

FACOLTÀ DI ECONOMIA

Indirizzo: Economia e Legislazione per l'Impresa

Tesi di Laurea

Elusione Fiscale: “dal 37-bis ai giorni nostri”

Relatore:

Chiar.mo Prof. **Fabio Marchetti**

Laureando:

Enrico Lizzani

Matr. 141281

Anno Accademico 2010/2011

Elusione Fiscale: “dal 37-bis ai giorni nostri”

Capitolo I

Introduzione alla problematica dell’elusione fiscale

1-Introduzione	pag.1
1.1-Le prime manifestazioni: cenni storici	>> 2
1.2-Elusione,evasione e legittimo risparmio d ’imposta;.....	>>3
1.3-L’evoluzione della normativa	>>6
1.4-L’articolo 10 L. n.408/90	>>8
1.5-I successivi sviluppi	>>9
1.6-Gli strumenti civilistici	>>10
1.7-L’abuso del diritto alla luce della sentenza “ <i>Halifax</i> ” e delle sentenze della Corte di Cassazione <i>nn. 30055/57</i>	>>11

Capitolo II

“Analisi dell’art. 37-bis D.p.r. 600/73”

2.1-Le disposizioni dell’art. 37-bis,I comma D.p.r. 600/73.....	>>15
2.2-“Le valide ragioni economiche;”.....	>>18
2.3-Le fattispecie previste al III comma:rinvio	>>21
2.4-L’avviso di accertamento. La preventiva richiesta di chiarimenti	>>23
2.5-L’interpello:procedura e problematiche	>>24

Capitolo III

“L’elusione tramite compimento di operazioni di fusione e scissione”

3.1-Introduzione.....	>>26
3.2-Le fusioni: le valide ragioni economiche	>>26
3.3- Fusione elusiva: risoluzione n. 62/E 28/02/2002- Agenzia delle Entrate.....	>>28
3.4-Fusione non elusiva- <i>pareri del Comitato consultivo applicazione norme antielusive nn. 31 e 32 14/10/2005</i>	>>31
3.5-Le scissioni.	>>32
3.6-Scissione elusiva- <i>Parere n. 8 Comitato antielusivo 22 Marzo 2007</i>	>>33

Capitolo IV

“L’elusione fiscale a livello transnazionale”

4.1-Cenni alle più significative fattispecie elusive	>>34
--	------

Considerazioni conclusive

Capitolo I

“Introduzione alla problematica dell’elusione fiscale”

1-Introduzione.

Nel vigente ordinamento non esiste una definizione puntuale di elusione fiscale risultando perlopiù tale pratica fenomeno dai contorni non sempre facilmente delineabili.

Analizzando l’iter evolutivo della normativa in materia è possibile evincere il tentativo del Legislatore Italiano di contrastare tale fenomeno, costantemente in evoluzione, attraverso norme non sempre omogenee ma aventi come denominatore comune la volontà di contrastare l’“agere” fraudolento del “soggetto economico” che pone in essere atti formalmente ossequiosi della norma positiva ma che in realtà sono finalizzati ad ottenere un “*indebito risparmio di imposta*”.

In altre parole il contribuente, nell’esercizio della propria autonomia negoziale, pone in essere delle operazioni o, come riscontrato nell’esperienza concreta, una serie di queste, spesso “*artificiose e articolate*”, finalizzate ad un abbattimento dell’imposizione, ottenendo di conseguenza una riduzione dell’onere fiscale altrimenti non ottenibile, forzando a proprio favore il dettato legislativo, anche di ambito civilistico, evitando di porre in essere la fattispecie propria di un dato risultato economico e ponendo in essere una fattispecie equivalente, cui compete un trattamento fiscale più favorevole¹.

Tale fattispecie prevede che l’“*attore*”, nel porsi come obiettivo un dato risultato economico, elude una norma impositiva e contestualmente ne applica “abusivamente” un’altra che prevede un trattamento fiscale meno oneroso rispetto alla norma elusa.

L’elusione fiscale non è l’unico modo con cui il contribuente cerca di sottrarsi all’imposizione tributaria, ma è stato riscontrato che è ed è stata la fattispecie meno agevole da identificare e contrastare.

Il complessivo *corpus* normativo antielusivo si pone in maniera derogatoria rispetto al principio di “*riserva di legge*”² vigente in ambito tributario, colpendo fattispecie

¹ Definizione tratta da “Istituzioni di diritto tributario” di F. Tesauro.

² Ex. art. 23 Cost.

perfettamente valide sotto l'aspetto civilistico, facendo prevalere l'aspetto sostanziale su quello formale (cd. principio "*substance over form*").

La trattazione che seguirà in merito a tale fenomeno avrà come obiettivo l'individuazione delle caratteristiche principali dello stesso, i passaggi cruciali che hanno contraddistinto l'evoluzione della normativa in materia con particolare riferimento all'*art. 37-bis D.p.r. 600/73* quale uno dei più significativi "traguardi" del Legislatore Italiano, risultando tutt'ora tale norma lo strumento principe di contrasto a tale pratica, e soffermandosi su alcune fattispecie tassativamente previste dallo stesso quali le operazioni di "*fusione e scissione*" tramite l'analisi di casi specifici.

1.1-Le prime manifestazioni:cenni storici.

La comparsa di tale fenomeno in ambito europeo si ebbe già dalla seconda metà dell'ottocento in Paesi come Inghilterra, Germania e Francia in cui il processo di crescita e industrializzazione erano in un stadio avanzato.

In Italia i primi sintomi vennero a manifestarsi più tardi (inizio '900) quando iniziarono a verificarsi i primi casi sospetti, in particolar modo relativi ai prelievi sulla circolazione della ricchezza.

Da ciò si giustifica l'iniziale produzione di norme antielusive nel 1923 aventi ad oggetto *l'imposta di registro, l'imposta sulle successioni e quella sulle donazioni*.

Secondo la dottrina tributarista prevalente, non furono recepite subito dall'opinione pubblica l'importanza e le conseguenze che un carente o addirittura assente corpo normativo in materia avrebbe avuto sul Bilancio Statale.

La percezione dello spessore e della gravità di tale problematica scaturì dal confronto fra l'ammontare della manovra Finanziaria di fine anni '80, la quale prevedeva un'incidenza sui consumi pari a 3500 miliardi di lire e l'ammontare delle operazioni di fusioni le quali presentavano come mero obiettivo l'abbattimento della tassazione sul reddito dell'incorporante a seguito della compensazione con le perdite presentate dall'incorporata, provocando mancati introiti nella casse erariali per un ammontare di

circa 4000 miliardi di lire e coinvolgendo paradossalmente tali operazioni anche società a partecipazione statale.³

Si susseguirono in quel periodo un numero consistente di operazioni di compravendita di società definite in gergo tributario “*bare fiscali*”.

Tali società, caratterizzate da consistenti passività di bilancio, venivano acquistate da altri enti non per fini di allargamento e/o potenziamento dell’attività aziendale ma con la finalità ultima di poter giovare della deducibilità delle perdite dell’incorporata, minimizzando la base imponibile dell’incorporante.

La finalità elusiva poteva essere dedotta dalla completa discordanza fra gli “oggetti sociali” delle società protagoniste di tali operazioni.

Tali episodi, provocatori di sdegno nell’opinione pubblica, “obbligarono” l’apparato governativo a prestare la dovuta attenzione a tale problematica, dando inizio ad una serie di tentativi di riorganizzazione del “*casistico e frammentario*”⁴ complesso di norme preesistenti, introducendone di nuove, recependo le istanze provenienti dalla società, costituendo uno step significativo nel procedimento evolutivo della normativa in materia l’introduzione del criterio delle “*valide ragioni economiche*” con l’art. 10 L.408/90 di matrice europea⁵.

