

Giovedì 13/10/2022 • 06:00

FISCO CAUSE DI ESCLUSIONE

## Società di comodo tra la disciplina fiscale nazionale e il diritto UE

La Corte di Giustizia UE ha evidenziato l'assenza del riferimento all'**attività di controllo** nella versione originaria della **causa di esclusione** dal regime delle **società di comodo**, confermando l'autonomia fiscale degli Stati membri nel disciplinare la normativa di settore.

di [Alessia Vignoli](#) - Avvocato cassazionista, professore aggregato Tor Vergata

### Società di comodo: cronaca di un soggetto "scomodo"

Il sistema normativo che ha avuto ad oggetto la disciplina delle **società di comodo**, come definita dall'art. 30 L. 724/94, è stato da sempre oggetto di critiche riassumibili nella contraddizione di base che attribuisce, ad un soggetto che per definizione non svolge attività di impresa, la produzione di reddito per il solo fatto di aver utilizzato lo strumento societario.

Il legislatore è però intervenuto in più occasioni sulla materia, creando un sistema normativo autonomo rivolto alle società che non presentano indici di vitalità economica sulla base di parametri predefiniti dalla legge cui poi sono state assimilate, almeno fino al periodo d'imposta 2022, le società che si trovano in una situazione di **perdita sistematica** (art. 2 c. 36 decies e undecies DL 138/2011).

Più specificamente l'art. 30 L. 724/94, nell'attuale formulazione, prevede che si considerino non operative le società che – assumendo i dati medi dell'esercizio e del biennio precedente – conseguono componenti positivi di reddito inferiori a quelli risultanti dall'applicazione di indici percentuali, ricompresi tra il 2% ed il 15%, al valore degli **asset societari**. In caso di mancato superamento di tale "**test di operatività**", lo stesso art. 30 introduce la presunzione che il reddito del periodo di imposta non sia inferiore all'ammontare della somma degli importi derivanti dall'applicazione, ai valori dei citati *asset*, di ulteriori indici percentuali, ricompresi tra l'1,50% ed il 12%, nonché talune limitazioni in materia di riporto e compensazione delle posizioni di **credito IVA**.

Come dicevamo si tratta di una norma che – nonostante la possibilità di fornire la **prova contraria**, anche mediante istanza di interpello – è stata fortemente criticata, in particolare alla luce del meccanismo di funzionamento dell'istituto, incentrato sull'applicazione di **coefficienti rigidi**, del tutto inidonei a stimare il reddito effettivo del contribuente tanto che si è arrivati a qualificarla come imposta patrimoniale, perché, nonostante si ipotizzi la produzione di un reddito minimo, colpisce tutte le società che detengono patrimoni (mobiliari ed immobiliari), ma non esercitano una effettiva attività di impresa.

L'ambito di applicazione della disciplina delle società di comodo è definito, oltre che dai presupposti di applicazione, anche da una serie eterogenea di esclusioni che controbilanciano in qualche modo le rigidità della disciplina in questione.

### Cause di esclusione ed in particolare quella riguardante le società e gli enti quotati in Italia

Tra le cause di esclusione, oltre a quella di carattere generale che consente di escludere dall'ambito di applicabilità della normativa "oggettive situazioni", "che hanno reso impossibile il conseguimento dei **ricavi**, degli incrementi delle **rimanenze** e dei **proventi** nonché del reddito" ovvero "non hanno consentito di effettuare le operazioni rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto" (art. 30 c. 4 bis L. 724/94) troviamo, nella formulazione originaria della norma, anche un'esclusione (soggettiva) specifica riguardante *le società e gli enti i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati italiani*.

Ed è proprio a questa fattispecie nella formulazione all'epoca applicabile, che fa riferimento la sentenza del 6 ottobre 2022 dell'ottava sezione della Corte di Giustizia; nel caso di specie, relativamente agli anni d'imposta 2004 e 2005, una società quotata in borsa in Germania che possedeva integralmente una holding pura italiana cui era stata contestata l'applicazione della disciplina sulle società di comodo, invocava l'applicazione della causa di esclusione nella versione (successiva) e più ampia (introdotta con l'art. 1 c. 109 L. 296/2006) riferita "*alle società ed enti che controllano società ed enti i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati italiani ed esteri, nonché alle stesse società ed enti quotati ed alle società da essi controllate, anche indirettamente*".

