

Dott. Eugenio Romita – Avv. Giorgio Vaselli

L'ABUSO DEL DIRITTO NEL FAMILY BUY OUT

NOTE CRITICHE ALLA POSIZIONE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE – 2. IL LEVERAGED CASH OUT – 3. LA RISPOSTA 341/2019; 3.1 *Il “recesso atipico”*; 3.2 *L'assenza di sostanza economica*; 3.3 *L’“incoerenza” dei negozi giuridici scelti rispetto alle normali logiche di mercato*; 3.4 *L'assenza di ragioni extrafiscali non marginali*; 3.5 *Ulteriori osservazioni* – 4. IL PRINCIPIO 20/2019 – 5. CONCLUSIONI.

1. INTRODUZIONE

Nell'ambito del passaggio generazionale delle imprese di famiglia, di recente l'Agenzia delle entrate ha pubblicato il principio di diritto n. 20 del 23 luglio 2019 (“Principio 20/2019”) e la risposta all'interpello n. 341 del 23 agosto 2019 (“Risposta 341/2019”) (1), relativi a due articolate operazioni di cessione a titolo oneroso di partecipazioni sociali all'interno di un nucleo familiare, ravvisando in entrambi i casi gli estremi dell'abuso del diritto ai sensi dell'art. 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212 (*Statuto dei diritti del contribuente*).

I due casi sottoposti al vaglio dell'Agenzia delle entrate prevedono, nei loro tratti essenziali, (i) la rideterminazione del costo fiscale (2) delle partecipazioni

(1) In *Boll. Trib.*, 2019, 1720. La pubblicità data alle risposte dell'Agenzia delle entrate alle istanze di interpello è disciplinata dal provvedimento del direttore dell'Agenzia 7 agosto 2018, n. 185630, secondo il quale «*le strutture centrali garantiscono la pubblicità dei soli principi di diritto espressi nella risposta, omettendo qualsiasi riferimento anche alla fattispecie oggetto del quesito, quando la pubblicazione possa recare pregiudizio concreto ad un interesse pubblico o privato, considerato prevalente e relativo, tra l'altro, al mercato, alla concorrenza, al diritto alla protezione dei dati personali, alla proprietà intellettuale, al diritto d'autore e al segreto commerciale*». Alla luce di quanto si dirà nel corso del presente contributo, viene da chiedersi se sia appropriata la definizione di “principio di diritto” riferita ad una interpretazione che promana da una delle parti del rapporto tributario, per definizione non imparziale: invero, il nostro ordinamento ci ha abituati a chiamare principi di diritto quelli espressi dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per definizione interprete imparziale.

(2) Com'è noto, il regime della rideterminazione del costo fiscale delle partecipazioni non negoziate in mercati regolamentati e possedute da soggetti non esercenti attività d'impresa è stato introdotto per la prima volta dall'art. 5 della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Il regime prevede l'applicazione di un'imposta sostitutiva sul valore effettivo del patrimonio netto rapportato alla partecipazione oggetto di rivalutazione, come risultante da una perizia di stima giurata. Tale normativa non è mai divenuta di sistema, nel senso che da allora la sua efficacia viene prorogata di anno in anno, quasi sempre dalle leggi di bilancio; l'ultima proroga è avvenuta a opera dell'art. 1, comma 1053, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019). Nel corso degli anni in cui la normativa è stata prorogata, l'aliquota dell'imposta sostitutiva è passata dal 2% al 10%

nella società di famiglia (“target”) da parte dei soci uscenti (persone fisiche non imprenditori), (ii) la successiva cessione delle partecipazioni in target da parte dei soci uscenti ad una società neocostituita (“newco”) controllata dai loro familiari, e (iii) la fusione inversa tra newco e target.

L'anzidetta struttura è sovente utilizzata nei progetti di riassetto proprietario o di passaggio generazionale delle piccole e medie imprese italiane a conduzione familiare e talvolta ha diversi elementi in comune con le più note operazioni di *merger leveraged buy out* tipiche del settore del *private equity*, ad esempio allorché newco acquisti le partecipazioni di target facendo ricorso alla leva finanziaria: per questo motivo la prima viene comunemente denominata *family buy out* (3).

Come si vedrà, in tale contesto i contenuti e le conclusioni del Principio 20/2019 e della Risposta 341/2019 producono un *vulnus* nell'interpretazione della disciplina fiscale applicabile al *family buy out*. Inoltre le due pronunce si aggiungono ad una serie di sentenze delle Commissioni tributarie degli ultimi anni (perlopiù favorevoli ai contribuenti) dalle quali si intuisce il sospetto dell'Amministrazione finanziaria, in sede di accertamento, verso operazioni aventi caratteristiche simili a quelle qui in esame, contestate sotto il profilo dapprima dell'elusione (ai sensi del previgente art. 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) e successivamente dell'abuso del diritto (ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 212/2000) (4).

per le partecipazioni non qualificate e dal 4% all'11% per le partecipazioni qualificate, entrambe come definite dall'art. 67, primo comma, lett. c) e c-bis), del TUIR. Al momento in cui scriviamo, ne è proposta l'ennesima proroga nel disegno di legge di bilancio 2020, con l'accorpamento all'11% delle aliquote per le partecipazioni qualificate e non.

(3) Un'interessante descrizione del *family buy out* si trova in *Patti di famiglia per l'impresa*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Atti dei Convegni tenutisi a Milano il 31 marzo, a Napoli il 12 maggio e a Palermo il 16 giugno 2006 (n. 2-3/2006).

(4) Per una disamina delle principali pronunce delle Commissioni tributarie (e dell'Amministrazione finanziaria in risposte a interpelli non pubblicate), cfr. G. CRISTOFORI, *Profili di possibile criticità nella compravendita di partecipazioni sociali: le operazioni di c.d. “leveraged cash out”*, in *La rivista delle operazioni straordinarie*, n. 6/2019.