1.2-Elusione, evasione e legittimo risparmio d’imposta.

Secondo la *communis opinio*, l’elusione rappresenta una sorta di “*tertium genus*” fra *risparmio lecito di imposta* ed *evasione*.

Mancando, come già precisato, nel nostro ordinamento, una definizione esplicita e puntuale di elusione risulta conveniente, ai fini di una migliore identificazione dei caratteri della stessa, confrontarla con le altre sovra citate fattispecie.

Risulta doveroso, infatti, tenere distinti “*gli atti, fatti, negozi*” posti in essere al mero fine di ottenere vantaggi tributari da operazioni di “*ordinaria gestione*” rientranti nell’ambito di attività imprenditoriali o professionali che consentano al “*soggetto economico*” di raggiungere livelli efficienti di tassazione in base a logiche di

³ Ricostruzione storica tratta da “*Elusione della norma tributaria*” di Paolo M. Tabellini.

⁴ Così Tabellini.

⁵ Ex. DIR. CEE n. 434/90.

razionalizzazione, contenimento dei costi di esercizio e di massimizzazione del profitto.

Da ciò ne discende il postulato secondo cui l'organizzazione della propria attività economico-produttiva, consistente nella programmazione e nell'ottimizzazione delle risorse finanziarie, finalizzata al contenimento della base imponibile, costituisce tutt'altro che un illecito ma piuttosto un diritto di rilevanza costituzionale quale quello della "*libertà di iniziativa economica privata*"⁶.

Quindi il *legittimo risparmio d'imposta*, trattato anche nella Relazione Introduttiva⁷, si presenta "... *quando, tra vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente adotta quello fiscalmente meno oneroso*".

È l'"*abuso*" dell'attività negoziale che diventa oggetto di verifica da parte dell'Amministrazione, la quale mira a stabilire se, nel comportamento posto in essere, vi sia la presenza di "*manipolazioni, scappatoie e stratagemmi*"⁸ che, pur formalmente legali, finiscono per stravolgere i principi fondamentali del sistema.

Da ciò discende l'insindacabilità della scelta imprenditoriale di stanziare la propria attività produttiva in aree in cui l'ordinamento prevede l'esistenza di agevolazioni non rinvenibili in altre aree.

Tali norme di favore trovano giustificazione, anche costituzionale, nell'attività dello Stato di adottare le misure necessarie finalizzate all'incremento dei livelli di crescita e sviluppo di aree economicamente meno evolute rispetto ad altre, rappresentando provvedimenti accessori rispetto a quelli già previsti dallo stesso, quali, ad esempio, l'utilizzo del "*fondo perequativo*"⁹.

Non beneficia di altrettanta copertura la scelta di stabilire la sede legale di una società in un Paese straniero, pur operando di fatto nel territorio italiano, al mero fine di beneficiare di una tassazione minore o inesistente su una determinata operazione o su un insieme di esse. Tali paesi, rientranti nella categoria dei cd. "*Paradisi Fiscali*", risultano oggetto di continuo monitoraggio da parte di organismi internazionali, quali

⁶ Ex. art. 41 Cost.

⁷ Ci si riferisce alla Relazione introduttiva all'art. 37-bis.

⁸ Tratto da "*Elusione della norma tributaria*" di P. Tabellini

⁹ Dall'art. 119,3 Cost.: "*La legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante*".

l'OCSE, al fine di fornire informazioni utili agli apparati governativi in modo tale che, sulla base di queste, possano essere intraprese misure restrittive in merito alle operazioni di stampo elusivo.

Per capire ancor meglio la sostanza di tale fenomeno risulta necessario il confronto tra questo e l'“*evasione fiscale*” vera e propria, presentando tali pratiche tratti differenti nelle loro manifestazioni ma caratteristiche tutto sommato comuni riguardo alla finalità ultima che viene perseguita in entrambi i casi quale il “*risparmio d'imposta*”. L'evasione, a differenza della prima, si manifesta attraverso la sottrazione diretta e l'occultamento del presupposto di un tributo alla tassazione dovuta, configurando una fattispecie “*contra legem*” punita con sanzioni amministrative e/o penali a seconda della gravità dell'illecito commesso.

Tale fattispecie prevede quindi che il soggetto ponga in essere il presupposto del tributo ma poi si sottragga alle relative conseguenze fiscali (*ad es. omissione o infedeltà delle dichiarazioni obbligatorie ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA*). Essendo invece l'elusione il risultato di una “*forzatura*” del dettato legislativo e di un'“*insinuazione*” nelle *smagliature* dell'ordinamento tributario va a sostanziarsi in una pratica “*extra legem*”, ovvero in un comportamento legittimo da un punto di vista formale ma contrario alla “*ratio*” della complessiva produzione normativa in campo tributario ispirata e guidata dal precetto costituzionale secondo il quale “*tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva*”¹⁰.

A differenza dell'evasione, l'elusione non rappresenta fattispecie *illegale*: compiendo atti in tal senso si rispettano formalmente le leggi vigenti aggirando però, quest'ultime, nel loro aspetto sostanziale, tramite interpretazioni non corrette circa la “*ratio*” e la motivazione che ne hanno portato all'emanazione.

Nell'ipotesi di mancanza di strumenti antielusivi e quindi di attenzione da parte dell'operatore pubblico al contrasto di tale fenomeno, l'elusione non risulta di agevole distinzione dal *lecito risparmio d'imposta*.

Si rende dunque necessario un'analisi approfondita degli “*atti, fatti o negozi*” posti in essere da parte del contribuente al fine di cogliere gli elementi di contraddizione

¹⁰ *Ex. art. 53 Cost.*

rispetto alle ordinarie finalità imprenditoriali o professionali, da cui desumere la mancanza di ogni altra *motivazione economica* se non quella di ottenere un “*beneficio fiscale*”¹¹.

Da un punto di visto giuridico il contrasto all’elusione può essere condotto attraverso “*interpretazioni estensive*” della norma impositiva, le quali permettono di oltrepassare i limiti posti dalla “*littera legis*” sulla base di considerazioni circa la “*volontà*” del Legislatore, evincibile dall’analisi sistematica del complesso di norme in materia.

Nello specifico l’obiettivo di fondo, rinvenibile in tutte le norme tributarie, è che gli individui concorrano al finanziamento dell’attività statale in base alla loro effettiva “*capacità economica*”, quale sinonimo di “*capacità contributiva*”, rispettando altresì principi quali quello di “*uguaglianza*”¹², di “*solidarietà*”¹³ e della “*progressività d’imposta*”¹⁴, sui quali è improntato il sistema tributario.

In base a ciò, estendo l’orizzonte interpretativo e anticipando alcuni concetti riportati nel seguito di tale trattazione, l’obiettivo che condurrà l’azione dell’Amministrazione finanziaria sarà quello di verificare che il regime fiscale, prospettato dal contribuente per le operazioni da lui poste in essere, rispetti i principi sopra elencati, rendendole, in caso contrario, “*inopponibili gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall’ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*”¹⁵.

1.3-L’evoluzione della normativa.

La seconda metà degli anni ’80 vide un susseguirsi di tentativi di disciplinare legislativamente tale problematica che non furono quasi mai portati a termine soprattutto a causa della forte instabilità politica riscontrata all’epoca, presentando le legislature susseguitesesi in tale periodo una scarsa durata media.

¹¹ *Espressione utilizzata per la prima volta in ambito comunitario.*

¹² *Ex. art. 2 Cost.*

¹³ *Ex. art 3 Cost.*

¹⁴ *Ex. art 53,2 Cost.*

Un primo passo avanti si ebbe con la conversione nella legge n. 154/89 del D.L. 69/89 di attuazione dell'art. 25 del disegno di legge 1301 collegato alla finanziaria relativa a quell'anno con cui è stato aggiunto l'ultimo comma dell'art. 37-bis D.p.r. 600/73 relativo all'imputazione di redditi all'effettivo possessore quando sia dimostrata un'ipotesi di "*interposizione fittizia*".