Questa impostazione era stata condivisa dal giudice tributario in appello e l'Agenzia delle Entrate aveva proposto ricorso per Cassazione, eccependo che la normativa italiana relativa agli anni d'imposta 2004 e 2005 era diversa e più restrittiva e limitava l'esclusione alle sole società quotate in Italia non considerando affatto l'ubicazione di eventuali soggetti controllanti.

In Corte di Cassazione la società contribuente, insisteva, sul fatto che la società di diritto tedesco quotata in Germania ed azionista al 100% della società italiana avrebbe dovuto, in base ad un'interpretazione complessiva del corpus legislativo, essere equiparata alle "società ed enti i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati italiani" e conseguentemente beneficiare della predetta esclusione. Una diversa interpretazione dell'art. 30 c. 1 punto 5 L. 724/94, nella versione precedente la L. 296/2006, per la società contribuente determinerebbe una discriminazione fondata sulla nazionalità del soggetto controllante e violerebbe la **libertà di stabilimento** nonché la libertà di **iniziativa economica** e **commerciale** così come disciplinate nella normativa comunitaria.

La Corte di Cassazione, rilevando (cfr. paragrafi 14,15, 16, 17 e 18 della sentenza) in capo all'art. 30 c. 1 punto 5 L. 724/94 dei profili di incompatibilità con il **principio di non discriminazione** e di libertà di stabilimento, rimetteva la causa alla Corte di giustizia.

### **Il controllo non rileva ai fini della formulazione originaria della causa di esclusione e non dà luogo ad alcuna discriminazione tra soggetto italiano ed estero**

I giudici comunitari innanzitutto circoscrivono l'oggetto del giudizio alla compatibilità dell'art. 30 c. 1 punto 5 L. 724/94 con l'art. 49 TUE che ha dato attuazione al principio di non discriminazione in materia di diritto di stabilimento e sottolineano come il citato art. 30, nella versione al tempo applicabile, limitava la **causa di esclusione** alle sole società (nazionali o estere) i cui titoli sono negoziati sui mercati regolamentati nazionali escludendo dal suo ambito di applicazione le altre società anche controllanti, nazionali o estere, i cui titoli sono negoziati sui mercati esteri.

Nella disposizione originaria dunque l'unico elemento che rileva è che la società (italiana o estera che sia) deve essere quotata in Italia, senza che all'elemento del controllo venga attribuita alcuna rilevanza.

Pertanto, non appare ragionevole ipotizzare che la norma nella versione originaria possa aver determinato alcuna **disparità di trattamento** tra una società detenuta da una società madre quotata in Germania (come avvenuto nel caso di specie) e una società detenuta da una società madre quotata in Italia. Quello che richiede(va), infatti, la norma è che sia la stessa società (italiana o estera) oggetto della contestazione di non operatività ad essere quotata sul mercato italiano.

I giudici, ad adiuvandum, precisano che la società controllante anche se quotata in Germania non ha mai emesso titoli sul mercato regolamentato italiano ed è solo per questo motivo che non beneficia della causa di esclusione dell'applicazione del **regime fiscale antielusivo** delle società di comodo, prevista dall'art. 30 c. 1 punto 5 L. 724/94 nella versione all'epoca applicabile, così come non ne avrebbe beneficiato una qualsiasi altra società italiana non quotata.

Del resto se è vero che l'art. 49 TUE impone la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro anche quando, come precisato nell' art. 54 TUE, tale attività sia svolta mediante una controllata, una succursale o un'agenzia è altrettanto vero che la legislazione nazionale, limitando la causa di esclusione alle sole società (italiane o estere) quotate in Italia, non ha posto alcuna restrizione alla libertà di stabilimento perché anche una società estera che avesse emesso titoli sul mercato regolamentato italiano avrebbe potuto beneficiare dell'esclusione.

Nell'ottica di limitare il più possibile il campo di applicazione di un regime irragionevole come quello delle società non operative successivamente poi la causa di esclusione è stata estesa *alle società ed enti che controllano società ed enti i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati italiani ed esteri, nonché alle stesse società ed enti quotati ed alle società da essi controllate, anche indirettamente*, ma la Corte di Giustizia in questa sentenza ha ribadito la piena autonomia fiscale sul regime applicabile alle presunte società di comodo del legislatore nazionale (cfr. par. 42).

**Fonte:** C.Giust. UE 6 ottobre 2022 C-433/21 e C-434/21

© Copyright - Tutti i diritti riservati - Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A.