili.

È, infatti, indubbio che il trattamento dell'Ace e degli interessi passivi nell'ambito della tassazione di gruppo, come ben evidenziato dalla citata [risoluzione n. 42/E/2011](#), è differente da quello delle perdite fiscali - perché per i primi il trasferimento al consolidato è facoltativo e nei limiti della capienza dell'imponibile/Rol di gruppo, mentre per le perdite il trasferimento alla *fiscal unit* è inderogabile e prescinde dalla capienza del reddito di gruppo - ma anche in questo caso dalla fusione tra società

¹² Cfr. R. Michelutti, "Fusione tra società consolidate: ancora incerto il riporto delle perdite", in *Il Fisco* n. 24/2022, pag. 2315.

partecipanti al medesimo consolidato fiscale non possono conseguire particolari vantaggi fiscali in capo alle società partecipanti all'operazione, rispetto alla situazione preesistente, poiché il regime del consolidato fiscale già adottato *ante* fusione prevede comunque una possibilità di “*compensazione*” delle posizioni fiscali soggettive che non avrebbe alcuna diversa prospettiva per il solo effetto della fusione. Anche *post* fusione, infatti, le eccedenze di interessi passivi indeducibili potranno essere utilizzate solo in presenza di eccedenze di RoI/interessi attivi e le eccedenze di Ace solo in presenza di redditi imponibili.

In sostanza, con la fusione e la conseguente “*aggregazione*” degli *assets* fiscali maturati durante il periodo di validità della tassazione di gruppo in capo a un unico soggetto, non si produce alcun vantaggio ulteriore rispetto a quello derivante dalla continuazione del consolidato fiscale, con la conseguenza che l'applicazione alle eccedenze Ace e di interessi passivi maturati in costanza di consolidato dei limiti di riporto di cui all'[articolo 172](#), comma 7, Tuir, appare eccessiva rispetto alla *ratio* antielusiva di detta disposizione.

Pertanto, sarebbe auspicabile che l'Amministrazione finanziaria riveda i principi enunciati dalla [risoluzione n. 42/E/2011](#) e confermi la possibilità di trasferire in modo “*automatico*”, nelle fusioni tra società facenti parte del medesimo consolidato, anche le eccedenze Ace e di interessi passivi indeducibili che si sono formate durante la vigenza della tassazione di gruppo, perché detto trasferimento non appare suscettibile di generare alcun rischio elusivo in conseguenza della fusione¹³. Sussistono, infatti, le medesime ragioni logico-sistematiche che hanno indotto l'Agenzia delle entrate a ritenere inapplicabili le limitazioni di cui all'articolo 172, comma 7, Tuir alle perdite fiscali maturate in vigenza della procedura di tassazione di gruppo.

¹³ Di tale avviso anche M. Leotta, G. Leoni, “*Le operazioni straordinarie nel consolidato fiscale: riporto delle perdite e degli interessi passivi*”, in *La gestione straordinaria delle imprese* n. 1/2013.

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2023

Participation exemption: rilevano i criteri attuali (anche per il passato) nella verifica della “*residenza fiscale*” della società partecipata

Angelo Ginex - avvocato e dottore di ricerca in diritto tributario, Studio Legale Tributario Ginex & Partners

Con la [risposta a interpello n. 481/E/2022](#), l'Agenzia delle entrate ha fornito alcuni chiarimenti circa le modalità di accertamento dei requisiti previsti dall'[articolo 87](#), Tuir, ai fini dell'applicazione del regime della c.d. *participation exemption*. Con specifico riferimento al requisito della residenza fiscale della società partecipata, essa ha chiarito che l'individuazione in uno Stato a fiscalità non privilegiata della partecipata deve essere operata tenendo conto dei criteri oggi previsti dall'[articolo 47-bis](#), Tuir per tutti i periodi d'imposta oggetto di verifica.

Premessa

La disciplina relativa al regime della *participation exemption* (*pex*) è stata introdotta in occasione della riforma del diritto tributario a opera del D.Lgs. 344/2003, al fine di assicurare una “*simmetria*” di trattamento con i dividendi societari, il cui regime fiscale elimina la doppia imposizione economica prevedendo l'esclusione da imposizione per il 95% dell'ammontare percepito.

In conseguenza di ciò, quindi, per la società che detiene una partecipazione in un'altra società, è indifferente, sotto il profilo fiscale, percepire una determinata somma a titolo di dividendi distribuiti dalla partecipata (mediante l'utilizzo delle riserve di utili della stessa) oppure percepire la medesima somma a titolo di corrispettivo di vendita della partecipazione.

Tuttavia, il regime *pex* non si applica a tutte le partecipazioni sociali da cui potrebbero derivare dividendi detassati per il 5%, ma solo a quelle che rispettano contemporaneamente tutti i requisiti elencati dall'[articolo 87](#), Tuir, tra gli altri, lo svolgimento di un'attività commerciale e la residenza in uno Stato o territorio a fiscalità “*non*” privilegiata.

Sul punto si segnala la [risposta a interpello n. 481/E/2022](#), nella quale l’Agenzia delle entrate ha fornito alcuni chiarimenti circa le modalità di accertamento di tali requisiti, tra i quali appaiono molto interessanti quelli concernenti il requisito della residenza fiscale della partecipata.

Pertanto, il presente contributo mira ad approfondire tale documento di prassi, rappresentandone la complessa fattispecie esaminata, la disciplina normativa di riferimento e, soprattutto, la posizione assunta dall’Amministrazione finanziaria.

Fattispecie di riferimento

La fattispecie oggetto dell’istanza di interpello n. 481/E/2022, concerneva una società residente che riceveva un dividendo, fiscalmente qualificato come “*plusvalenza*”, da una società partecipata in liquidazione residente negli Stati Uniti. Più precisamente, il dividendo distribuito dalla partecipata americana veniva fiscalmente qualificato come plusvalenza, in quanto si trattava di somme derivanti dalla distribuzione di riserve di capitali in misura eccedente il costo fiscale della partecipazione.

In relazione a tale plusvalenza, quindi, l’istante poneva 3 distinti quesiti:

1. l’orizzonte temporale di verifica del requisito della commercialità per la partecipata americana, tenuto conto dello stato di “*liquidazione di fatto*”;
2. la valutazione del periodo di monitoraggio della residenza della partecipata, tenuto conto che nel caso specifico la plusvalenza non derivava dalla cessione della partecipazione, ma dalla ripartizione delle riserve di capitale per un importo eccedente il costo fiscale della partecipazione stessa ([articolo 86](#), comma 5-*bis*, Tuir);
3. le modalità di verifica del requisito della residenza, tenuto conto delle modifiche intervenute negli anni in relazione all’individuazione degli Stati e territori a regime fiscale privilegiato.

Il regime della *participation exemption*

Prima di passare ad analizzare i chiarimenti forniti dall’Agenzia delle entrate, è d’uopo rammentare la disciplina normativa che regola la fattispecie in esame.

L’[articolo 87](#), Tuir, disciplina la c.d. *participation exemption*, regime di esenzione che contempla la non imponibilità per le plusvalenze realizzate in occasione della cessione di azioni o quote di partecipazione in società o enti di cui agli articoli [5](#) e [73](#), Tuir, con le eccezioni ivi previste.

In particolare, tale regime prevede che, nel rispetto dei requisiti tutti specificamente indicati nel citato articolo 73, Tuir, le plusvalenze su dette partecipazioni non concorrono alla determinazione del reddito

di impresa nella misura del 95% per i soggetti Ires, e nella misura del 50,28% (dal 2018 la misura scende al 41,86%) per i soggetti Irpef imprenditori.

Come anticipato, le plusvalenze su partecipazioni possono godere dell'esenzione a condizione che risultino verificati contestualmente i requisiti previsti dall'[articolo 87](#), comma 1, Tuir, ossia:

- a) ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente a quello dell'avvenuta cessione;
- b) iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso;
- c) residenza fiscale della società partecipata in Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata;
- d) esercizio da parte della società partecipata di un'attività commerciale o industriale.

I primi 2 requisiti vengono definiti “*soggettivi*”, in quanto devono essere riscontrati in capo al soggetto che possiede la partecipazione; gli ulteriori requisiti (ultimi 2) della residenza fiscale e dell'esercizio di un'impresa commerciale, invece, vengono definiti “*oggettivi*”, poiché devono essere verificati in capo alla società partecipata.

Ai sensi dell'articolo 87, comma 2, Tuir, inoltre, è necessario che i requisiti di cui alle lettere c) e d) sussistano non semplicemente al momento del realizzo della plusvalenza, bensì ininterrottamente a decorrere almeno dall'inizio del terzo periodo di imposta anteriore al realizzo stesso.

Quanto sopra sinteticamente riportato, e in particolare, ai fini che qui interessano, i requisiti di cui alle lettere c) e d), comma 1 del citato articolo 87, Tuir hanno posto all'attenzione degli operatori del diritto diversi problemi interpretativi, sui quali, come detto, sono stati forniti chiarimenti dall'Agenzia delle entrate, con la [risposta a interpello n. 481/E/2022](#).

I requisiti oggettivi: *focus sulla “commercialità” della società partecipata*

L'articolo 87, comma 1, lettera d), Tuir, prevede che, ai fini dell'applicabilità del regime *pex*, la partecipazione sulla quale la plusvalenza è realizzata, deve essere relativa a un soggetto che svolga un'effettiva impresa commerciale ex [articolo 55](#), Tuir.

Secondo quanto previsto da tale disposizione, rientrano nella nozione di “*imprese commerciali*”:

- le attività indicate nell'[articolo 2195](#), cod. civ., ovvero:
 - l'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi;
 - l'attività intermediaria nella circolazione dei beni;

- l'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria;
 - l'attività bancaria o assicurativa;
 - altre attività ausiliarie delle precedenti;
- le prestazioni di servizi non previste dall'[articolo 2195](#), cod. civ., se organizzate in forma di impresa;
- lo sfruttamento di miniere, cave, torbiere, saline, laghi, stagni e altre acque interne;
- l'esercizio delle attività agricole da parte di Snc e Sas, nonché di stabili organizzazioni in Italia di persone fisiche non residenti.

Inoltre, ai sensi del comma 2 del medesimo [articolo 87](#), Tuir, è necessario che il predetto requisito di "commercialità" della società partecipata sussista, ininterrottamente, dall'inizio del terzo periodo di imposta anteriore al realizzo della plusvalenza.

È d'uopo precisare che il criterio formale di qualifica del reddito di impresa previsto dall'[articolo 55](#), Tuir costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, a individuare il requisito della "commercialità". Tale requisito, infatti, deve essere definito sulla base di un criterio sostanziale, secondo il quale non tutti i redditi prodotti nell'esercizio d'impresa sono riferibili a un'attività commerciale nel senso richiesto dalla disciplina in esame (cfr. [circolare n. 7/E/2013](#)).

Sul punto, ad esempio, si è ritenuto che l'attività di mera detenzione di marchi, al fine di percepire le relative *royalties*, non si configura come attività imprenditoriale, bensì quale attività di mero godimento, non suscettibile di essere ricompresa nella nozione di impresa commerciale ai sensi dell'articolo 55, Tuir (cfr. [risoluzione n. 226/E/2009](#)).

Inoltre, nel caso in cui la società partecipata abbia svolto un'attività commerciale e la interrompa antecedentemente alla cessione della partecipazione, qualora il periodo di interruzione dell'impresa commerciale risulti solo momentaneo, in quanto l'impresa continua a essere dotata di una struttura operativa che le consenta di riprendere il processo produttivo in tempi ragionevoli in relazione all'oggetto dell'attività di impresa, il periodo di inattività non è rilevante ai fini della verifica della commercialità.

In tal caso, infatti, l'impresa continua a disporre di una struttura adeguata a soddisfare la domanda del mercato nei termini precedentemente specificati.

Il comma 2 dell'articolo 87, Tuir reca poi una norma di carattere antielusivo, che risulta finalizzata a rendere irrilevanti i trasferimenti della residenza fiscale e/o i cambiamenti di attività svolta dalla società partecipata, effettuati in prossimità della cessione delle partecipazioni.

Tale disposizione, infatti, stabilisce che i requisiti della residenza e della “commercialità” dell’attività devono sussistere ininterrottamente dall’inizio del terzo periodo di imposta anteriore al realizzo della plusvalenza.

Nel caso in cui la società partecipata risulti costituita da meno di 3 anni, affinché il regime *pex* possa trovare applicazione, è sufficiente che il requisito della “commercialità” risulti soddisfatto a decorrere dalla data di costituzione, ancorché ciò implichi inevitabilmente un periodo di riferimento inferiore a quello stabilito dalla norma (cfr. [circolare n. 36/E/2004](#)).