Risulta doveroso menzionare anche un'altra disposizione di tale disegno, la quale disciplinava l'elusione d'imposta in generale, definendola, secondo il testo dell'articolo, nell'"*applicazione di una disciplina tributaria più favorevole di quella che la legge prevedeva per un dato risultato economico, allorché fossero stati utilizzati procedimenti negoziali diversi da quello espressamente previsto dalla fattispecie di imposta*".

Tale articolo¹⁶ non ebbe particolare seguito, essendo stato travolto da critiche sull'eccessiva discrezionalità attribuita agli Uffici impositori nell'accertamento di tale fattispecie, la quale avrebbe provocato non pochi dubbi fra gli operatori economici in merito alla "*certezza del diritto*", in base alla quale gli individui devono essere consapevoli delle conseguenze legali derivanti dagli atti da loro posti in essere.

Poco tempo dopo furono approvate specifiche disposizioni che si sostanziano nella limitazione o nel differimento della deducibilità di taluni costi od oneri ai fini della determinazione del reddito imponibile d'impresa o di quello di lavoro autonomo conseguito dagli esercenti arti e professioni.

Tali disposizioni, nonostante presentassero un campo di applicabilità molto ampio, non potevano ancora considerarsi come applicazione concreta di una volontà acclamata da tempo dal Legislatore italiano, quale quella di introdurre una clausola antielusiva di *carattere generale*.

Un primo, anche se flebile, tentativo di raggiungere tale obiettivo è rappresentato dal disposto dell'art.10 L. 408/90¹⁷.

¹⁶ Art. 31 del disegno di legge 1301.

¹⁷ Recante "*disposizioni tributarie in materia di rivalutazione di beni delle imprese e di smobilizzo di riserve e fondi in sospensione di imposta, nonché disposizioni di razionalizzazione e semplificazione. Deleghe al Governo per la revisione del trattamento tributario della famiglia e delle rendite finanziarie e per la revisione delle agevolazioni tributarie*".

1.4-L'articolo 10 L. n.408/90.

L'art. 10 della Legge 408/90 stabilì che era consentito “*all'amministrazione finanziaria di disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenute e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione del capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta*”.

Le prime opinioni in merito a tale dettato furono molto positive in quanto fu per la prima volta introdotto il criterio delle “*valide ragioni economiche*” rappresentante attualmente l'elemento principale e con funzione discriminante in merito alla classificazione e all'identificazione di un'operazione a carattere elusivo.

L'articolo in questione, di quasi sicura ispirazione dalla Direttiva Cee n.434/90¹⁸, rappresentò il recepimento delle disposizioni in materia di elusione fiscale a livello comunitario, apportato con i dovuti adattamenti all'effettiva esperienza maturata nell'ambito della legislazione italiana, con particolare riferimento alla disciplina delle fusioni di società.

Il *focus*, proprio su tale fattispecie, era preordinato al contrasto delle innumerevoli operazioni di fusione per incorporazione volte all'utilizzo del disavanzo da annullamento¹⁹.

Ebbene, nonostante le rosee aspettative sull'applicabilità dell'articolo in questione, tali disposizioni si rilevarono presto inadeguate.

Le critiche mosse avevano, in particolar modo, ad oggetto il fatto di aver utilizzato espressioni come “*fraudolentemente*” e “*... allo scopo esclusivo..*”, le quali, oltre a generare non poche difficoltà interpretative, ne restringevano notevolmente il campo di applicazione alle sole operazioni tassativamente previste e riconducibili meramente all'ambito della gestione straordinaria d'impresa.

Oltre a queste, altra parte della dottrina²⁰ ha voluto aggiungere e sottolineare la mancata previsione di applicabilità ad un complesso di atti, fatti o negozi “coordinati”

¹⁸ Secondo Tabellini ciò lo si può evincere soprattutto dalla comunanza nel linguaggio utilizzato e dal breve intervallo temporale intercorrente fra l'emanazione di tali disposizioni.

¹⁹ In tale ipotesi è prevista una differenza in negativo tra la somma di Capitale e Riserve (Patrimonio netto) dell'incorporata e il valore della partecipazione iscritta nel bilancio dell'incorporante.

fra loro” e, nella mancanza di una previsione in merito, ad un’eventuale possibilità di contraddittorio tra le parti²¹, in grado di poter pervenire a soluzioni consensuali delle controversie, limitando, conseguentemente, lo sfociare di queste nell’ambito di procedimenti giudiziali.

1.5-I successivi sviluppi

Nel 1994 fu varata la L. n. 724, la quale, tramite l’art. 28, modificò, anche se non in maniera particolarmente significativa, l’elenco delle operazioni elusive quali la fusione, pur restando la concentrazione e la scissione, pur restando lo scorporo, al fine di allargare il raggio di azione del Fisco anche alle operazioni ritenute ad una prima analisi di “ordinaria gestione”.

Nel 1996 fu varata una riforma che prevedeva, in particolar modo, la revisione dei criteri di individuazione delle operazioni di natura elusiva ex legge 408/90.

L’obiettivo consisteva nella razionalizzazione e riorganizzazione fra le statuizioni della sovra citata legge e le disposizioni in materia di imposte sui redditi contenute nel *D.p.r. 22 Dicembre 1996 n. 917 e nel D. lgs. 30 Dicembre/91 n. 544*²², prevedendo, altresì un ampliamento dei poteri del Governo in maniera funzionale al superamento dei limiti posti dalla casistica della L.408/90.

La “volontà di riforma” nacque dall’esigenza di arginare quanto più possibile la nuova casistica che si venne a presentare, figlia di un sistema economico-finanziario in forte evoluzione.

Tuttavia non si riuscirono a superare i limiti strutturali del previgente sistema normativo caratterizzato da norme oscillanti fra “*particolarismo e generalità*”²³.

Infatti, secondo la dottrina prevalente, nemmeno con tale provvedimento si riuscì a introdurre una sorta di “*Generalklausel*”²⁴ alla tedesca, in grado di fornire una chiave risolutiva universale al problema.

Da tale progetto di riforma e dall’interpretazione dell’art. 37-bis è possibile evincere la volontà del Legislatore di limitare la *discrezionalità* degli uffici periferici impositori

²⁰ Come rilevato da F. Carriolo.

²¹ *Contribuente e Fisco*.

²² *Tabellini*.

²³ *Tabellini*.

²⁴ *Tabellini*.

nell'individuazione delle operazioni a carattere elusivo, risultando tale volontà coerente con un'interpretazione congiunta del già citato dettato costituzionale ex. art 23, rappresentando tale norma una garanzia (anche se formale) a favore del contribuente, non potendo “essere imposte *prestazioni personali o patrimoniali*” se non in *base alla legge* e con l'art. 41 Cost. a garanzia dell'iniziativa economica privata.

Le disposizioni del 37-bis²⁵ rappresentano l'attuazione concreta del progetto di depurare l'ordinamento tributario dalla serie di norme riferite perlopiù a singole fattispecie affinché non siano esonerate dall'ambito di applicabilità delle norme vigenti le ipotesi non tassativamente elencate.

1.6-Gli strumenti civilistici.

La produzione normativa fin'ora descritta diede luogo ad un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'applicabilità di norme privatistiche quali l'art. 1344 c.c. disciplinante la “*nullità dei contratti che per l'illiceità della causa costituiscano mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative*”, tentando di arginare il fenomeno elusivo con disposizioni già previste dall'ordinamento.

La tesi a favore dell'applicabilità di tale disposizione sul contratto in “*frode alla legge*” prevedeva che tale principio poteva considerarsi di carattere generale e di conseguenza di legittima applicazione a tutti i settori dell'ordinamento italiano.

Come è stato giustamente osservato, se si effettua un'interpretazione congiunta del dettato ex artt. 1344 e . 1418 c.c. Il comma, disciplinante, quest'ultimo, la “*nullità del contratto per illiceità dei motivi*”, si può evincere l'incongruità di tali norme alla finalità propria del prelievo fiscale non permettendo queste al Fisco di raggiungere il proprio scopo, quale quello di recuperare l'ammontare sottratto indebitamente dalla base imponibile, valendo, tali norme, meramente in materia di “*contratti*”²⁶.

L'inapplicabilità alle norme fiscali delle norme relative al “*contratto in frode alla legge*” è dovuta anche alla discrasia presente nella natura di tali norme; infatti l'art. 1344 c.c. si riferisce a norme “*proibitive*”, cioè che vietano il compimento di

²⁵ Si veda il II capitolo di tale elaborato.

²⁶ Come si noterà in seguito la normativa in materia di elusione attribuisce rilevanza anche ai “*fatti*”.

determinati negozi, e non a norme “*inderogabili*”, quali quelle tributarie, che disciplinano esclusivamente le conseguenze fiscali di un contratto²⁷.

Tali considerazioni vengono suffragate anche dalle statuizioni dell’art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente, disponendo quest’ultimo l’inattaccabilità sotto il profilo della nullità di un contratto da un punto di vista civilistico quando sia stata elusa una disposizione di carattere tributario.

Dall’applicazione di tale dettato, le conseguenze derivanti saranno quindi meramente di natura fiscale quali, ad esempio, la disapplicazione di una norma di favore di cui il contribuente se ne è “*abusivamente*” avvalso e l’applicazione del regime fiscale dovuto in base alla natura propria dell’operazione posta in essere.

1.7-L’abuso del diritto alla luce della sentenza “Halifax” e delle sentenze della Corte di Cassazione nn. 30055/56/57-2008.

Dall’analisi della complessiva produzione normativa è possibile constatare l’assenza di disposizioni *ad hoc*, applicabili ai fini Iva, risultando l’inserimento di quest’ultima nel raggio di azione della fiscalità comunitaria di derivazione da una fondamentale sentenza della Corte di Giustizia Europea in merito al caso della banca “*Halifax*”.

Halifax è una banca britannica esercitante attività di intermediazione finanziaria²⁸.

La controversia in esame sorse a seguito di investimenti finalizzati alla costruzione di call center, effettuati da parte di tale istituto e ritenuti strumentali all’attività aziendale.

La vicenda può riassumersi nella seguente maniera²⁹:

- Halifax finanzia una propria società interamente controllata, affinché questa possa acquisire dalla stessa banca i diritti sugli immobili;
- La controllata affida i lavori, tramite altra controllata, a costruttori esterni;
- Le spese relative ai lavori vengono corrisposte, in via anticipata, da Halifax alla prima società e in seguito da questa alla seconda.

Secondo la Corte di Giustizia Europea, il coordinamento di tali operazioni era volto a consentire la detrazione dell’Iva da parte delle due società controllate dalla banca.

²⁷ Ciò viene enunciato nella sentenza della Corte di Cassazione 3 settembre 2001 n. 11351.

²⁸ La quale è esente ai fini Iva.

²⁹ Ricostruzione tratta da “www.corsomagistratitributari.unimi.it”

In tale sentenza il contribuente³⁰ ha rivendicato la legittimità di tale progetto, sostenendo, nell'ambito della legislazione comunitaria, l'inesistenza di una norma antielusiva ai fini di tale imposta.

Il Governo britannico, pur rilevando tale mancanza, ha affermato la “generalità” del principio dell’*“abuso del diritto”* in ambito comunitario.

La Corte di Giustizia, in questa significativa sentenza, sancisce il principio secondo cui *“l’applicazione della normativa comunitaria non può estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire operazioni realizzate non nell’ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario”*. E inoltre, *“perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l’applicazione formale delle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all’obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni”*.

Tenuto conto dell’indirizzo espresso dalla Corte di Giustizia, si può dunque rilevare come, affinché un’operazione sia rispettosa del diritto comunitario, e dunque legittima, non è sufficiente il rispetto della mera *“littera legis”*.

Risulta, invece, doveroso analizzare gli obiettivi di carattere generale che il Legislatore si è prefissato, andando anche a cogliere ulteriori elementi oltre a quelli esplicitamente rinvenibili nella complessiva produzione normativa³¹ affinché non siano poste in essere fattispecie abusive anche in mancanza di una tassativa previsione.

La nozione di *“abuso del diritto”* è delineata dalla Corte di Giustizia sulla base di criteri di natura oggettiva e soggettiva³².

Il requisito di natura oggettiva consiste nel conseguimento di un vantaggio fiscale contrario alla *“ratio”* della norma³³.

³⁰ Halifax.

³¹ In questo caso “comunitaria”.

³² Tratto da :”www.corsomagistrattributioni.unimi.it”

³³ Nel caso in esame la finalità era quella di evitare l’incidenza ai fini dell’IVA sulle forniture effettuate nei confronti del soggetto esente.

Quello avente natura soggettiva risulta, invece, nell'”*intenzionalità*” nel conseguimento di un risparmio fiscale³⁴.

Il requisito dello scopo di ottenere un vantaggio fiscale è quello destinato a creare il maggiore contrasto interpretativo, data la difficoltà di scindere gli obiettivi economico-aziendali da quelli meramente tributari e operare una valutazione di prevalenza tra i due.

Ricorre anche in tale sede il dubbio interpretativo, già rilevato in precedenza, in merito al criterio di “*prevalenza*” sancito dal giudice comunitario.

In altre parole ci si domanda se una fattispecie abusiva si possa ravvisare nel caso in cui la finalità del vantaggio fiscale sia “*prevalente*” o “*esclusiva*”³⁵.

E' una questione di estremo rilievo, come comprovato dalla circostanza che per dirimere tale dubbio la Corte di Cassazione, con l'ordinanza di rinvio 4 ottobre 2006, n. 21371, ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia europea.

Le finalità perseguite dal contribuente devono rappresentare oggetto di un'analitica e minuziosa valutazione da parte dell'Amministrazione, la quale avrà il non facile onere di provare la finalità di conseguire vantaggi fiscali con strumenti in disaccordo con le finalità di carattere generale perseguite dal Legislatore.

Nell'ambito del diritto interno, la teoria dell'“*abuso del diritto*” si è sviluppata in seno all'obiettivo di contrastare comportamenti elusivi, nel tentativo di sopperire alla mancanza di una vera e propria clausola antielusiva di carattere generale.

L'abuso del diritto civile “*si manifesta come uso improprio di un diritto soggettivo attribuito dall'ordinamento giuridico a un suo membro;*” *diritto soggettivo*” *esercitato con modalità formalmente corrette, ma non corrispondenti alla “ratio” normativa*”.

E inoltre, “all'impossibilità di ricondurre l'atto di esercizio di un diritto soggettivo alla norma che lo ha attribuito, ne consegue naturalmente il suo disconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico, per il quale il diritto non risulta concretamente esercitato”³⁶.

³⁴ “...che deve risultare da una serie di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale”.

³⁵ Tale dibattito sorse già in precedenza con l'emanazione dell'art. 10 L. 408/90.

³⁶ Definizione tratta dall'elaborato di Luigi Sposato ne “L'abuso del diritto tributario nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione”.