I requisiti oggettivi: focus sulla “residenza fiscale” della società partecipata

La lettera c), comma 1, dell'[articolo 87](#), Tuir, stabilisce che, ai fini dell’applicabilità del regime della *participation exemption*, la società partecipata deve avere la “residenza fiscale” in uno Stato o territorio diverso da quelli a fiscalità privilegiata.

La disciplina normativa di tale requisito ha subito, nel corso del tempo, varie modifiche. In particolare, si rileva che, a decorrere dal 2019, il Legislatore ha modificato l’articolo 87, commi 1, lettera c) e 2, Tuir, al fine di recepire la nuova nozione di Stato a fiscalità privilegiata e le modifiche al regime dei dividendi conseguenti all’attuazione della c.d. Direttiva Atad. Per effetto di tali modifiche, ai fini dell’esenzione prevista dal citato regime *pex*, è necessario che la partecipata abbia la residenza fiscale in uno Stato diverso da quelli a regime fiscale privilegiato, individuati sulla base dei criteri di cui all'[articolo 47-bis](#), comma 1, Tuir.

Più precisamente, l’individuazione in uno Stato a fiscalità privilegiata dipende dalla circostanza che sussista o meno il controllo tra il cedente e la società la cui partecipazione è oggetto di cessione. In difetto di ciò, lo Stato di residenza della società la cui partecipazione è oggetto di cessione, si considera a fiscalità privilegiata nella ipotesi in cui il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello applicabile in Italia.

Il citato articolo 47-bis, Tuir stabilisce altresì che:

“...laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% di quello applicabile in Italia. A tali fini, tuttavia, si tiene conto anche di regimi speciali che non siano applicabili strutturalmente alla generalità dei soggetti svolgenti analoga attività dell’impresa o dell’ente partecipato, che risultino fruibili soltanto in funzione delle specifiche caratteristiche soggettive o temporali del beneficiario e che, pur non incidendo direttamente sull’aliquota, prevedano esenzioni o altre riduzioni della base imponibile idonee a ridurre il prelievo nominale al di sotto del predetto limite e sempreché, nel caso in cui il regime speciale riguardi solo particolari aspetti dell’attività economica complessivamente

svolta dal soggetto estero, l'attività ricompresa nell'ambito di applicazione del regime speciale risulti prevalente, in termini di ricavi ordinari, rispetto alle altre attività svolte dal citato soggetto”.

Se, invece, tra il cedente e la società la cui partecipazione è oggetto di cessione sussista il controllo, lo Stato sarà qualificato o meno a fiscalità privilegiata sulla base del *test* della tassazione effettiva di cui all'[articolo 167](#), comma 4, lettera a), Tuir. Quindi la controllata si considera residente in uno Stato a fiscalità privilegiata, se il livello di imposizione effettiva che sconta nello Stato estero è inferiore al 50% del livello di imposizione effettiva che avrebbe scontato qualora fiscalmente residente in Italia.

Inoltre, è d'uopo precisare che il requisito della residenza in uno Stato diverso da quelli a regime fiscale privilegiato deve sussistere, ininterrottamente, sin dal primo periodo di possesso; tuttavia, per i rapporti detenuti da più di 5 periodi di imposta e oggetto di realizzo con controparti non appartenenti al gruppo del dante causa, è sufficiente che tale condizione sussista, ininterrottamente, per i 5 periodi d'imposta anteriori al realizzo stesso. Ne deriva che per le cessioni effettuate a terzi vi è un periodo di monitoraggio massimo di 5 periodi di imposta e solo con riguardo ai periodi di imposta in cui lo Stato era a fiscalità privilegiata.

In definitiva, se la partecipazione riguarda una società localizzata in uno Stato non considerato a fiscalità privilegiata nei 5 periodi d'imposta precedenti, la plusvalenza da cessione è tassata con gli ordinari criteri previsti per la tassazione in ambito nazionale delle predette plusvalenze, ivi incluso quello di esenzione; viceversa, se lo Stato in cui è localizzata la società partecipata è considerato a fiscalità privilegiata in uno o più dei 5 periodi imposta precedenti, la plusvalenza da cessione non è esente salvo che non si dimostri, con riguardo ai soli periodi d'imposta in cui lo Stato è considerato a fiscalità privilegiata, l'esimente della tassazione congrua di cui all'[articolo 47-bis](#), comma 2, lettera b), Tuir.

La commercialità della società partecipata in liquidazione

Sulla *vexata quaestio* dell'individuazione del triennio da prendere in considerazione ai fini della verifica del requisito della “commercialità” di cui alla lettera d), comma 1 dell'[articolo 87](#), Tuir (primo quesito), sono intervenuti diversi chiarimenti di prassi con specifico riferimento all'ipotesi in cui la cessione delle partecipazioni concerna una società in liquidazione.

Con [circolare n. 10/E/2005](#) (§ 5.6) l'Agenzia delle entrate aveva già chiarito che:

“Considerata la peculiarità della fase di liquidazione della società, il requisito della commercialità di cui al comma 1, lettera d), dell'articolo 87, Tuir, deve sussistere al momento in cui ha avuto inizio la

liquidazione stessa. Ne deriva che anche il requisito temporale di cui al comma 2 dell'articolo 87 ("I requisiti di cui al comma 1, lettere c) e d) devono sussistere ininterrottamente, al momento del realizzo, almeno dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo stesso") deve essere verificato non con riferimento al momento del realizzo della partecipazione, ma con riferimento all'inizio della fase di liquidazione della società partecipata".

Altrimenti detto, nel caso delle società in liquidazione ordinaria, il requisito della commercialità deve sussistere al momento in cui ha avuto inizio la liquidazione, con la conseguenza che il triennio deve essere verificato con riferimento all'inizio della fase di liquidazione della società partecipata. Ciò in quanto la liquidazione costituisce una fase peculiare della vita aziendale che, ai fini della *participation exemption*, non può essere equiparata alla ordinaria attività d'impresa e non può assumere rilevanza nell'esame del requisito della commercialità.

Inoltre, con [circolare n. 7/E/2013](#) (§ 1.1.), l'Agenzia delle entrate aveva altresì precisato che:

"Nell'ipotesi in cui l'interruzione dell'attività derivi da un depotenziamento dell'azienda (ad esempio, a seguito di cessione di asset rilevanti, licenziamento di personale, conseguimento dell'oggetto sociale, etc.), occorre valutare caso per caso se tale depotenziamento non configuri un'ipotesi di "liquidazione di fatto", nel qual caso tornano applicabili i chiarimenti forniti al § 5.6 della circolare n. 10/E/2005 per le società in liquidazione ordinaria".

Ciò significa che secondo l'Amministrazione finanziaria, qualora ricorra l'ipotesi della c.d. "liquidazione di fatto", da valutarsi di volta in volta sulla scorta degli elementi fattuali riferiti dal contribuente ed emergenti dai documenti, deve ritenersi che la liquidazione sia iniziata in un esercizio antecedente rispetto a quello di formale messa in liquidazione volontaria della società partecipata.

Nel documento di prassi citato è stato altresì chiarito che in tale situazione, considerata la peculiarità della fase di liquidazione della società, il requisito della commercialità deve sussistere al momento in cui ha avuto inizio la liquidazione stessa; anche il requisito temporale deve essere verificato non con riferimento al momento del realizzo della partecipazione, ma con riferimento all'inizio della fase di liquidazione della società partecipata.

Con la più recente [risposta a interpello n. 722/E/2021](#) l'Agenzia delle entrate ha ribadito che, ricorrendo l'ipotesi della "liquidazione di fatto", iniziata in un esercizio antecedente rispetto a quello di formale messa in liquidazione volontaria della partecipata (2017), il requisito temporale della commercialità della società partecipata, ai sensi dell'[articolo 87](#), comma 2, Tuir, deve essere verificato con riferimento ai 3 periodi di imposta antecedenti il periodo di imposta in cui si apre la suddetta fase della "liquidazione di fatto" della società partecipata.

Venendo alla risposta in esame, l'Agenzia delle entrate ha confermato le posizioni assunte con i documenti di prassi non appena rammentati. Inoltre, con specifico riferimento alla fattispecie prospettata dalla società istante, l'Agenzia delle entrate ha valorizzato una serie di elementi che configurerebbero il depotenziamento dell'azienda tale da portare alla "liquidazione di fatto": ovvero, mancato rinnovamento dei contratti commerciali, invio alle società locatrici di lettere di interruzione dei contratti, comunicazione ai clienti in merito all'interruzione delle relazioni commerciali, comunicazione ai dipendenti sulla chiusura delle attività, riduzione del costo del personale, riduzione degli investimenti in immobilizzazioni (sintomatico di un depotenziamento dell'azienda iniziato precedentemente alla formale apertura della liquidazione), etc..

In definitiva deve ritenersi che ogni qualvolta la cessione delle partecipazioni concerna una società in liquidazione, occorre valutare caso per caso se vi è stato un "depontenziamento" dell'azienda, sintomatico della volontà di cessare l'attività ancor prima della formale messa in liquidazione della partecipata (c.d. liquidazione di fatto).

In tale ipotesi, come visto, la conseguenza sarà che il requisito temporale della commercialità della società partecipata, ai sensi dell'[articolo 87](#), comma 2, Tuir, deve essere verificato non con riferimento al momento del realizzo della partecipazione, ma con riferimento al triennio antecedente il periodo di imposta in cui si apre la suddetta fase della "liquidazione di fatto" della partecipata.

La residenza fiscale della società partecipata

Per quanto concerne la durata del periodo di osservazione richiesto per accertare il requisito della residenza fiscale (secondo quesito), la *vexata quaestio* che gli operatori del diritto si sono posti è se, nel caso di "plusvalenza" derivante da distribuzione di riserve di capitale, occorra assumere quello pari ai 5 periodi d'imposta anteriori al realizzo (come richiesto nel caso di cessioni verso terzi) ovvero quello che decorre dal primo periodo di possesso della partecipazione (come previsto per le operazioni realizzative infragruppo).

Al riguardo, nella risposta in esame, l'Agenzia delle entrate ha evidenziato che, a seguito delle modifiche apportate dal Decreto Atad, la regola generale prevista dal comma 2 dell'articolo 87, Tuir è nel senso che il requisito di cui alla lettera c) del comma 1, deve sussistere, ininterrottamente, sin dal primo periodo di possesso.

Tuttavia, è altresì previsto un periodo di sorveglianza ridotto (pari a 5 periodi d'imposta anteriori al realizzo) con esclusivo riferimento ai rapporti detenuti da più di 5 periodi di imposta, nel caso di cessioni effettuate nei confronti di controparti non appartenenti allo stesso gruppo del dante causa.

Inoltre, si è sottolineato che la Relazione illustrativa al Decreto Atad chiarisce che:

“la dimostrazione dell'esimente di cui alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 47-bis, per le cessioni effettuate con controparti che non appartengono allo stesso gruppo del cedente, deve essere effettuata con riferimento ad un periodo di monitoraggio massimo di cinque periodi d'imposta e soltanto con riguardo ai soli periodi d'imposta in cui il Paese è considerato a fiscalità privilegiata. Coerentemente, se la partecipata non è invece considerata assoggettata a un regime fiscale privilegiato, la fruizione della esenzione della plusvalenza è concessa, per le cessioni extra gruppo, per il solo fatto che tale condizione sia soddisfatta per il quinquennio precedente”.

Sulla scorta di ciò, l'Agenzia delle entrate ha concluso che, nel caso di plusvalenze derivanti dalla distribuzione di riserve di capitale (in misura eccedente rispetto al costo fiscale della partecipazione) non si rende mai applicabile il periodo di monitoraggio quinquennale in parola, dacché tale criterio trova applicazione solo al ricorrere delle condizioni espressamente indicate, rappresentando un'eccezione alla regola generale del periodo di monitoraggio “*sin dal primo periodo di possesso*”.


In relazione poi alla questione maggiormente critica e rilevante, concernente i criteri da adottare per stabilire se lo Stato della partecipata abbia natura di fiscalità privilegiata o meno (terzo quesito), l'Agenzia delle entrate, in disaccordo con la soluzione prospettata dalla società istante, ha ritenuto che, in mancanza di una norma analoga a quella prevista per i dividendi, debbano essere applicati i criteri oggi previsti dall'[articolo 47-bis](#), Tuir, per tutti gli anni oggetto di verifica (quindi, *tax rate* nominale in caso di collegamento e *tax rate* effettivo in caso di controllo).

Essa ha altresì precisato che tali criteri vanno applicati sin dalla costituzione della partecipata, fatto salvo il minor periodo di sorveglianza (5 anni) valevole esclusivamente per le plusvalenze derivanti da cessioni nei confronti di terzi; resta inteso che i medesimi non possano trovare applicazione per i periodi d'imposta antecedenti al 2001, in quanto non era in vigore alcuna normativa in materia di partecipazioni detenute in Stati o territori a fiscalità privilegiata.

Secondo l'Agenzia delle entrate, quindi, il requisito della residenza in uno Stato a fiscalità non privilegiata della società partecipata, deve essere verificato tenendo conto dei criteri oggi previsti dal citato [articolo 47-bis](#), Tuir, per tutti i periodi d'imposta anteriori al realizzo.



Da ciò consegue che la disciplina delle plusvalenze risulta disallineata rispetto a quella dei dividendi, per i quali è prevista l'applicazione delle norme *pro tempore* vigenti negli esercizi di maturazione degli utili.

Special Event

 **Euroconference**
Centro Studi Tributari

Special Event Lavoro di 1 giornata intera - Diretta web

REGOLE DI BASE PER LO SVOLGIMENTO DEL LAVORO DI REVISIONE CONTABILE IN VISTA NOMINA SU NANO IMPRESE

 23 febbraio 2023  09.00 - 13.00 / 14.00 - 17.00

ACCEDI AL SITO

Per partecipare alla sede Web, è necessario disporre di un computer personale con webcam e audio perfettamente funzionanti

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2023

L'onere della prova nell'abuso del diritto: tra norma e dimostrazione

Gianfranco Antico – pubblicista

L'attività di verifica fiscale può consentire di disconoscere gli effetti di una certa operazione, qualora risulti che il fine a questa sotteso sia rappresentato, in via esclusiva o prevalente, da un indebito risparmio d'imposta.

In questo intervento, dopo aver delineato il perimetro dell'abuso del diritto, normato dall'[articolo 10-bis](#), L. 212/2000, si verifica come oggi vada letto, in ordine all'onere della prova, a seguito delle modifiche apportate dalla L. 130/2022, che attraverso l'[articolo 6](#), ha introdotto all'interno dell'[articolo 7](#), D.Lgs. 546/1992, il comma 5-bis.

Il perimetro dell'abuso del diritto

L'abuso del diritto o elusione fiscale segna l'area di confine fra la libertà di perseguire legittimamente le soluzioni più vantaggiose sul piano fiscale, come manifestazioni del principio costituzionale della libertà di iniziativa economica e la violazione espressa di disposizioni di legge.

In materia tributaria, il divieto di abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente di conseguire vantaggi fiscali mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio d'imposta, in assenza di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici.

L'articolo 10-bis, L. 212/2000, ha unificato i concetti di "elusione" e "abuso del diritto", in modo da garantire un'applicazione uniforme della disciplina anti abuso, contemperando le esigenze di certezza e stabilità degli operatori con quelle dell'Amministrazione finanziaria, e ha contestualmente abrogato l'[articolo 37-bis](#), D.P.R. 600/1973, prevedendo che le disposizioni che richiamano tale articolo si intendono ora riferite all'articolo 10-bis, L. 212/2000.

Le espressioni "abuso del diritto" o "elusione fiscale" sono concetti sostanzialmente simili, attraverso i quali si vogliono significare quei comportamenti del contribuente che, seppur formalmente rispondenti a una determinata disciplina, danno luogo a benefici fiscali non previsti e che, verosimilmente, non sarebbero stati riconosciuti qualora il Legislatore li avesse regolamentati in modo esplicito, oppure a

condotte tese a strumentalizzare le imperfezioni delle norme vigenti. La G. di F. nella circolare n. 1/2018 li definisce “*asimmetrie*” del sistema¹: conseguimento dei vantaggi fiscali di cui non si sarebbe potuto usufruire qualora lo specifico regime impositivo fosse stato disciplinato in modo analitico.

L'[articolo 10-bis](#), comma 4, L. 212/2000, prevede la libertà per il contribuente di scegliere tra i diversi regimi opzionali offerti dalla legge e tra operazioni che comportano un differente carico fiscale; il successivo comma 12 evidenzia poi che, in sede di accertamento, l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie².

Pertanto, il comma 12, del più volte richiamato articolo 10-bis, L. 212/2000, assume un ruolo centrale, in quanto non si limita a ribadire la non sovrapposibilità dell'evasione fiscale all'abuso del diritto, ma estende l'ambito di operatività della nuova disciplina anche a ciò che non costituisce violazione di legge.

Il discrimine tra condotta abusiva e lecito risparmio d'imposta va, dunque, rintracciato nell'indebito vantaggio conseguito, tenendo presente che il carattere “*indebito*” del risparmio d'imposta presuppone una “*disapprovazione*” del sistema, rispetto al risultato concretamente conseguito e comporta, quindi, che vi sia stata la violazione di un divieto latente nel sistema stesso.

In quest'ambito, le operazioni circolari³ non determinano una modificazione significativa dell'assetto giuridico economico preesistente del contribuente, essendo state le stesse poste in essere non per esigenze gestionali, ma per finalità prettamente fiscali; le operazioni lineari⁴ hanno, invece, l'effetto di produrre modificazioni significative nella posizione giuridico economica del contribuente.

Affinché possa concretizzarsi l'abuso del diritto è poi indispensabile che il beneficio fiscale sia essenziale rispetto alle altre eventuali finalità economiche perseguite dal contribuente.

Quindi, deve trattarsi di operazioni che, pur determinando, di fatto, un risparmio fiscale, sono caratterizzate dalla presenza prevalente di ragioni diverse da quelle tributarie⁵.

¹ Cfr. G. Antico, “*Abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta. Le indicazioni della GdF*”, in Accertamento e contenzioso n. 38/2018.

² Cfr. circolare n. 1/2018 della G. di F.. Dal combinato disposto delle richiamate disposizioni ne discende “*che il lecito risparmio di imposta, l'abuso del diritto e l'evasione fiscale sono nozioni mai sovrapponibili che, muovendosi su piani normativi diversi, si pongono in rapporto di reciproca esclusione. L'abuso del diritto trova, quindi, collocazione nello spazio compreso tra le ipotesi di violazione delle previsioni in materia fiscale specificamente perseguite e il legittimo risparmio di imposta*”.

³ Le operazioni che si sviluppano secondo uno schema che non determina, oltre ai benefici di tipo fiscale, modificazioni sostanziali, sul piano giuridico ed economico, rispetto alla situazione iniziale.

⁴ Operazioni che si sviluppano in sequenze di negozi giuridici che, pur determinando una modifica degli assetti economici, sono caratterizzate da “*incoerenza*” giuridica, in quanto declinate attraverso l'adozione di forme diverse e indirette rispetto a quelle di altri negozi che avrebbero consentito, in maniera diretta, la soddisfazione del medesimo interesse *extra* fiscale.

⁵ Cfr. la Relazione illustrativa al D.Lgs. 128/2015, secondo cui rientrano nelle ragioni economiche *extra* fiscali non marginali anche quelle che, pur non incidendo su operazioni produttive di redditività immediata, rispondono, comunque, a esigenze di natura organizzativa che comportano un miglioramento strutturale e funzionale dell'attività economica del contribuente.

In buona sostanza, non può ravvisarsi l'abuso del diritto se con l'operazione effettuata si realizza un legittimo risparmio d'imposta, in linea con gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, ancorché questi ultimi determinino un minore carico fiscale rispetto a soluzioni alternative.

La motivazione dell'atto

In diritto amministrativo la motivazione – consistente nella indicazione delle ragioni che stanno a base della scelta operata attraverso l'atto adottato - è richiesta nella generalità dei casi nei quali l'Amministrazione eserciti il proprio potere⁶.

La mancanza di discrezionalità nella determinazione dell'imposta pone il diritto tributario, rispetto al diritto amministrativo, in una posizione diversa.

Infatti, come osservato da autorevole dottrina⁷:

“l'assenza, da parte degli uffici finanziari, di valutazioni dispositive di interessi economico sostanziali, differenzia la motivazione degli atti impositivi da quella degli atti espressione di discrezionalità amministrativa. L'ufficio fiscale non deve infatti spiegare come ha contemperato una pluralità di interessi contrattuali tra di loro, ma deve solo indicare le ragioni fattuali e giuridiche di un atto suscettibile di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del destinatario, consentendo a questo di valutare se – e per quali motivi – proporre ricorso”.

La motivazione dell'accertamento tributario, elemento necessario dell'atto, in funzione di tutela di diritti costituzionalmente garantiti previsti dagli articoli [24](#) e [113](#), Costituzione, assume quindi una funzione di garanzia nei confronti del destinatario dell'atto, poiché è solo attraverso la motivazione che a quest'ultimo è consentito di reagire agli effetti negativi che produce l'atto, nelle forme consentite dalla legge.

È nella fase decisoria del procedimento di accertamento che diviene essenziale l'articolazione della motivazione del provvedimento adottato, che consente di avere un atto perfetto, pur se ancora non efficace.

E in ambito tributario, la motivazione degli atti impositivi e, in particolare, degli atti di accertamento, descrive l'insieme delle argomentazioni su cui si fonda la pretesa dell'ufficio, al fine di rendere edotto il contribuente delle ragioni di fatto e di diritto su cui gli atti medesimi si fondano, informando, altresì, il destinatario dell'atto sulle ragioni di un provvedimento autoritativo, suscettibile di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del destinatario.

⁶ Cfr. A. M. Sandulli, “Manuale di diritto Amministrativo”, XV Edizione, pag. 693; L. Ferlazzo Natoli, “La motivazione degli atti”, in Rivista della Guardia di Finanza, n. 6/2002; F. Gallo, “Motivazione e prova nell'accertamento tributario: l'evoluzione del pensiero della Corte”, in Rassegna Tributaria, 2001, pag. 1088.

⁷ R. Lupi, “Manuale giuridico professionale di diritto tributario”, III edizione, pag. 94.

La motivazione è, pertanto, uno strumento di controllo della legalità dell'azione amministrativa, oltre che mezzo attraverso il quale il contribuente, *causa cognita*, si difende di fronte alla pretesa dell'Amministrazione finanziaria.

La motivazione spiega, quindi, una funzione di “*cerniera della legalità*”, consentendo il sindacato giurisdizionale della legittimità e correttezza dell'operato dell'Amministrazione finanziaria, costituendo una sorta di barriera contro possibili abusi.

L'accertamento dell'abuso del diritto

In forza di quanto disposto dai commi da 6 a 9, [articolo 10-bis](#), L. 212/2000, senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice nei termini stabiliti per i singoli tributi, l'abuso del diritto è accertato con apposito atto, che va preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di 60 giorni⁸, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto.

Fermo quanto disposto per i singoli tributi, l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente. Di fatto, il Legislatore richiede una motivazione “*super rafforzata*”, dal momento che è necessaria una motivazione specifica, integrata dai chiarimenti forniti dal contribuente. L'Amministrazione finanziaria ha, quindi, l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio⁹, mentre il contribuente ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni *extra* fiscali¹⁰.

In pratica, l'onere di dimostrare le modalità di manipolazione e di alterazione degli strumenti giuridici utilizzati, nonché la loro mancata conformità a una normale logica di mercato sono a carico dell'Amministrazione finanziaria¹¹; la prova dell'esistenza di valide ragioni *extra* fiscali alternative o concorrenti, che giustificano il ricorso a tali strumenti, è invece a carico del contribuente.

⁸ La richiesta di chiarimenti è notificata dall'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 60, D.P.R. 600/1973, entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. Tra la data di ricevimento dei chiarimenti ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta e quella di decadenza dell'Amministrazione finanziaria dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di 60 giorni. In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei 60 giorni.

⁹ Cfr. M. Villani, I. Pansardi, *Abuso del diritto*, 2016, secondo cui “*la soluzione della non rilevanza d'ufficio è dirompente, sovversiva dello “status quo”, ma ripristinatore della certezza giuridica e della coerenza del sistema, se lo si legge come indiretto tentativo di sterilizzare, con la codificazione del divieto di abuso, la ferma ma errata giurisprudenza di legittimità che riconosce al giudice tributario la possibilità di rilevare d'ufficio l'abuso del diritto, in ogni stato e grado del giudizio, a prescindere dall'esistenza di qualsiasi allegazione al riguardo ad opera delle parti*”.

¹⁰ La stessa Corte di Cassazione, nella sentenza n. 31772/2019, affida al giudice di merito non il compito di accertare se l'operazione controversa sia elusiva, perché realizzata in un modo piuttosto che in un altro, ma di valutare se l'operazione concretamente realizzata sia elusiva, perché avrebbe potuto conseguirsi il medesimo risultato in forme diverse. Cosa che aveva fatto l'ufficio in sede di accertamento.

¹¹ La G. di F. – nella circolare n. 1/2018 - si occupa specificatamente delle modalità di verbalizzazione del rilievo, nel caso in cui i verificatori ritengano astrattamente configurabile l'ipotesi di abuso, in relazione a specifiche operazioni. L'obbligo di una specifica motivazione, a pena di nullità, in ordine alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali conseguiti, nonché ai chiarimenti che il

L'onere della prova

Se la motivazione serve a spiegare il fondamento della pretesa tributaria in modo da consentire al contribuente di decidere se ricorrere o meno davanti al giudice tributario, non essendo necessario dare la prova dell'esistenza di quanto affermato, la prova serve a convincere il giudice nel processo.