L'abuso del diritto tributario, al contrario, si manifesta, come già precisato, nell'aggiramento di una norma fiscale sfavorevole, al fine di ottenere l'applicazione di una norma di favore, mediante l'utilizzo a fini "distorsivi" di strumenti giuridici forniti dal Legislatore per garantire situazioni giuridiche differenti da quelle prospettate dall'individuo che opta per l'applicazione di queste al solo fine di abbattere il carico fiscale.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite si è espressa in tal senso con due sentenze del 23 dicembre 2008 nn. 30055 e 30057, stabilendo dei principi in tema di "*elusione fiscale ed abuso del diritto*" che, se da un punto di vista giuridico danno dei parametri-guida ai giudici, dall'altro invece ingenerano difficoltà interpretative agli operatori economici, nazionali e stranieri, rendendo ancora più difficile e problematiche le operazioni commerciali, soprattutto in un tale situazione di congiuntura economica non particolarmente positiva.

In particolare la sentenza n. 30055 aveva ad oggetto una controversia in merito al cd. "*dividend washing*", la quale dispose il disconoscimento della deducibilità fiscale delle minusvalenze derivanti da operazioni di compravendita di titoli a seguito della riscossione dei dividendi, ravvisando in tali operazioni finalità elusive³⁷.

Secondo i giudici di legittimità, il contribuente non deve mai trarre vantaggi fiscali indebiti dall'utilizzo distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, concetto, quest'ultimo, conforme alle decisioni giurisprudenziali a livello comunitario in precedenza esaminate.

Viene ribadito il divieto assoluto di "*abuso del diritto*" al mero fine di eludere le norme fiscali e viene posto a carico del contribuente l'onere di provare la sussistenza delle più volte citate "*valide ragioni economiche*"; e, come rilevato da parte della dottrina, essendo vietate nell'attuale processo tributario gli istituti della *testimonianza* e del *giuramento*, il diritto alla difesa del contribuente non risulta sempre di agevole esercizio.

Viene sottolineato che i divieti posti da tali disposizioni sono validi sia per le imposte dirette e indirette e la sussistenza di requisiti di elusività possono essere rilevati dal

³⁷ Si rinvia al IV capitolo.

giudice di merito in ogni grado di giudizio e viene sancita anche la retroattività di tali disposizioni su operazioni compiute in passato dal contribuente.

La sentenza n. 30057 aveva ad oggetto, invece, la cessione delle azioni di controllo ad una società italiana, con facoltà di recesso da parte di una società statunitense priva di stabile organizzazione in Italia.

Nello specifico, l'ufficio fiscale ravvisò una fattispecie simulatoria, con conseguente recupero della tassazione dovuta³⁸.

Anche se riferita ad una diversa fattispecie, i principi di fondo espressi dalla Corte in merito a tale controversia sono del tutto analoghi a quelli della precedente sentenza esaminata.

Inoltre, viene ulteriormente ribadito che in caso di "abuso del diritto", non sarà prevista l'applicazione di sanzioni amministrative e/o penali, essendo l'elusione, come già osservato, fattispecie ben diversa dall'elusione fiscale.

Capitolo II

“ Analisi art.37-bis D.p.r. 600/73”

2.1-Le disposizioni dell'art. 37-bis,I comma D.p.r. 600/73.

L'idea di fondo che spinse il legislatore dell'epoca ad agire verso l'emanazione di una norma come l'art 37-bis consisteva nella convinzione che, se si volessero veramente superare le difficoltà derivanti da una normativa inevitabilmente oscillante fra il *fisiologico e legittimo risparmio di imposta e l'aggiramento della norma*³⁹, era necessario agire da un lato assicurando la partecipazione del contribuente, nei confronti del quale si intende "agire"⁴⁰ attraverso, ad esempio, la richiesta di chiarimenti prima dell'emissione dell'avviso di accertamento, e dall'altro tutelando i benefici fiscali derivanti dal compimento di azioni poste in essere in "buona fede", giustificata da effettive esigenze di natura economico-gestionale e non fiscale.

³⁸ Tratto da "L'elusione fiscale; Pianificazione fiscale e abuso delle norme tributarie, operazioni straordinarie e transnazionali" di Fabio Carrirolo.

³⁹ Tabellini.

⁴⁰ Operando il disconoscimento dei vantaggi fiscali.

Dall'analisi del vigente testo dell'art. 37-bis si può dedurre come sia stata sentita la necessità di specificare puntualmente che l'attuazione di un progetto elusivo è perseguita, nella maggior parte dei casi, attraverso la concatenazione di atti tra loro coordinati, a differenza di quanto riscontrato in molte delle previgenti disposizioni⁴¹.

In effetti, il vantaggio tributario che l'amministrazione finanziaria ha il potere e il dovere di disconoscere, non deriva quasi mai da un unico "*atto, fatto o negozio giuridico*", ma dal coordinamento di questi, posti in essere dal contribuente in uno specifico intervallo di tempo, secondo una specifica logica, diretta anche , in alcuni casi a far valere anche l'intervenuta prescrizione del potere di accertamento dell'Amministrazione.

Si noterà in seguito, inoltre, come dalla formulazione di tale disposto venga posta l'attenzione non solo sull'attività negoziale ma anche sui "*fatti*".

Ricordando la precedente riflessione sulle problematiche provocate dall'utilizzo dell'avverbio fraudolentemente nel disposto dell'art. 10 L.408/90, il Legislatore ha cercato di superarlo con altre espressioni meno ambigue e forse anche meno dirette ma che in ogni caso possano far intendere il presupposto secondo cui l'attuazione di un progetto elusivo si sostanzia nell'utilizzo indebito di norme congegnate e preposte per scopi diversi da quelli che vuole perseguire il contribuente in determinate situazioni.

Quindi, in base a ciò, ai fini della determinazione di una fattispecie elusiva verranno confrontati due o più regimi fiscali applicabili alle operazioni oggetto di verifica stabilendo se quello che è stato effettivamente applicato dal contribuente rispetti la "natura economica" della stessa e che non ne siano stati sofisticati i tratti fondamentali al mero fine di ottenere vantaggi di natura tributaria.

Nella sua attuale formulazione l'art. 37-bis del D.P.R. 600/73, al I comma, recita che "*Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*".

⁴¹Fra le quali l'art. 10 L.408/90.

Risulta doveroso precisare che il complessivo articolo non si pone come una norma antielusiva a tutto campo, ponendosi a presidio di "operazioni e comportamenti", elencati tassativamente al III comma, i quali, singolarmente considerati, risultano tutt'altro che illeciti, ma quando combinati e disposti con altri possono rappresentare possibilità per il contribuente di conseguire, *indebitamente*, risparmi d'imposta.

Aspetto sostanziale della norma risiede nella statuizione secondo cui, ove effettivamente vengano ravvisati gli estremi dell'elusione d'imposta, e quindi il complesso di "atti, fatti, negozi" considerato "inopponibile" all'Amministrazione Finanziaria, quest'ultima risulti legittimata ad adottare le misure necessarie di ricognizione della "vera natura" dell'operazione posta in essere, effettuando valutazioni nel merito degli obiettivi perseguiti (cd. "*business purpose*"⁴²), nonché analizzandone le implicazioni economiche derivanti dalla loro attuazione (cd. "*economic substance*"⁴³).

Affinché, quindi, un'operazione possa essere considerata elusiva risulta necessario che coesistano contemporaneamente tre requisiti:

- "l'assenza di valide ragioni economiche";
- "l'aggiramento di obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario";
- l'obiettivo di "ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti".

È importante precisare che la sola mancanza di uno dei sovra citati canoni di elusività implica l'impossibilità di ricondurre una determinata operazione alla fattispecie prevista da tale disposizione.

Quindi un'operazione posta in essere da un soggetto, "priva di valide ragioni economiche", la cui conclusione, però, non gli ha procurato alcun vantaggio di natura fiscale, non potrà essere quindi oggetto di considerazione da parte del Fisco.