Occorre operare, quindi, una netta distinzione tra motivazione e prova, perché potrebbero esserci avvisi di accertamento ben motivati, ma basati su fatti non provati. Vi possono essere, pertanto, accertamenti basati su affermazioni motivate adeguatamente, ma prive di fondamento probatorio.

Si può, quindi, dire che la prova descrive la motivazione, o addirittura, viceversa, la motivazione è essa stessa la prova, specialmente in considerazione del fatto che la prova certa, in campo tributario, è rara e che anche un qualsiasi documento (fattura, ricevuta fiscale, contratto) che attesti una determinata situazione di fatto deve essere comunque interpretato e supportato da un ragionamento, semplicissimo o complesso, ma indispensabile per far assurgere detto elemento al rango di prova.

Occorre, quindi, “*provare*” la pretesa tributaria attraverso un ragionamento logico giuridico sulla base delle risultanze istruttorie (documenti, pvc) che sono le cosiddette prove in senso stretto.

Per tradizione è sempre stato sostenuto che l'onere della prova dei maggiori componenti positivi di reddito spetterebbe all'Amministrazione finanziaria, mentre ai contribuenti è demandata la dimostrazione dell'esistenza dei fatti che danno luogo a oneri e costi deducibili¹², compresi i requisiti dell'inerenza e dell'imputazione ad attività produttive di ricavi¹³.

Resta fermo che la “*prova*” va fornita in giudizio, poiché il processo tributario è di “*impugnazione – merito*”, e comporta comunque la presenza di un atto amministrativo che funge da “*filtro*” rispetto alla conoscenza dei fatti da parte del giudice.

contribuente ha l'onere di fornire per dimostrare l'esistenza delle valide ragioni *extra* fiscali, non marginali, rende opportuna l'anticipazione, nel corso dell'attività ispettiva, di un contraddittorio tra il contribuente e i verificatori. In tali circostanze, i verificatori dovranno convocare il rappresentante legale del soggetto sottoposto a verifica, attraverso la notifica *brevi manu* di una richiesta, formulata per iscritto, illustrativa dei motivi per i quali si ritiene configurabile, nel caso di specie, un'ipotesi di abuso del diritto, dandone atto nel verbale di verifica giornalmente redatto. Le informazioni e i chiarimenti richiesti al contribuente – che dovranno essere forniti da questi entro un termine ritenuto congruo – e le relative risposte saranno fatti risultare in un apposito processo verbale di verifica giornaliero, sottoscritto dai verbalizzanti e dalla parte. Conclude il documento di prassi della G. di F. rilevando la possibilità per il contribuente, al di là dell'attivazione preliminare del contraddittorio, di fornire i chiarimenti necessari per dimostrare la non abusività delle operazioni realizzate nella successiva fase accertativa.

¹² “*In tema di accertamento delle imposte sui redditi, spetta all'Amministrazione finanziaria dimostrare i fatti costitutivi della maggiore pretesa tributaria azionata, fornendo la prova di elementi e circostanze a suo avviso rivelatori dell'esistenza di un maggior reddito, mentre è onere del contribuente, il quale intenda contestare la capacità dimostrativa di quei fatti, oppure sostenere l'esistenza di circostanze modificative o estintive dei medesimi, dimostrare a sua volta gli elementi sui quali le sue eccezioni si fondano*” (cfr. da ultimo Cassazione n. 13509/2009). Invero – osserva Cassazione n. 37846/2022 – “*poiché i costi d'impresa integrano, rispetto alle riprese rassegnate dall'Amministrazione nell'avviso, elementi negativi idonei a ridurre l'entità delle stesse, incombe sul contribuente, prima ancora che dimostrarne la sussistenza, allegarne i presupposti, quali fatti idonei a parzialmente contrastare la pretesa pubblica. D'altronde, siffatto onere allegatorio, ed in ragione di ciò altresì propriamente probatorio, del contribuente trova ulteriore specifica ragion d'essere, con riferimento ai costi d'impresa, nella necessità che questi posseggano i requisiti legali di deducibilità, che soltanto il contribuente è in grado di comprovare, attingendo alla contabilità d'impresa e comunque esplicitando le condizioni di esercizio dell'attività*”.

¹³ Fra le altre, cfr. Cassazione n. 14798/2012.

L'onere probatorio in rapporto all'abuso del diritto

Come anticipato, l'[articolo 6](#), L. 130/2022, è intervenuto sull'[articolo 7](#), D.Lgs. 546/1992, aggiungendo, a decorrere dal 16 settembre 2022, dopo il comma 5 il comma 5-bis:

“L'Amministrazione prova in giudizio le violazioni contestate con l'atto impugnato. Il giudice fonda la decisione sugli elementi di prova che emergono nel giudizio e annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni. Spetta comunque al contribuente fornire le ragioni della richiesta di rimborso, quando non sia conseguente al pagamento di somme oggetto di accertamenti impugnati”.

In pratica la prova si forma in giudizio, pur se già magari l'atto di accertamento contiene gli elementi probatori¹⁴.

Se è ormai innegabile l'intreccio tra motivazione e prova¹⁵, nel caso specifico dell'abuso del diritto bisogna innanzitutto prendere atto che si utilizza il termine dimostrazione e non quello di prova.

Pur se la dimostrazione è un termine tecnico, quasi matematico, mentre il termine prova ha carattere più generale, il primo viene utilizzato quale sinonimo di prova.

La stessa Cassazione utilizza i termini come sinonimi. Infatti, nell'[ordinanza n. 31878/2022](#)¹⁶ – pronuncia che ha destato l'attenzione degli operatori, in quanto per la prima volta ha chiamato in causa il comma 5-bis, dell'articolo 7, D.Lgs. 546/1992, introdotto dalla L. 130/2022 – gli Ermellini hanno affermato che a fronte del complesso quadro indiziario fornito dall'ufficio, la società aveva l'onere di dimostrare la propria buona fede¹⁷.

E pure nella scheda della Camera dei Deputati, in ordine al procedimento di accertamento dell'abuso del diritto, si parla di onere della prova.

Nell'abuso del diritto il fatto è incontrovertibile, l'operazione è quella che si è realizzata; il problema vero è l'interpretazione e la valutazione di quel fatto, attraverso la dimostrazione.

¹⁴ Si ricorda che l'articolo 56, D.P.R. 633/1972, ai fini Iva, impone già che nelle rettifiche analitiche delle dichiarazioni, di cui all'articolo 54, D.P.R. n. 633/1972, notificate ai contribuenti “devono essere indicati, specificatamente, a pena di nullità, gli errori, le omissioni e le false o inesatte indicazioni su cui è fondata la rettifica e i relativi elementi probatori. Per le omissioni e le inesattezze desunte in via presuntiva devono essere indicati i fatti certi che danno fondamento alla presunzione”. Analoga previsione – in ordine agli elementi probatori - non è invece contenuta nell'articolo 42, D.P.R. 600/1973.

¹⁵ Cfr. M. Ligrani, P. Saggese, “L'onere della prova nel processo tributario, a seguito della Legge 31 agosto 2022, N.130, del 14 dicembre 2022”, documento di ricerca FNC.

¹⁶ Conforme Cassazione n. 31880/2022.

¹⁷ Cfr. G. Antico, “Fatture soggettivamente false: non muta l'onere della prova”, in Il fisco, n. 46/2022, pag. 4472.

E nello specifico, di recente, la Corte di Cassazione, con la [sentenza n. 27709/2022](#), in ordine a una operazione di scissione parziale, ha sostenuto che:

“l'operazione economica che non trova giustificazione extra fiscale ed è diretta essenzialmente a conseguire un risparmio d'imposta costituisce "condotta abusiva" e la prova del disegno elusivo incombe sull'Agenzia delle entrate, ma questa non si estende alla dimostrazione della necessaria preordinazione ex ante del compimento di tutti i negozi e i fatti giuridici che realizzano la fattispecie, ben potendo essere dirimente un accordo stipulato tra le parti che ricostruisce il collegamento teleologico tra tutte le singole operazioni, sia anteriori alla sua stipula, sia poste in essere successivamente”¹⁸.

Brevi conclusioni finali

Gli Ermellini, nella [pronuncia n. 31878/2022](#), già citata, ritengono che il nuovo comma 5-*bis* non stabilisca, in ordine alle violazioni per le quali non vi siano presunzioni legali, un *onus probandi* diverso o più gravoso rispetto ai principi vigenti in materia, essendo coerente con le ulteriori modifiche legislative in tema di prova, che assegnano all'istruttoria dibattimentale un ruolo centrale. Pertanto, la norma non fa altro che ribadire quanto già previsto in ordine all'onere probatorio gravante in giudizio sull'Amministrazione finanziaria, senza che ciò muti l'onere della prova.

E a nostro avviso, i giudici di piazza Cavour non si sono riferiti alla sola “*materia*” delle operazioni soggettivamente inesistenti (oggetto del caso di specie) ma hanno voluto affermare un principio di carattere generale, per tutte le ipotesi non assistite da presunzioni legali che comportino l'inversione dell'onere probatorio¹⁹.

Se in via di principio l'Amministrazione finanziaria non ha l'obbligo di indicare già in motivazione tutte le prove a sostegno della pretesa erariale²⁰, nell'ipotesi dell'abuso del diritto il particolare procedimento accertativo prima visto impone una dimostrazione anticipata, restando ferma, tuttavia, la possibilità, in giudizio, di aggiungere ulteriori prove (per esempio, utilizzando la prova testimoniale, che ha trovato un ingresso secondario attraverso la riformulazione delle disposizioni contenute

¹⁸ La prova, sia del disegno elusivo, sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato (Cassazione n. 1465/2009) e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, “*incombe sull'Amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustificano operazioni in quel modo strutturate*”.

¹⁹ Così che perderebbe di interesse il dibattito sull'applicazione della norma ai procedimenti in corso ovvero solo ai processi avviati dal 16 settembre 2022, data di entrata in vigore della riforma sulla giustizia tributaria.

²⁰ Sulla tematica si rinvia all'interessante contributo di P. Fabbrocini, “*Nuovo processo tributario. Analisi dei primi dubbi applicativi*”, in [www.fiscooggi.it](#), edizione del 23 settembre 2022.

nell'[articolo 7](#), comma 4, D.Lgs. 546/1992, mitigando il divieto ivi previsto attraverso l'utilizzo delle disposizioni contenute nell'[articolo 257-bis](#), c.p.c.).

In conclusione, pur se la fase giudiziale può consentire l'acquisizione di altri elementi di prova, la motivazione dell'avviso di accertamento da abuso del diritto dovrebbe già essere tale da consentire la "resistenza" dello stesso in giudizio.

SPECIALE LEGGE DI BILANCIO 2023: scopri tutti gli eventi

Legge di bilancio 2023: le novità in sintesi e i chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate

in diretta web il **2 febbraio** dalle **ore 14:30**

Disciplina Superbonus alla luce del Decreto Aiuti-quater: novità e ultimi chiarimenti delle Entrate

in diretta web il **3 febbraio** dalle **ore 14:30**

Nuova "pace fiscale": novità e ultimi chiarimenti dalle Entrate

in diretta web il **9 febbraio** dalle **ore 14:30**

Forfettari e flat tax: novità e ultimi chiarimenti delle Entrate

in diretta web il **10 febbraio** dalle **ore 14:30**

Assegnazione agevolata e trasformazione in società semplice: novità e ultimi chiarimenti delle Entrate

in diretta web il **14 febbraio** dalle **ore 14:30**

Crediti d'imposta energia e gas: novità e ultimi chiarimenti delle Entrate

in diretta web il **16 febbraio** dalle **ore 14:30**

Tassazione delle cripto-attività: novità e ultimi chiarimenti delle Entrate

in diretta web il **20 febbraio** dalle **ore 14:30**

**Acquista il Percorso completo che include tutti e 7 gli incontri
Speciale legge di bilancio 2023 >**

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2023

La rilevanza fiscale “condizionata” della correzione degli errori contabili

Gianluca Cristofori - dottore commercialista, STC - Studio Tributario Cristofori

Fabrizio Ricci - dottore commercialista, STC - Studio Tributario Cristofori

Breve disamina di taluni profili critici che connotano la disciplina della rilevanza fiscale della correzione degli errori contabili operata in bilancio, così come introdotta con il c.d. “Decreto Semplificazioni” che, a pochi mesi dalla sua introduzione, ha già subito una modifica volta a circoscriverne il perimetro di applicazione sul piano soggettivo.