Le disposizioni del I comma di tale legge, applicabili, come già sottolineato, meramente alle operazioni tassativamente menzionate al III comma della stessa, sono state, e lo sono attualmente, oggetto di tentativi da parte del Legislatore di estenderne l'ambito di applicabilità, dall'imposizione sui redditi anche, ad esempio, ai fini

⁴² Istituzioni di diritto tributario di Francesco Tesauo.

⁴³ Istituzioni di diritto tributario di Francesco Tesauo

dell'imposta di registro, catastale e ipotecaria come da intervento della L. 248/2006 di conversione, con modificazioni del D.L. 4 Luglio 2006 n. 223⁴⁴.

Come già anticipato, l'esperienza maturata negli anni ha messo in luce l'aspetto sostanziale di un tipico "progetto elusivo", ovvero il perseguimento dello stesso, quasi mai attraverso un singolo atto ma attraverso la conclusione di una serie di questi, preordinati al fine di una violazione sostanziale delle norme tributarie, attraverso l'"ostentazione", da parte del contribuente, di un rispetto formale della "*littera legis*".

Tale articolo qualifica le conseguenze fiscali di un'eventuale contestazione di elusività in termini di "inopponibilità" all'Amministrazione finanziaria dell' "iter" procedimentale in cui si sostanzia l'elusione.

Con il termine "*inopponibilità*" si è inteso attribuire la facoltà dell'Amministrazione Finanziaria di disconoscere i vantaggi conseguiti dal contribuente a seguito della verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalla norma in esame, applicando il regime fiscale appropriato alla fattispecie "*mascherata*".

È importante ribadire che l'accertamento dell'elusività non comporta in alcun modo modifiche e/o contestazioni sulla validità, sotto un profilo civilistico, degli atti posti in essere dal contribuente, sia nei confronti di altri soggetti, sia nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria, implicando esclusivamente il disconoscimento di vantaggi fiscali di cui ci si è voluti impropriamente avvalere e la richiesta di versamento della maggiore imposta dovuta rispetto a quella che il soggetto⁴⁵ intende assolvere.

2.2-“ Le valide ragioni economiche”.

L'esame della sussistenza delle "*valide ragioni economiche*" si inserisce all'interno di un iter cognitivo basato su criteri di valutazione che risultano perlopiù riconducibili ad un'area economico-aziendale piuttosto che giuridico-tributaria.

⁴⁴ Recante "*disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*".

⁴⁵ F. Carrirolo.

Interpretando le disposizioni di tale norma la sussistenza delle “ragioni economiche”, esclude l’Amministrazione Finanziaria dal *potere di delegittimazione* dei vantaggi di natura fiscale conseguiti dal contribuente.

Tale espressione comparì, come già accennato, per la prima volta nella Direttiva Cee n.434/90 sancente il regime fiscale da applicare “*alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo e agli altri scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi*”, la quale ispirò altresì la formulazione dell’art. 10,1 L.408/90.

La direttiva in esame prevedeva che “*il beneficio*”⁴⁶ dell’esonazione dal prelievo fiscale o della sua riduzione potesse essere revocato nel caso in cui “l’operazione” avesse avuto come “*obiettivo principale la frode o l’evasione fiscale*”⁴⁷, qualora non fosse stata ravvisata la sussistenza di “valide ragioni economiche”.

Tale disposto presentava come obiettivo di fondo quello di favorire la ricerca della dimensione ottimale d’impresa, mediante operazioni di “*ristrutturazione o razionalizzazione*” dell’attività aziendale, da apprezzarsi attraverso un’analisi globale dell’intero progetto e quello di disincentivare il compimento di operazioni di carattere evasivo o elusivo.

La L.408/90, nonostante rappresentasse il recepimento degli obiettivi di tali disposizioni, abbandonò il testo della sovra citata direttiva statuendo l’elusività di determinate operazioni quando “*poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta*”.

Dall’analisi della vigente disposizione dell’art. 37 bis dalla quale è possibile evincere la discendenza di tale requisito dall’esperienza della giurisprudenza statunitense secondo cui ogni operazione economica deve avere “*economic substance*” ed un “*business purpose*” ovvero, rispettivamente, un “fondamento economico” ed uno “scopo d’affari”, requisito, quest’ultimo, rinvenibile nella seconda parte del I comma di tale legge quando si vuole sottolineare l’obiettivo (“*...diretta a...*”) di aggirare *obblighi o divieti previsti dall’ordinamento tributario*.

Quindi la validità delle ragioni economiche implica la *prevalenza* di queste sulle ragioni di natura fiscale, ravvisando la legittimità di quest’ultime solo se conseguenti a

⁴⁶ Termine utilizzato nella relazione introduttiva alla direttiva.

⁴⁷ Ex. testo Dir. Cee n.434/90.

quelle di natura economica e quindi secondarie rispetto alla finalità aziendale che si è voluta perseguire.

In altre parole, risulta lecita la sussistenza delle stesse quand'anche, nella remota ipotesi di assenza di conseguenze fiscali, il soggetto economico avrebbe, comunque e a prescindere da queste, posto in essere l'operazione.

Da ciò ne deriva che l'attributo "economico" non possa avere un significato limitato ai soli aspetti operativi della gestione e produzione aziendale, ma debba essere applicato anche agli aspetti giuridici e finanziari che caratterizzano la complessiva attività del contribuente.

Con riguardo alla condizione rappresentata dall'assenza di valide ragioni economiche che sorreggano e legittimino l'operazione, la cui ricorrenza è necessaria affinché il Fisco possa disconoscere i vantaggi tributari, è stato evidenziato come l'esame sulla sussistenza di tale requisito sia necessario solo in quelle ipotesi di *risparmio d'imposta patologico*, conseguito mediante "*scappatoie, manipolazioni e stratagemmi*"⁴⁸ mentre quando il risparmio d'imposta è *fisiologico* non occorre che lo stesso sorretto dalla presenza di queste.

Ciò implica che, quand'anche l'operazione sia posta in essere a fini elusivi ma sia anche sorretta da ragioni economiche, tale fattispecie sia ineccepibile da parte del Fisco.

Pertanto la sussistenza di tale requisito non rappresenta l'elemento costitutivo di una tale fattispecie ma, piuttosto, l'elemento che può permettere al contribuente di essere esonerato dall'assoggettabilità alle disposizioni antielusive⁴⁹.

Tuttavia in dottrina non manca chi attribuisce al requisito dell'economicità dell'operazione valenza propria, che deve essere valutata indipendentemente dal ricorrere di benefici fiscali intesi come risparmi ovvero rimborsi d'imposta.

Come già accennato, l'aspetto fondamentale dell'art. 37-bis risiede nell'analisi dell'economicità e dell'eventuale elusività dell'operazione stabilendo, anche in via

⁴⁸ Così Tabellini.

⁴⁹ Infatti l'onere della prova della sussistenza dello stesso è previsto a carico del contribuente.

preventiva e ,in alcuni casi, anche su iniziativa del contribuente⁵⁰, gli effetti che il progetto elusivo produrrà nella sua interezza.

Ciò consente di stabilire, in maniera chiara e completa, il vero “*disegno*” che sta alla base del piano del contribuente, altrimenti non deducibile dall’analisi parziale delle singole operazioni.

Inoltre la validità di tali ragioni nel compimento di operazioni quali, ad esempio, di “*ristrutturazione o riorganizzazione aziendale*”⁵¹, dovrà essere valutata in base a criteri di incremento di “*utilità*” a favore del soggetto che l’ha poste in essere, riconducibili all’ambito della gestione aziendale.

E in base a tali valutazioni, accertata l’elusività della fattispecie posta in essere, “*L’amministrazione disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all’amministrazione*”⁵².

2.2-Le fattispecie previste al III comma: rinvio.

Il III comma dell’art. 37-bis circoscrive l’ambito di applicazione delle norme relative ai primi due commi e la loro rilevanza ai fini di istituti quali l’accertamento.