Con il presente breve contributo si è inteso analizzare i principali dubbi concernenti taluni profili critici che connotano la disciplina della rilevanza fiscale della correzione degli errori contabili operata in bilancio, così come introdotta con il c.d. “Decreto Semplificazioni”¹ e modificata con la c.d. “Legge di Bilancio 2023”². Come noto, infatti, il Legislatore, con l'[articolo 8](#), commi 1, lettera b) e 1-bis, D.L. 73/2022, ha esteso – con dichiarate finalità di semplificazione³ – il c.d. “principio di derivazione rafforzata” anche con riguardo alle poste contabilizzate a seguito del processo di correzione degli errori contabili, superando la precedente impostazione secondo la quale si doveva giocare a far ricorso a dichiarazioni fiscali integrative.

A tal riguardo, si rammenta che, sino all'introduzione della modifica in rassegna, per tutti i soggetti passivi esercenti attività d'impresa⁴ i componenti reddituali rilevati a seguito della correzione di errori contabili non potevano assumere immediato rilievo fiscale, in quanto non presentavano i requisiti per la deduzione delle eventuali sopravvenienze passive ai sensi dell'[articolo 101](#), Tuir, né per l'assoggettamento a tassazione delle sopravvenienze attive di cui all'[articolo 88](#), Tuir⁵.

¹ Articolo 8, D.L. 73/2022, convertito, con modificazioni, dalla L. 122/2022.

² Articolo 1, comma 273, L. 197/2022.

³ Relazione illustrativa del D.L. 73/2022: “La modifica all'articolo 83, Tuir attribuisce rilevanza fiscale alla correzione degli errori nell'esercizio in cui viene effettuata in conformità ai principi contabili esistenti, evitando così alle imprese la presentazione di un'apposita dichiarazione integrativa (Ires Irap) del periodo in cui la componente di reddito avrebbe dovuto essere contabilizzata ed eliminando i connessi oneri di adempimento. In considerazione delle predette finalità di semplificazione della modifica e del principio di carattere generale in base al quale la rettifica delle dichiarazioni non può comportare, in ogni caso, la riapertura di periodi d'imposta per i quali siano già spirati i termini di decadenza dell'attività di accertamento, la rilevanza fiscale delle poste derivanti dalla correzione di errori contabili è, in ogni caso, esclusa per le componenti negative di reddito in relazione alle quali, con riferimento al periodo d'imposta di corretta imputazione contabile, è scaduto il termine per la presentazione della dichiarazione integrativa”.

⁴ A prescindere dal fatto che gli stessi potessero applicare il c.d. “principio di derivazione rafforzata”, oppure no.

⁵ Cfr. [circolare n. 31/E/2013](#).

Conseguentemente – e in estrema sintesi – nell'ipotesi in cui il contribuente non avesse, per esempio, imputato un componente negativo di reddito nel corretto esercizio di competenza e, in un periodo d'imposta successivo, lo avesse tardivamente contabilizzato per correggere l'errore, lo stesso avrebbe dovuto operare, in sede di dichiarazione dei redditi riferita al periodo d'imposta in cui avveniva la correzione dell'errore, una variazione in aumento per sterilizzare, sul piano fiscale, l'onere transitato dal Conto economico, ovvero astenersi dall'operare una variazione in diminuzione per far concorrere alla determinazione del reddito d'esercizio il predetto componente ove imputato al patrimonio netto, correggendo successivamente, attraverso la presentazione di una dichiarazione integrativa "a favore", il reddito relativo all'annualità in cui si era originariamente registrata l'omessa imputazione. Coerentemente, nel caso in cui il contribuente non avesse, per esempio, imputato un componente positivo di reddito nel corretto esercizio di competenza e, in un periodo d'imposta successivo, lo avesse tardivamente contabilizzato per correggere l'errore, lo stesso avrebbe dovuto operare, in sede di dichiarazione dei redditi riferita al periodo d'imposta in cui avveniva la correzione dell'errore, una variazione in diminuzione per sterilizzare, sul piano fiscale, il provento transitato dal Conto economico, ovvero astenersi dall'operare una variazione in aumento per far concorrere alla determinazione del reddito d'esercizio il predetto componente ove imputato al patrimonio netto, avendo tuttavia l'onere di ravvedere, preventivamente, la dichiarazione dei redditi relativa all'annualità in cui si era originariamente registrata l'omessa imputazione.

Tanto premesso, a seguito delle modifiche recate dall'[articolo 8](#), comma 1, lettera b), D.L. 73/2022, l'attuale formulazione dell'[articolo 83](#), Tuir prevede che *"I criteri di imputazione temporale di cui al terzo periodo valgono ai fini fiscali anche in relazione alle poste contabilizzate a seguito del processo di correzione degli errori contabili. La disposizione di cui al quarto periodo non si applica ai componenti negativi di reddito per i quali è scaduto il termine per la presentazione della dichiarazione integrativa di cui all'articolo 2, comma 8, D.P.R. 322/1998, e, sussistendo gli altri presupposti, opera soltanto per i soggetti che sottopongono il proprio bilancio d'esercizio a revisione legale dei conti"*. La medesima regola, inoltre, assume rilevanza anche ai fini della determinazione del valore della produzione ai fini dell'Irap, ai sensi dell'articolo 8, comma 1-bis, D.L. 73/2022, a norma del quale *"Le poste contabilizzate a seguito del processo di correzione degli errori contabili effettuato ai sensi dell'articolo 83, comma 1, quarto periodo, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986, introdotto dal comma 1, lettera b), del presente articolo, rilevano anche ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive, di cui al titolo I del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446. Il primo periodo del presente comma non si applica ai componenti negativi del valore della produzione netta per i quali è scaduto il termine per la presentazione della*

dichiarazione integrativa prevista dall'articolo 2, comma 8, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322, e, sussistendo gli altri presupposti, opera soltanto per i soggetti che sottopongono il proprio bilancio d'esercizio a revisione legale dei conti”.

In sostanza, al fine di dare rilevanza fiscale “automatica” alla correzione degli errori contabili operata in bilancio, viene adottata, anche ai fini fiscali, “...la stessa soluzione semplificatoria prevista per il bilancio: dando, cioè, alla correzione dell'errore la stessa valenza che assume ai fini contabili e, cioè, quella di legittimare tanto il bilancio viziato dall'errore e, con tale legittimazione, la conseguente determinazione dell'imponibile ai fini delle imposte sui redditi e dell'Irap assunta per derivazione dal bilancio medesimo, quanto l'imponibile derivante dal bilancio in cui l'errore viene corretto”⁶.

Ambito soggettivo di applicazione

Nella sua prima stesura⁷, la nuova disciplina riguardava tutte le imprese che determinano la propria base imponibile ai fini dell'Ires applicando il c.d. “principio di derivazione rafforzata” e, cioè, quelle per le quali – ai sensi dell'[articolo 83](#), Tuir – valgono anche ai fini fiscali i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione previsti dai Principi contabili. Si tratta:

1. delle imprese che redigono il bilancio secondo i Principi contabili internazionali Ias/Ifrs;
2. dei soggetti che redigono il bilancio secondo le disposizioni del codice civile (comprese quelle che redigono il bilancio c.d. “in forma abbreviata”);
3. delle c.d. “micro imprese” che hanno tuttavia optato per la redazione del bilancio in forma ordinaria⁸.

Secondo Assonime⁹, a tale elenco andrebbero aggiunte anche le medesime “micro imprese” che avessero optato per la redazione del bilancio “in forma abbreviata”, posto che “... motivi logico-sistematici dovrebbero indurre invece a ritenere applicabile anche a quest'ultime imprese la c.d. derivazione rafforzata”.

Sul punto, l'associazione aggiunge che “...tale conclusione assume tanto più rilievo se si considera che l'esclusione di tali imprese da una disciplina così importante, quale quella della correzione degli errori contabili con effetti fiscali, non trova particolare giustificazione una volta che la tipologia del bilancio adottato – quella cioè prevista dall'articolo 2435-bis, cod. civ. – è la stessa delle imprese che rientrano a buon diritto nell'ambito applicativo della nuova disposizione”. Rimangono, invece, certamente escluse le micro imprese che, in quanto tali, decidessero di fruire delle semplificazioni nell'informativa di bilancio previste dall'[articolo 2435-ter](#), cod. civ..

⁶ Cfr. circolare Assonime n. 31/2022.

⁷ Anteriormente alle modifiche recate dall'articolo 1, comma 273, L. 197/2022.

⁸ Alle quali, a seguito delle ulteriori modifiche recate all'articolo 83, Tuir dall'articolo 8, comma 1, lettera a), D.L. 73/2022, si applica il c.d. “principio di derivazione rafforzata”, nel caso in cui abbiano optato per la redazione del bilancio in forma ordinaria.

⁹ Cfr. circolare Assonime n. 31/2022.

Ciò posto, in merito all'ambito soggettivo di applicazione è intervenuta, come detto, anche la c.d. "Legge di Bilancio 2023"¹⁰, con la quale è stato introdotto un ulteriore requisito da soddisfare ai fini dell'applicazione della novella normativa, prevedendo che tali nuove regole si applichino solo ai soggetti che sottopongono il proprio bilancio d'esercizio a revisione legale dei conti.

Con l'introduzione di tale ulteriore condizione, il Legislatore ha voluto scongiurare che, per effetto della introdotta rilevanza fiscale delle poste generate dal processo di correzione contabile, venissero perseguite condotte "opportunistiche" da parte di soggetti i cui bilanci non sono sottoposti a controllo da parte del revisore legale dei conti.

Tale profilo di rischio era stato rilevato anche da Assonime¹¹, prima dell'emanazione della c.d. "Legge di Bilancio 2023", laddove aveva evidenziato che "...questa nuova disciplina se, da un lato, aiuta a semplificare "la vita" alle imprese, come detto, di medie e grandi dimensioni, si potrebbe prestare – proprio per la rilevanza che essa assume per tutti questi istituti – ad arbitraggi anche significativi. Soprattutto, il problema si potrebbe porre per le imprese di minori dimensioni che non hanno il controllo legale dei conti e, dunque, non sono sottoposte ad un sistema di controllo degli errori e della loro corretta e tempestiva correzione".

Ciò che l'Amministrazione finanziaria dovrebbe tuttavia chiarire è, in primo luogo, se la condizione di sottoporre il bilancio d'esercizio a revisione legale dei conti debba essere soddisfatta con riguardo all'esercizio in cui l'errore è stato commesso, oppure in quello in cui l'errore è stato corretto, oppure – più verosimilmente – in entrambi e, inoltre, se debba trattarsi di revisione obbligatoria, per legge o per statuto, stante il riferimento della norma alla revisione "legale", oppure anche solo "volontaria".

Ambito oggettivo di applicazione

Le maggiori criticità riguardanti la disciplina in rassegna riguardano, però, senza dubbio, l'ambito oggettivo di applicazione.

Un primo aspetto che andrebbe chiarito riguarda la rilevanza, ai fini della nuova disciplina, degli errori diversi da quelli di competenza, ovvero sia quelli riguardanti l'iscrizione di componenti reddituali rivelatisi non correttamente quantificati o qualificati, ovvero sia, citando sempre Assonime, "...errori sulla quantificazione di componenti reddituali, nonché errori sulla qualificazione e dunque sulla natura reddituale o meno delle componenti oggetto di registrazione o ancora sulla loro classificazione"¹².

¹⁰ Articolo 1, comma 273, L. 197/2022.

¹¹ Cfr. circolare Assonime n. 31/2022.

¹² Cfr. circolare Assonime n. 31/2022.

I Principi contabili nazionali¹³, stabiliscono che *“Un errore consiste nell'impropria o mancata applicazione di un Principio contabile se, al momento in cui viene commesso, le informazioni e i dati necessari per la sua corretta applicazione sono disponibili. Possono verificarsi errori a causa di errori matematici, di erronee interpretazioni di fatti, di negligenza nel raccogliere le informazioni e i dati disponibili per un corretto trattamento contabile”*, precisando, al contempo, che gli errori non devono essere *“...confusi con i cambiamenti di stima, né con i cambiamenti di Principi contabili, che hanno entrambi diversa natura”*¹⁴.

Pertanto, viene qualificato come errore contabile anche quello che il redattore del bilancio commette imputando componenti di reddito che si rivelano poi, in tutto in parte, non correttamente misurati, ovvero erroneamente qualificati. Ciò posto, secondo l'associazione, *“Si dovrebbe dunque ritenere che la correzione contabile di tutte queste tipologie di errore possa assumere rilevanza fiscale”*¹⁵.

Tuttavia, il tenore letterale della norma – ove dispone che, a rilevare anche in relazione alle poste contabilizzate a seguito del processo di correzione degli errori contabili, sono *“...i criteri di imputazione temporale”* – parrebbe sottintendere che la nuova disposizione abbia per oggetto i soli errori di competenza. Ciononostante, una simile lettura *“restrittiva”*, ove venisse confermata dall'Amministrazione finanziaria, finirebbe per mortificare l'ambito di applicazione della norma, tradendo le finalità di semplificazione dichiarate espressamente dal Legislatore.

Stando sempre alla definizione di errore fornita dal Principio contabile Oic 29, restano pacificamente escluse dall'ambito di applicazione della norma le poste iscritte in bilancio per aggiornare le stime contabili.

Allo stesso modo, *“Proprio perché l'ambito applicativo dell'articolo 8 è circoscritto agli errori contabili, ne deriva che questa nuova regola non opera con riguardo agli errori di rilevanza solo fiscale, agli errori cioè che le imprese commettono quando non applicano correttamente le regole di rilevanza solo fiscale. Si tratta, ad esempio, di quei casi in cui le regole fiscali individuano la competenza in modo diverso da quanto previsto dalle regole contabili; si pensi al pagamento dei compensi dovuti agli amministratori, che genera un costo da iscrivere nel bilancio in cui l'amministratore matura il diritto alla sua remunerazione (N1) e da dedurre invece nel periodo d'imposta in cui viene effettuato il pagamento (N2). In questo caso, l'omessa deduzione*

¹³ Cfr. Oic 29, § 44-46.

¹⁴ In particolare, l'Oic 29, § 45 precisa che *“non costituiscono errori:*

a) le variazioni successivamente dimostrate necessarie nelle valutazioni e nelle stime, fatte a suo tempo in base alle informazioni ed ai dati disponibili in quel momento, né

b) l'adozione di criteri contabili fatta in base ad informazioni e dati disponibili in quel momento ma che successivamente si dimostrano diversi da quelli assunti a base della scelta operata se, in entrambi i casi, tali informazioni e dati sono stati al momento del loro uso raccolti ed utilizzati con la dovuta diligenza”.

¹⁵ Cfr. circolare Assonime n. 31/2022.

del costo in esame nell'esercizio N2 costituisce un errore fiscale e non contabile e, dunque, rimane ferma la necessità di dover utilizzare gli ordinari strumenti fiscali per (ri)determinare ex post la base imponibile dell'esercizio N2¹⁶.

Inoltre, come espressamente previsto normativamente, non assumono rilevanza fiscale i "...componenti negativi di reddito per i quali è scaduto il termine per la presentazione della dichiarazione integrativa di cui all'articolo 2, comma 8, D.P.R. 322/1998". In altre parole, non assumono rilevanza ai fini fiscali le poste contabili di segno negativo (correzione di un errore commesso a danno del contribuente) iscritte in bilancio per correggere un errore commesso durante un periodo d'imposta "chiuso" (non più accertabile). Al contrario, le poste contabili di segno positivo (correzione di un errore commesso a vantaggio del contribuente) generate dal processo di correzione contabile, che si riferissero a errori commessi in periodi d'imposta "chiusi" non sembrerebbero essere escluse dalla disciplina in esame.

La disposizione in rassegna, inoltre, non distingue tra errori "rilevanti"¹⁷ e "non rilevanti" in relazione ai quali – sia nell'ambito dei Principi contabili nazionali, sia nell'ambito dei Principi contabili internazionali las/lfrs – sono adottate modalità di contabilizzazione differenti. La correzione dei primi, infatti, "...è contabilizzata sul saldo d'apertura del patrimonio netto dell'esercizio in cui si individua l'errore"¹⁸, mentre la correzione degli errori non rilevanti "...è contabilizzata nel conto economico dell'esercizio in cui si individua l'errore"¹⁹. Ebbene, tale distinzione non dovrebbe assumere alcuna rilevanza ai fini della nuova disposizione che, pertanto, dovrebbe risultare applicabile sia al caso della correzione degli errori rilevanti, sia a quello della correzione di errori non rilevanti²⁰.

Un tema di indubbia importanza riguarda poi i casi in cui la correzione non trova espressione nelle scritture contabili. Ciò accade, in particolare:

1. con riguardo agli errori materialmente non rilevanti commessi dalle imprese las/lfrs adopter²¹;

¹⁶ Cfr. Circolare Assonime n. 31/2022.

¹⁷ Oic 29, § 46: "Un errore è rilevante se può individualmente, o insieme ad altri errori, influenzare le decisioni economiche che gli utilizzatori assumono in base al bilancio. La rilevanza di un errore dipende dalla dimensione e dalla natura dell'errore stesso ed è valutata a seconda delle circostanze".

¹⁸ Cfr. Oic 29, § 48.

¹⁹ Cfr. Oic 29, § 48.

²⁰ Secondo Assonime, inoltre, "a rilevanza fiscale di queste poste contabili non dovrebbe peraltro venir meno neanche nel caso in cui l'errore contabile venga corretto in modo non conforme alle anzidette regole, anche quando cioè un errore materiale viene corretto attraverso la procedura prevista per gli errori immateriali e viceversa. In effetti, anche in questi casi, ci troviamo pur sempre dinanzi ad un errore contabile che, seppur in modo non corretto, è stato comunque emendato; per meglio dire, l'attivazione del processo di correzione contabile ha generato una posta contabile che comunque testimonia, per l'appunto, la correzione di un errore contabile".

²¹ Circolare Assonime n. 31/2022: "I Principi contabili internazionali si occupano invece dei soli errori (materialmente) rilevanti e prevedono che detti errori devono essere corretti, così come previsto per i soggetti Oic compliant, rideterminando i corrispondenti saldi di patrimonio netto ed essere appositamente segnalati; gli errori immateriali, invece, proprio perché non raggiungono la soglia di materialità, non sono di fatto considerati errori contabili tanto che le corrispondenti poste correttive confluiscono a formare il risultato del periodo insieme a tutti gli altri componenti di reddito senza alcuna specificazione".

2. quando gli effetti dell'errore si sono già esauriti nei precedenti esercizi.

In relazione a tale seconda ipotesi, Assonime fornisce il seguente esempio: *“...un costo di competenza dell'esercizio 2018 è stato erroneamente iscritto (e dedotto) nel bilancio relativo al 2019. In questo caso, l'errore commesso si ripercuote sul risultato dell'esercizio 2018 (in termini di maggiore utile d'esercizio), sui saldi di apertura del bilancio 2019 (in quanto comporta un maggior utile degli esercizi precedenti) e, naturalmente, sul risultato dell'esercizio 2019 che risulta inferiore rispetto a quello effettivo in quanto tiene conto di un costo di competenza di un altro esercizio. Fino a questo momento, dunque, “l'informazione” concernente l'errore commesso sarebbe stata indubbiamente rilevante, e, per l'effetto, il redattore del bilancio, ove se ne fosse reso conto, avrebbe dovuto correggere l'errore commesso. A decorrere dal bilancio 2021, invece, questa informazione non è più “rilevante”, visto che sia i saldi di apertura del bilancio 2020 che il risultato di detto esercizio non risentono del predetto errore. L'attivazione del processo di correzione contabile nel 2021 (o nei successivi esercizi) comporterebbe infatti l'iscrizione di due componenti di reddito dello stesso importo e di segno opposto e, dunque, non impatterebbe né sull'ammontare dei saldi di apertura del patrimonio netto del bilancio 2021 (o dei bilanci successivi) – che risultano correttamente determinati – né tanto meno sul risultato di esercizio cui si riferisce il relativo bilancio. Per questo motivo, se questo errore emerge nel 2020 o negli esercizi successivi, secondo taluni il redattore del bilancio non sarebbe tenuto ad attivare il processo di correzione contabile in quanto, per l'appunto, l'eventuale correzione dovrebbe avvenire mediante l'imputazione di poste contabili che fornirebbero un'informazione irrilevante”.*

Qualora la nuova disciplina non dovesse applicarsi in tali circostanze, vi sarebbe un pregiudizio per coloro che, in ossequio ai Principi contabili, non hanno rilevato una specifica posta di correzione contabile, non tanto perché intendono omettere la correzione contabile, quanto perché, come detto, i loro bilanci di esercizio hanno già “riassorbito” gli effetti dell'errore commesso. Pertanto, Assonime ritiene che, *“...in questi casi, debba essere riconosciuta rilevanza fiscale alla correzione contabile, quanto meno nelle ipotesi in cui l'impresa sia in grado di dimostrare che il processo di correzione contabile si è perfezionato nei termini anzidetti”*²².

Efficacia temporale e trattamento fiscale delle poste rilevate a seguito della correzione

Sotto il profilo temporale l'[articolo 8](#), comma 2, D.L. 73/2022, prevede espressamente che la disciplina *de quo* si applichi a partire dal periodo d'imposta in corso alla data del 22 luglio 2022²³. Ciononostante,

²² Cfr. circolare Assonime n. 31/2022.

²³ Data di entrata in vigore del D.L. 73/2022.

occorre capire se la nuova disciplina possa essere applicata solo agli errori compiuti a decorrere dalla predetta data, oppure anche agli errori contabili commessi in esercizi precedenti e corretti a decorrere dall'esercizio in corso a tale data.

Sul punto, Assonime ha osservato che *“...il riferimento “alle poste contabilizzate a seguito del processo di correzione degli errori contabili” comporta, a nostro avviso, che rientrano nell’ambito applicativo di questa nuova regola di determinazione della base imponibile Ires e Irap non solo gli errori contabili compiuti (e corretti) nel periodo d’imposta 2022 e in quelli successivi, ma anche gli errori contabili relativi ai periodi d’imposta precedenti al 2022 e corretti dal 2022 in poi”*. A tal riguardo, inoltre è stato evidenziato che un’eventuale interpretazione, secondo la quale la nuova disciplina di determinazione della base imponibile Ires e Irap non dovrebbe trovare applicazione con riguardo a quelle poste contabili (generate dal processo di correzione contabile) iscritte nei bilanci relativi ai periodi d’imposta precedenti al 2022, desterebbe qualche perplessità, poiché, *“...in questo modo, vengono escluse dalla nuova disciplina proprio quelle imprese che hanno adottato in modo più tempestivo e diligente una soluzione che è stata poi accolta dal Legislatore”*.

Un ulteriore dubbio, di assoluta rilevanza, concerne il trattamento fiscale delle poste rilevate a seguito della correzione. Non è evincibile, infatti, dal dato normativo, se il trattamento fiscale da riservare alle poste generate dal processo di correzione contabile sia il medesimo a cui le stesse sarebbero state assoggettate in assenza di errore, oppure se il processo di correzione contabile generi componenti reddituali che acquisiscono un’autonoma *“nuova”* rilevanza fiscale nel periodo d’imposta in cui sono iscritte, secondo le regole e gli eventuali limiti vigenti in detto esercizio. Secondo Assonime, tale seconda soluzione appare quella più semplice e coerente con il dato normativo, sicché la posta contabile dovrebbe *“ereditare”* dall’errore soltanto la sua natura, non già il trattamento fiscale *“originario”*, dovendosi invece assoggettare tali componenti reddituali alle disposizioni e ai limiti vigenti nell’esercizio di correzione.

Profili sanzionatori

Assonime rileva come la disciplina *de quo* dovrebbe esplicitare effetti anche sotto il profilo sanzionatorio. Viene, infatti, affermato, nella più volte citata circolare dell’associazione, che l’attribuzione di rilevanza fiscale alle poste generate dal processo di correzione contabile dovrebbe restituire *“fedeltà”* alle dichiarazioni dei redditi e Irap relative al periodo d’imposta in cui l’errore oggetto di correzione è stato commesso. La correzione, infatti, *“...dovrebbe eliminare l’infedeltà*

“dichiarativa” e di conseguenza il presupposto per applicare le sanzioni amministrative connesse all’infedeltà e, a stretto rigore, anche quelle penali, anche se sul punto ci sono ancora posizioni non univoche. Naturalmente, se il fenomeno della correzione dell’errore fosse solo un aspetto da contestualizzare in una fattispecie più ampia, in quanto in realtà, ad esempio, fosse semplicemente un tassello di un comportamento simulatorio, di un fenomeno più complesso di dichiarazioni fraudolente, si renderanno applicabili le relative disposizioni penali”.



ec Euroconference
Editoria

! « (**NUOVA USCITA**) »
NOVEMBRE 2022 »

**LA RIFORMA DELLA
GIUSTIZIA TRIBUTARIA**

E-book: € 15,00 + IVA 4%

ACQUISTA ORA

La rivista delle operazioni straordinarie n. 1/2023

Identificazione del destinatario dei beni in regime di *call off stock* e sua sostituzione

Marco Peirola - dottore commercialista e componente del *Fiscal Committee della Confédération Fiscale Européenne*

L'Agenzia delle entrate, con le risposte a interpello [n. 574/E/2022](#) e [n. 49/E/2023](#), ha fornito alcuni chiarimenti in merito alla disciplina applicabile, ai fini Iva, alle cessioni intracomunitarie in regime di *call off stock* dopo le novità introdotte, sul piano normativo, dall'articolo 1, comma 1, D.Lgs. 192/2021, in recepimento dell'[articolo 17-bis](#), Direttiva 2006/112/CE.

Oggetto delle istanze di interpello

La risposta n. 574/E/2022 ha per oggetto il caso esposto da una società che, al fine di velocizzare i tempi di consegna dei propri prodotti ai clienti di altri Stati UE, intende avvalersi di una piattaforma logistica localizzata in altro Stato membro, la cui gestione verrebbe affidata a un'azienda terza, non collegata alla società istante.