Omettendo in tale sede un’analisi approfondita di tale comma, si rinvia alla trattazione riportata nel III capitolo di tale elaborato riguardante operazioni di “*fusione e scissione*”⁵³, attribuendo alla scelta di riportare esempi relativi a tali tipi di operazione il compito di fornire un’interpretazione più concreta della problematica in questione.

2.3- L’avviso di accertamento. La preventiva richiesta di chiarimenti.

L’azione dell’Amministrazione, volta al contrasto dei comportamenti elusivi, si sostanzia in un ben preciso programma il quale prevede la neutralizzazione del vantaggio fiscale indebitamente conseguito, il recupero dell’imposta elusa e l’adozione

⁵⁰ Come nel caso dell’interpello speciale.

⁵¹ Ex DIR. CEE 434/90.

⁵² 37-bis II comma.

⁵³ Tratte dall’elenco del III comma.

di provvedimenti sanzionatori, amministrativi e/o penali, a seconda della gravità dell'illecito commesso.

A seguito della verifica delle condizioni ex. 37-bis I comma, non vi sarà l'emissione immediata dell'avviso di accertamento ma sarà obbligatorio per l'Amministrazione Finanziaria l'osservanza di uno specifico iter procedurale, il quale prevede che *“l'avviso di accertamento deve essere emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente, anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta nella quale devono essere indicati per iscritto i motivi per cui si ritengono applicabili i commi 1 e 2”*⁵⁴; e solo nel caso in cui le motivazioni adottate dal contribuente a seguito di tale invito non siano in grado di suffragare la “validità delle ragioni economiche” delle operazioni da lui poste in essere, vi sarà l'adozione di tale provvedimento.

Alla luce di tale disposizione, si può evincere che la facoltà di accertamento attribuita dalla legge all'Amministrazione è subordinata all'attivazione di un procedimento di preventiva interlocuzione con il contribuente interessato (cd. “*ruling*”).

Confrontando tale norma con l'art. 21 della L. n. 413/91, recante disposizioni in materia di “*interpello antielusivo*”, si può evincere la diversa posizione ricoperta dalle parti nell'attivazione del procedimento di confronto; infatti:

- secondo il IV comma del 37-bis è l'Amministrazione che da inizio a tale procedimento richiedendo al contribuente di fornire i chiarimenti utili ai fini dell'analisi delle operazioni poste in essere;
- nell'ambito dell'“*interpello antielusivo*”, al contrario, è il contribuente che da luogo a tale “dialogo” con l'Amministrazione, prodigandosi a fornire i dati e gli elementi utili, in via preventiva (cioè prima di porre in essere l'operazione), affinché possa essere dimostrata l'ineccepibilità dei comportamenti che ha intenzione di porre in essere⁵⁵.

Come rilevato dalla dottrina, il richiamato IV comma si pone da un lato come garanzia a favore del contribuente e dall'altro come strumento “*agevolativo*” dell'attività

⁵⁴ Ex. 37-bis IV comma.

⁵⁵ Confronto riportato da F. Carrirolo.

istruttoria degli Uffici impositori, rappresentando nella maggior parte dei casi la più significativa fonte di informazioni circa l'effettiva attività svolta dal contribuente.

Proseguendo l'analisi dell'articolo successivo, il V comma recita: *”..fermo restando quanto disposto dall'art. 42, l'avviso di accertamento deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente e le imposte o le maggiori imposte devono essere calcolate tenendo conto di quanto previsto al II comma”*.

Risulta doveroso soffermarsi sull'eventuale “nullità” richiamando il disposto dell'art. 42, in forza del quale *“gli atti impositivi devono essere portati a conoscenza del contribuente mediante la notificazione di avvisi sottoscritti dal capo ufficio o da un funzionario dallo stesso delegato”*.

Inoltre la motivazione che dovrà supportare l'avviso di accertamento avrà un carattere di “straordinarietà” rispetto all'ordinaria motivazione, in quanto dovrà essere formulata, anche e soprattutto, sulla base delle risposte fornite dal contribuente in seguito alle richieste di chiarimento.

Stabilita l'insussistenza delle *valide ragioni economiche* degli “atti, fatti o negozi” posti in essere, sarà disposta successivamente l'emissione dell'avviso di accertamento il quale dovrà recare l'indicazione degli imponibili accertati, delle aliquote e delle imposte liquidate, e deve essere motivato *“... in relazione ai presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che lo hanno determinato e in relazione a quanto stabilito dalle disposizioni di cui ai precedenti articoli che sono state applicate, con riferimento ai singoli redditi delle varie categorie e con la specifica indicazione dei fatti e delle circostanze che giustificano il ricorso a metodi induttivi o sintetici e delle ragioni del mancato riconoscimento di deduzioni e detrazioni”* (ex. art 42 D.p.r. 600/73).

2.4-L'interpello antielusivo.

Data la non sempre agevole interpretazione della norme antielusive e quindi per consentire al contribuente un'applicazione corretta di queste nell'ambito delle operazioni che intende porre in essere, il Legislatore ha previsto una speciale forma di interpello (*cd. “interpello antielusivo”*).

La sostanza di tale istituto risiede nella possibilità fornita dalla legge al Contribuente di poter esperire una particolare procedura al fine di ottenere “delucidazioni” da parte dei competenti organi, in via preventiva, circa la corretta applicazione di determinate norme antielusive in merito a determinate fattispecie, mediante la descrizione del “progetto” al quale si vuole dare concreta attuazione.

Nella sua attuale formulazione, l’art.21 L.413/91⁵⁶ delinea gli organi coinvolti, le fattispecie per le quali è prevista l’applicazione di tale strumento e la procedura esperibile.

In particolare è previsto che per tale procedura è competente in prima istanza la “*Direzione generale dell’Agenzia dell’Entrate*” e successivamente il “*Comitato Consultivo per l’applicazione delle norme antielusive*”.

In merito all’ambito di applicazione è prevista la competenza del Comitato per fattispecie riguardanti:

- *l’elenco delle operazioni ex.37-bis III comma;*
- *ipotesi di interposizione fittizia ex. 37-bis VIII comma;*
- *qualificazione di determinate spese come spese di rappresentanza, pubblicità o propaganda;*
- *disapplicazione di norme concernenti la deducibilità di determinati costi derivanti da rapporti con imprese residenti nei “Paradisi Fiscali”.*

Per quanto riguarda la procedura è previsto invece che il Contribuente possa richiedere il preventivo parere alla competente “*direzione generale del Ministero delle Finanze*” fornendole tutta la documentazione necessaria ai fini dell’analisi delle operazioni prospettate.

Nel caso in cui il soggetto non voglia uniformarsi al parere di tale organo o in mancanza di un esplicito parere dello stesso, il suddetto ha la possibilità di appellarsi al “*Comitato Consultivo per l’applicazione delle norme antielusive*”.

⁵⁶Recante “*disposizioni per ampliare le basi imponibili, per razionalizzare, facilitare e potenziare l’attività di accertamento; disposizioni per la rivalutazione obbligatoria dei beni immobili delle imprese, nonché per riformare il contenzioso e per la definizione agevolata dei rapporti tributari pendenti; delega al Presidente della Repubblica per la concessione di amnistia per reati tributari; istituzioni dei centri di assistenza fiscale e del conto fiscale*”.

In caso di omessa risposta entro 60 giorni dalla richiesta del contribuente e dopo ulteriori 60 giorni da una formale diffida ad adempiere, tale ipotesi equivale al “*silenzio-assenso*”.

A questo punto della trattazione ci si chiede giustamente quali siano gli effetti ex lege dell’omessa risposta e del “*silenzio-assenso*” da parte di quest’ultimo organo.