Per consentire ai propri clienti di prelevare i quantitativi di beni necessari a evadere gli ordini ricevuti, l'istante invierebbe i beni alla piattaforma avvalendosi del regime del *call off stock*, disciplinato in Italia dall'[articolo 41-bis](#), D.L. 331/1993 per le cessioni intracomunitarie e dall'[articolo 38-ter](#), D.L. 331/1993 per gli acquisti intracomunitari, entrambi introdotti dal citato [articolo 1](#), comma 1, D.Lgs. 192/2021 con effetto dal 1° dicembre 2021.

I quantitativi di merce occorrente per ciascun cliente non sarebbero noti al momento della spedizione dei beni, ma solo nella successiva fase di emissione degli ordini.

Il dubbio dell'istante è se l'operatività descritta sia compatibile con il regime di *call off stock* e, in particolare, con l'articolo 41-bis, comma 5, D.L. 331/1993, in base al quale, al ricorrere di specifiche condizioni, la disciplina del *call off stock* "continua ad applicarsi se, entro 12 mesi dall'arrivo dei beni nel territorio dell'altro Stato membro, il soggetto passivo destinatario della cessione è sostituito da un altro soggetto passivo...".

Similmente, almeno a prima vista anche la [risposta a interpello n. 49/E/2023](#) è relativa al caso di una società che intende stoccare i propri beni in altro Stato UE, nella specie presso i locali di un distributore francese con successiva vendita ai clienti che saranno definitivamente individuati solo a seguito dell'arrivo della merce in Francia.

Anche in relazione a questa fattispecie, il dubbio della società istante è il trattamento Iva cui assoggettare il trasferimento dei beni dall'Italia al depositario, con successiva cessione della merce al cliente finale, la cui identità esatta diventerà nota solo in un secondo momento.

In proposito, l'istante ha riferito che le Autorità fiscali francesi, interpellate sul punto, hanno ritenuto che l'istante possa differire l'emissione della fattura al momento della vendita al cliente finale francese dei beni stoccati presso il depositario.

In particolare, l'Amministrazione finanziaria francese - pur premettendo che, in linea generale, la normativa Iva locale prevede che qualsiasi trasferimento di merci senza trasferimento di proprietà tra 2 Stati membri è assimilato a una cessione intracomunitaria e che tale trasferimento è esente da Iva nello Stato membro di partenza e imponibile nello Stato membro di arrivo - ha sottolineato che la stessa normativa locale prevede alcune eccezioni al principio di cui sopra e che il trasferimento di uno *stock* di merci dalla società italiana in un locale ubicato in Francia rientra in una di queste eccezioni.

Di conseguenza, è al momento dell'uscita dei beni dal deposito situato in Francia e del trasferimento di proprietà che ha luogo la cessione intracomunitaria, con emissione della fattura in regime di esenzione da parte della società italiana a favore del cliente francese che realizza il corrispondente acquisto intracomunitario soggetto a Iva.

In buona sostanza, l'Amministrazione finanziaria francese ritiene differibile l'emissione della fattura al momento della cessione dei beni al cliente francese a condizione che venga monitorata costantemente la consistenza del deposito mediante un apposito registro di "*carico e scarico*".

L'istante si è rivolto all'Agenzia delle entrate per chiedere se, allineando il proprio operato a quello previsto dall'Amministrazione finanziaria francese, possa emettere fattura per la cessione intracomunitaria, non imponibile Iva, unicamente all'atto del trasferimento della proprietà dei beni al cliente finale, con prelievo dei beni dal deposito.

Disciplina Iva del *call off stock* negli scambi intracomunitari di beni

In via preliminare all'analisi delle indicazioni offerte dall'Agenzia delle entrate, è indispensabile richiamare la disciplina del *call off stock*, che, come detto, è stata novellata, in recepimento

dell'[articolo 17-bis](#), Direttiva 2006/112/CE, a sua volta introdotto dall'[articolo 1](#), Direttiva 2018/1910/UE, dagli articoli [38-ter](#) e [41-bis](#), D.L. 331/1993, rispettivamente in tema di acquisti intracomunitari e di cessioni intracomunitarie.

Condizioni applicative della sospensione degli effetti dell'operazione

In base al comma 1 degli articoli [38-ter](#) e [41-bis](#), D.L. 331/1993, ai fini dell'applicazione del regime di *call off stock* devono ricorrere alcune condizioni tassative, essendo richiesto che:

- i beni siano spediti o trasportati da un soggetto passivo, o da un terzo che agisce per suo conto, verso un altro Stato membro, in previsione del fatto che tali beni saranno ivi ceduti, in una fase successiva e dopo il loro arrivo, a un altro soggetto passivo che ha il diritto di acquisire la proprietà di tali beni in conformità di un accordo esistente tra i 2 soggetti passivi¹;
- il soggetto passivo che spedisce o trasporta i beni non abbia stabilito la sede della propria attività economica, né disponga di una stabile organizzazione nello Stato membro verso cui i beni sono spediti o trasportati²;
- il soggetto passivo destinatario della cessione di beni sia identificato ai fini dell'Iva nello Stato membro verso cui i beni sono spediti o trasportati e la sua identità e il numero di identificazione Iva attribuitogli dallo Stato membro siano noti al soggetto passivo dello Stato membro di partenza nel momento in cui ha inizio la spedizione o il trasporto³;
- il soggetto passivo che spedisce o trasporta i beni annoti il loro trasferimento nel registro di magazzino di cui all'[articolo 50](#), comma *5-bis*, D.L. 331/1993 e inserisca nell'elenco riepilogativo delle cessioni intracomunitarie l'identità del soggetto passivo che acquista i beni e il numero di identificazione Iva attribuitogli dallo Stato membro verso cui i beni sono spediti o trasportati.

È in relazione alle condizioni di cui sopra che il trasferimento dei beni in *call off stock* assume natura intracomunitaria, ma con effetto sospeso fino al momento del prelievo dei beni dal deposito, che dà luogo al passaggio di proprietà.

¹ Secondo le note esplicative della Commissione Europea pubblicate nel mese di dicembre 2019, la disposizione non esclude che il trasportatore possa essere l'acquirente destinatario, fermo restando che, in tal caso, l'acquirente dovrebbe trasportare i beni per conto del fornitore, con la conseguenza che, durante il trasporto e nel momento in cui i beni sono immagazzinati nel deposito, il fornitore sarebbe ancora il proprietario dei beni.

² Secondo le note esplicative, l'identificazione Iva del fornitore nello Stato membro verso il quale la merce è spedita o trasportata non esclude la possibilità di applicare il regime in esame; infatti, anche se una delle funzioni del regime è quella di evitare che il fornitore debba identificarsi nel Paese di arrivo dei beni, la circostanza che esclude la possibilità di applicare il regime di semplificazione è data dall'assenza della sede principale dell'attività o anche di una sede fissa nello Stato membro di arrivo.

³ Secondo le note esplicative, non è necessario che l'acquirente destinatario sia stabilito nello Stato membro del deposito, essendo sufficiente l'identificazione ai fini Iva.

Laddove, infatti, tali condizioni sono soddisfatte, al momento del trasferimento della proprietà in capo al cliente, e purché il trasferimento abbia luogo entro il termine di 12 mesi dall'arrivo dei beni nello Stato membro di destinazione, si verifica:

- nello Stato membro di partenza dei beni, una cessione intracomunitaria esente da imposta ai sensi dell'[articolo 138](#), § 1, Direttiva 2006/112/CE (non imponibile ai sensi dell'[articolo 41](#), comma 1, lettera a), D.L. 331/1993, se i beni partono dall'Italia);
- nello Stato membro di arrivo dei beni, un acquisto intracomunitario imponibile ai fini Iva ai sensi dell'[articolo 2](#), § 1, lettera b), Direttiva 2006/112/CE, corrispondente all'[articolo 38](#), comma 1, D.L. 331/1993.

È il caso di osservare che gli adempimenti procedurali facenti capo al fornitore, riferiti alla tenuta del registro di magazzino e alla compilazione dell'elenco riepilogativo, costituiscono un requisito per l'applicazione del regime semplificato, mentre gli stessi adempimenti, pure imposti a carico dell'acquirente, non hanno la medesima rilevanza sostanziale. La loro inosservanza, quindi, dà luogo all'irrogazione di sanzioni, ma non esclude l'applicazione del regime di semplificazione⁴.

Riguardo agli effetti del mancato adempimento, da parte del fornitore, degli obblighi di annotazione e delle implicazioni sulla posizione dell'acquirente, è stato osservato che, dal punto di vista del fornitore, tale inadempimento comporterebbe il venir meno dei presupposti per l'applicazione del regime e, quindi, l'obbligo di configurare l'operazione secondo le regole ordinarie; ciò implica che il fornitore dovrebbe effettuare una cessione intracomunitaria a "se stesso", nel caso in cui fosse identificato nel Paese di invio dei beni o, in caso contrario, dovrebbe emettere fattura con Iva del Paese di partenza. Dal punto di vista dell'acquirente, invece, sarebbe difficile ipotizzare un controllo di tale presupposto dato che esso è basato su un adempimento a carico del fornitore; l'acquirente dovrebbe, pertanto, assumere "per buona" l'indicazione del suo fornitore di voler applicare il regime semplificato⁵.

Ipotesi di decadenza del regime di *call off stock*

Come regola generale, prevista dal comma 3 degli articoli [38-ter](#) e [41-bis](#), D.L. 331/1993, se entro 12 mesi dall'arrivo dei beni nello Stato membro verso il quale sono stati spediti o trasportati, gli stessi non sono ceduti al soggetto passivo ai quali erano destinati e non si è verificata alcuna delle circostanze esimenti specificamente previste, si considera verificata una cessione intracomunitaria "per

⁴ Cfr. note esplicative della Commissione Europea.

⁵ Cfr. circolare Assonime n. 24/2022.

assimilazione”, ai sensi dell’articolo 41, comma 2, lettera c), D.L. 331/1993, il giorno successivo alla scadenza del periodo di 12 mesi; in questa ipotesi, il fornitore deve identificarsi ai fini dell’Iva nello Stato membro di destinazione dei beni ai fini della regolarizzazione dell’acquisizione intracomunitaria, soggetta a imposta.

Specularmente, nella medesima situazione, per i beni arrivati in Italia e ivi non ceduti entro il termine di 12 mesi, si verifica un acquisto intracomunitario “*per assimilazione*”, imponibile ai sensi dell’[articolo 38](#), comma 3, lettera b), D.L. 331/1993 previa identificazione del soggetto passivo dello Stato membro di partenza.

Più in generale, se, entro il termine di 12 mesi, una qualsiasi delle condizioni per l’esistenza del *call off stock* cessa di essere soddisfatta, si considera che il trasferimento intracomunitario “*per assimilazione*” abbia luogo nel momento in cui la pertinente condizione non è più soddisfatta.

In caso di distruzione, perdita o furto dei beni, si considera che le condizioni cessino di essere soddisfatte il giorno in cui i beni sono stati effettivamente rimossi o distrutti oppure, se non è possibile stabilire tale data, il giorno in cui ne è accertata la distruzione o la scomparsa.

Riguardo all’ipotesi della perdita dei beni in deposito, le note esplicative della Commissione Europea precisano che tali perdite non determinano la chiusura del regime, con la conseguente effettuazione dell’operazione intracomunitaria “*per assimilazione*”, se si tratta di piccole perdite derivanti:

- dalla natura fisica dei beni;
- da circostanze imprevedibili;
- da un’autorizzazione o istruzione delle Autorità competenti.

Per “*piccole perdite*”, sempre ad avviso della Commissione Europea, si devono intendere le perdite inferiori al 5%, in termini di valore o di quantità, del totale di beni in deposito alla data in cui i beni sono risultati effettivamente mancanti o distrutti o, se non è possibile determinare tale data, nel giorno in cui ne è stata accertata la scomparsa o la distruzione⁶.

In merito alle modalità di calcolo del periodo di 12 mesi, in assenza di norme specifiche, la Relazione illustrativa al D.Lgs. 192/2021 indica come riferimento normativo le disposizioni del Regolamento 1971/1182/CEE, che ha stabilito norme uniformi per la determinazione dei periodi di tempo, delle date e dei termini indicati negli atti della Commissione e del Consiglio: secondo

⁶ Secondo la circolare Assonime n. 24/2022, in tale evenienza, aderendo a questo orientamento, dovrebbe ritenersi che i contribuenti interessati debbano semplicemente adeguare il proprio inventario alle nuove consistenze e, conseguentemente, procedere con le relative annotazioni nel registro di magazzino di cui all’articolo 50, comma 5-*bis*, D.L. 331/1993.

tali regole, i 12 mesi iniziano dalla prima ora del primo giorno successivo all'arrivo della merce nel deposito e terminano con l'ultima ora del giorno in cui il periodo scade. Per quanto riguarda le merci alla rinfusa, secondo le note esplicative, il metodo Fifo è il sistema più appropriato per dimostrare il periodo durante il quale le merci sono state assoggettate al regime in esame.

Restituzione dei beni e sostituzione del destinatario dei beni

Il comma 4 degli articoli [38-ter](#) e [41-bis](#), D.L. 331/1993 stabilisce che non si configura un trasferimento intracomunitario “*per assimilazione*” se:

- il passaggio di proprietà dei beni non è stato trasferito e i beni sono rispediti allo Stato membro a partire dal quale sono stati spediti o trasportati entro il termine di 12 mesi; e
- il soggetto passivo che ha spedito o trasportato i beni ne indica la spedizione nel registro di magazzino.

Il comma 5 degli articoli [38-ter](#) e [41-bis](#), D.L. 331/1993 prende, inoltre, in considerazione il caso in cui il cliente sia sostituito da un altro soggetto passivo entro il predetto termine di 12 mesi, escludendo che sia integrato un trasferimento intracomunitario “*per assimilazione*” al momento della sostituzione se:

- sono soddisfatte tutte le altre condizioni richieste ai fini dell'esistenza del *call off stock*; e
- il soggetto passivo che spedisce o trasporta i beni indica la sostituzione nel registro di magazzino.

L'obbligo di tenuta del registro di magazzino è previsto dall'[articolo 50](#), comma 5-*bis*, D.L. 331/1993, in quanto il soggetto passivo che trasferisce i beni nell'ambito del regime di *call off stock* deve tenere un registro che consenta alle Autorità fiscali di verificare la corretta applicazione della disciplina in esame e lo stesso obbligo è previsto anche nei confronti del soggetto passivo destinatario dei beni in regime di *call off stock*.

Il contenuto del registro di cui sopra è definito dall'[articolo 54-bis](#), Regolamento 2011/282/UE, introdotto dal Regolamento 2018/1912/UE.

Compilazione degli elenchi riepilogativi delle cessioni intracomunitarie

Riguardo agli elenchi riepilogativi, la novità è costituita dall'obbligo, per il cedente italiano, di presentare il modello Intrastat non solo quando si verifica il passaggio di proprietà dei beni già trasportati/spediti nello Stato membro di destinazione, ma anche – prima dell'effetto traslativo – a seguito del trasferimento dei beni al destinatario comunitario.

A tal fine, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, con la determinazione n. 493869 del 23 dicembre 2021, ha introdotto il modello Intra 1-*sexies*, che deve essere presentato in relazione al periodo del trasporto/spedizione dei beni nello Stato membro del destinatario. Nel mese o trimestre in cui avviene il passaggio di proprietà, l'operatore nazionale presenta, come già avveniva fino a tutto il 2021, il modello Intra 1-*bis* per la cessione intracomunitaria effettuata in regime di non imponibilità Iva di cui all'[articolo 41](#), comma 1, lettera a), D.L. 331/1993.

Nel modello Intra 1-*sexies* vanno riportati, a prescindere dalla periodicità di presentazione degli elenchi riepilogativi, il codice Iso dello Stato membro di destinazione dei beni desunto dalla Tabella A allegata alle nuove istruzioni, il codice di identificazione Iva del destinatario dei beni e il tipo operazione (nella specie, il codice 1).

Per cancellare un precedente trasferimento nel caso di eventuale ritorno al mittente dei beni per i quali non si è perfezionata la vendita, nella colonna relativa al tipo operazione occorre indicare il codice 2, mentre la sostituzione del destinatario va comunicata con il codice 3 e, in quest'ultima ipotesi, nelle colonne 5 e 6 devono essere riportati il codice Iso dello Stato membro del nuovo destinatario dei beni e il suo codice di identificazione Iva.

Nel modello Intra 1-*bis*, da presentare a seguito del trasferimento della proprietà, i dati relativi alla natura della transazione devono essere comunicati in conformità alla disaggregazione di cui alle colonne A e B della nuova Tabella B.

Nella colonna 5 (natura della transazione A) occorre indicare il codice 3 (transazioni che prevedono un trasferimento di proprietà o che comportano un trasferimento di proprietà senza corrispettivo finanziario) e, per i soggetti con spedizioni superiori a 20 milioni di euro, nella colonna 6 (natura della transazione B) occorre specificare il codice 2 (spedizione in visione o in prova a fini di vendita, inclusi i regimi di *call off stock* e *consignment stock*).

Ai fini statistici, nella nuova colonna 15, modello Intra 1-*bis* si deve indicare il codice Iso del Paese di origine delle merci, individuato secondo i seguenti criteri:

- le merci interamente ottenute o prodotte in un unico Stato membro o Paese o territorio sono originarie di tale Stato membro o Paese o territorio;
- le merci la cui produzione riguarda più di uno Stato membro o Paese o territorio sono considerate originarie dello Stato membro o Paese o territorio in cui sono state sottoposte all'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale, economicamente giustificata, effettuata in un'impresa attrezzata a tale scopo, che abbia determinato la fabbricazione di un prodotto nuovo o che

rappresenta uno stadio importante del processo di fabbricazione. L'origine delle merci non comunitarie è determinata conformemente alle disposizioni del Codice doganale dell'Unione Europea che stabilisce le norme in materia di origine.

Limiti applicativi dell'ipotesi di sostituzione del destinatario dei beni in regime di *call off stock*

Dopo avere descritto il regime impositivo applicabile agli scambi intracomunitari di beni in *call off stock* è possibile analizzare le indicazioni fornite dall'Agenzia delle entrate nelle risposte a interpello [n. 574/2022](#) e [n. 49/E/2023](#).

Come anticipato, entrambe le fattispecie sembrano, almeno a prima vista simili, in quanto la merce non è destinata a essere ceduta a un unico cliente dello Stato membro di arrivo dei beni.

In realtà, nel caso oggetto della risposta a interpello n. 574/E/2022, l'istante ha fatto presente che:

- l'acquirente finale, in base all'accordo concluso in precedenza con la società, risulterà identificato nello Stato UE di trasporto o spedizione dei beni e la sua identità e posizione Iva saranno note all'istante fin dall'inizio della spedizione o del trasporto, come disposto dall'[articolo 41-bis](#), comma 1, lettera b), D.L. 331/1993;
- la società annoterà il trasferimento dei beni nell'apposita sezione del registro previsto dall'[articolo 50](#), comma 5-*bis*, D.L. 331/1993, provvedendo all'inserimento dei dati del destinatario finale nel modello Intra 1-*sexies*;
- qualora, successivamente all'arrivo della merce presso la piattaforma, l'originario destinatario venga sostituito da altro soggetto passivo munito dei requisiti previsti dall'articolo 41-*bis*, D.L. 331/1993, la società provvederà a rilevarne la sostituzione nel predetto registro;
- in ipotesi di successivi ordini parziali impartiti dal soggetto passivo che ha sostituito l'originario destinatario e/o qualora intervengano ulteriori ordini parziali da un nuovo ulteriore soggetto passivo o da ulteriori soggetti, sempre diversi dall'originario destinatario e rispetto ai quali continuano a essere soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 41-*bis*, comma 1, D.L. 331/1993, la società provvederà, di volta in volta e per le quantità di beni sostituite, a rilevare nel registro le sostituzioni dei precedenti destinatari con gli altri nuovi soggetti;
- infine, nel caso di non integrale perfezionamento della cessione nell'arco di 12 mesi, la società provvederà alla rispedizione dei beni residui in Italia e annoterà l'operazione nel registro di cui al menzionato articolo 50, comma 5-*bis*, D.L. 331/1993.

Nella fattispecie così descritta, fermo restando che la possibilità di procedere alla sostituzione del soggetto originariamente designato quale destinatario della merce è espressamente prevista dall'articolo 41-bis, comma 5, D.L. 331/1993, l'Agenzia delle entrate ha chiarito che *“il regime del call off stock può validamente proseguire anche in caso di sostituzione del destinatario a condizione che detta sostituzione avvenga prima del prelievo della merce e non vi sia soluzione di continuità tra i rispettivi contratti”*.

Se è vero, infatti, che la società ha specificato che le sostituzioni avverranno, nel rispetto del limite dei 12 mesi dall'arrivo dei beni nel territorio dello Stato membro di spedizione/trasporto dei beni, con soggetti passivi ivi identificati e in possesso dei requisiti richiesti dal Legislatore e che, inoltre, saranno rispettati gli obblighi di rilevazione nel registro di cui all'[articolo 50](#), comma 5-bis, D.L. 331/1993, è altrettanto vero che l'istante non ha fornito indicazioni in ordine al momento di conclusione dell'accordo di *call off stock* tra il fornitore e il nuovo destinatario delle merci e, soprattutto, del momento in cui quest'ultimo procede al prelievo della merce stoccata.

A differenti conclusioni è, invece, giunta l'Agenzia delle entrate nella [risposta a interpello n. 49/E/2023](#), non risultando soddisfatta, nella fattispecie concreta, la condizione della preventiva identificazione, ai fini anagrafici e tributari, del destinatario dei beni la cui identità, come specificato dall'istante, sarà nota solo successivamente all'arrivo dei beni in Francia e, precisamente, al momento del prelievo delle merci dai locali della società depositaria.

In assenza dei presupposti per l'applicazione del regime agevolativo del *call off stock*, la fattispecie in esame ricade, pertanto, nell'ambito applicativo dell'[articolo 41](#), comma 2, lettera c), D.L. 331/1993, vale a dire del trasferimento di beni per esigenze della propria impresa, assimilato a una cessione intracomunitaria a titolo oneroso non imponibile ai fini Iva in Italia.

Sul punto, le note esplicative della Commissione Europea precisano, infatti, che, in assenza delle condizioni previste per l'applicazione del regime di *call off stock*, *“il trasferimento dei beni in un altro Stato membro rientrerà nell'ambito di applicazione degli articoli 17 e 21 della DI e la successiva cessione all'acquirente destinatario sarà considerata una cessione interna nello Stato membro in cui i beni sono arrivati. Ovviamente, ciò implica che il fornitore dovrà essere identificato ai fini dell'Iva in tale Stato membro. Questo numero di identificazione Iva dovrà essere utilizzato dal fornitore/soggetto passivo che trasferisce i beni da uno Stato membro verso un altro Stato membro per dichiarare l'acquisto intracomunitario (presunto) in relazione al trasferimento dei propri beni e alla successiva cessione degli stessi. sono stati trasportati”*.

Pertanto, al di là di quanto previsto dalla disciplina francese, è coerente con la normativa comunitaria l'indicazione resa dall'Agenzia delle entrate, che impone alla società istante l'obbligo, previsto dall'[articolo 46](#), comma 3, D.L. 331/1993, di emettere fattura con il titolo di non imponibilità, recante anche l'indicazione del numero di identificazione attribuito all'istante dalla Francia, ove quest'ultimo realizza il corrispondente acquisto intracomunitario imponibile ai fini Iva.

Lo stesso istante dovrà, altresì, osservare gli obblighi contabili di tenuta del registro di cui all'articolo 50, comma 5, D.L. 331/1993 e di compilazione del modello Intra 1-bis.



**La professionalità
va riconosciuta**

**100
BEST IN CLASS**

2023 Edition

ec Euroconference | **Forbes**

sponsored by **TeamSystem**

L'informazione quotidiana, attenta e completa, disponibile **gratuitamente**

**NOTIZIE E APPROFONDIMENTI
PER I PROFESSIONISTI DI TUTTA ITALIA**

Iscriviti alla mailing list e rimani informato su tutte le news

www.ecnews.it



EDITORE E PROPRIETARIO

Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE

Fabio Garrini

DIREZIONE E COORDINAMENTO SCIENTIFICO

Gianluca Cristofori e Domenico Santoro

COMITATO DI REDAZIONE

Giulio Andreani Guido Bevilacqua
Riccardo Borsari Massimo Buongiorno

REDAZIONE

Milena Martini

Autorizzazione del tribunale di Verona n.1899 del 4 gennaio 2011

Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n.28049

ISSN 2039-6538

SERVIZIO CLIENTI

Per informazioni sull'abbonamento scrivere a:
circolari@euroconference.it

SITO INTERNET

Per informazioni e ordini:
www.euroconference.it/editoria

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata, accessibile tramite le proprie credenziali dal *link*:
http://www.euroconference.it/area_riservata_login.

In caso di smarrimento delle *password* è possibile utilizzare la funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella pagina di login.

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE

Mensile
Vendita esclusiva per abbonamento

ABBONAMENTO ANNUALE 2023

Euro 165 Iva esclusa

Per i contenuti di "La rivista delle operazioni straordinarie" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III del titolo III della legge 22.04.1941 n.633 e succ. mod.

Tutti i contenuti presenti sul nostro sito *web* e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.