Ebbene si può evincere come il Legislatore pecchi in tal senso non essendovi una specifica previsione normativa ma piuttosto una serie di tentativi di superare tale lacuna attraverso interpretazioni estensive di disposizioni di carattere generale, quali, fra le altre, l’art.10 dello Statuto dei diritti del Contribuente, sancente il principio di “*tutela dell’affidamento*”⁵⁷.

In base a ciò si può pervenire alla conclusione secondo cui il parere fornito risulti vincolante per l’Agenzia dell’Entrate ma né per il Contribuente e né tantomeno per i giudici tributari.

In altre parole, il Contribuente, nonostante il parere negativo del Comitato, potrà comunque porre in essere la serie di operazioni prospettate facendo però ricadere *l’onere della prova* su se stesso non essendosi uniformato al parere.

Da ciò discendono ulteriori problematiche riscontratesi nell’esperienza concreta nell’utilizzo di tale istituto.

Fra queste, le più rilevanti riguardano l’eventuale sopravvenienza di ulteriori fatti cronologicamente posteriori all’emissione del parere (negativo) del Comitato, in conseguenza della quale è previsto che il Contribuente ne fornisca di ulteriori in modo tale da colmare la discrasia fra quanto prospettato nella precedente descrizione adottata e i nuovi elementi.

Secondo parte della dottrina tributarista tali situazioni derivano da una non propria esaustiva previsione normativa in merito al momento istruttorio del Comitato o da errori formali o sostanziali nella documentazione fornita dal Contribuente a suffragio di un’adeguata e analitica rappresentazione dei fatti che possa agevolare l’iter cognitivo dell’Amministrazione finanziaria.

⁵⁷ *Tesauro*.

Capitolo III

“L’elusione tramite il compimento di operazioni di fusione e di scissione”

3.1-Introduzione.

A questo punto della trattazione è lecito iniziare a tirare le prime conclusioni in merito all’oggetto di tale lavoro, soffermandosi a riflettere sulle difficoltà incontrate dai soggetti protagonisti di tali vicende, Contribuente e Fisco, nell’identificazione, rispettivamente, delle motivazioni a sostegno di determinati comportamenti e del significato di talune disposizioni legislative non sempre suscettibili di agevole interpretazione.

Il focus sulle operazioni di fusione di scissione risulta funzionale ad un approfondimento di tale tematica, considerando la trattazione di tali fattispecie specifiche funzionale a fornire una visione concretizzata delle norme e dei principi fin’ora enunciati.

3.1-Le fusioni: le valide ragioni economiche.

In linea di massima vige nel nostro ordinamento il principio secondo cui le operazioni di fusione sono *neutrali* da un punto di vista fiscale.

In diritto, la fusione è un’operazione⁵⁸, mediante la quale società distinte vengono unite in un unico ente sociale, preesistente alla fusione o creato ex novo.

Lo scopo che il Legislatore attribuisce alle operazioni di fusione è quello di consentire alle imprese coinvolte di aumentare la loro competitività sul mercato, grazie alle maggiori dimensioni raggiunte.

L’ordinamento stesso consente anche alle società poste in un procedimento di liquidazione, a condizione che non si sia data luogo alla procedura di distribuzione dell’attivo⁵⁹, di partecipare ad una fusione al fine di ottimizzare i risultati della “misura straordinaria” alla quale è sottoposta la società.

L’articolo 2501 Cod. civile prevede due diverse modalità operative:

- *Fusione d’unione*: realizzata mediante costituzione di una società nuova, in cui due o più società distinte si estinguono per far spazio ad una nuova società;

⁵⁸ *Disciplinata agli artt. 2501 e ss. del Cod. Civile.*

⁵⁹ *Art. 2501, II comma.*

- *Fusione per incorporazione*, in cui una società, (“*incorporante*”) assorbe altre società (“*incorporate*”), estinguendosi, queste ultime, a seguito del compimento di tale operazione.

Non è difficile osservare come tali disposizioni permettano al imprenditore di intraprendere, nella maniera più assoluta⁶⁰, la scelta più consona alle proprie finalità economico-gestionali.

Ma quando tale libertà sconfini, sfociando in abuso di tali norme per fini tutt’altro che imprenditoriali (perlopiù fiscali), iniziano i problemi.

La conclusione di tali tipi operazioni, come già accennato nell’introduzione di tale lavoro, sono state oggetto di supervisione da parte del Fisco in quanto, in molti casi, non erano poste in essere per finalità rientranti in logiche di riassetto o riorganizzazione aziendale ma per ottenere vantaggi tributari indebiti.

Diverse risultano le modalità operative con cui può essere “*sfruttata*” la normativa di favore prevista per tali operazioni.

Nell’ambito delle operazioni di fusione è stato evidenziato⁶¹ dall’esperienza concreta che finalità elusive della normativa fiscale sono state perseguite attraverso:

- l’applicazione indebita della disciplina sugli “*avanzi e disavanzi*”, ossia i maggiori o minori valori che vengono acquisiti al patrimonio della società incorporante o risultante dalla fusione rispetto al valore contabile delle azioni o quote possedute nella società fusa o incorporata;
- la combinazione fra queste e altre operazioni al fine di poter fruire di agevolazioni fiscali quali, ad esempio, il “*bonus aggregazioni*”⁶²;
- l’applicazione non corretta della disciplina concernente le perdite fiscali.

Ricordando il principio cardine di contrasto all’elusione, sufficientemente trattato in precedenza in tale sede, quale quello delle “*valide ragioni economiche*”, ne risulta doverosa l’analisi del suo concreto atteggiarsi fra gli uffici fiscali chiamati in causa in

⁶⁰ E anche nel momento di liquidazione dell’attivo.

⁶¹ F. Carriolo.

⁶² Nella risoluzione n. 213 del 22/05/2008, l’Agenzia delle Entrate chiarisce che quando nelle stessa operazione di aggregazione aziendale una società diviene conferitaria di più rami d’azienda, il maggior valore fiscale che quest’ultima iscrive a titolo d’avviamento imputabile solo ad alcuni dei rami d’azienda conferiti, non è influenzato dai minori valori imputabili a titolo d’avviamento negativo ad altri suoi rami d’azienda conferiti nella stessa società.

tali occasioni, quali l’Agenzia delle Entrate e il Comitato consultivo per l’applicazione delle norme antielusive.

Rappresentando tale principio l’elemento discriminante fra la constatazione o l’esclusione dell’elusività di un’operazione, risulta necessario, ai fini della trattazione dell’elusione realizzata tramite fusione, stabilire se la scelta del soggetto di intraprendere tale tipo di operazione sia dettata o meno da esigenze quali, ad esempio, l’aumento delle dimensioni aziendali a fini di incremento del fatturato oppure, nel caso speculare, di sfruttare la neutralità del regime fiscale previsto in via di principio dalla normativa tributaria, pensato, quest’ultimo, per garantire fattispecie differenti da quelle prospettate dal Contribuente, il quale vuole avvalersi indebitamente di tale principio.

A tal proposito la trattazione che seguirà nei successivi paragrafi si avvarrà, per fini esplicativi, dell’utilizzo di alcuni significativi provvedimenti, quali “*risoluzioni e pareri*”, adottati da tali organi⁶³, al fine di mettere in luce l’aspetto secondo cui in ogni caso la posizione favorevole o contraria dell’Amministrazione sia dipendente dalla sussistenza o meno dei canoni di elusività ex. art 37-bis I comma, risultando funzionale l’analisi della casistica ad una migliore interpretazione delle norme fin’ora esaminate, cercando di analizzare in che termini si manifesti l’effettiva reazione di contrasto da parte del Fisco.

In particolare verranno presi in considerazione una risoluzione dell’Agenzia dell’Entrate e due pareri resi in sede di interpello dal Comitato consultivo per l’applicazione di norme antielusive recentemente adottati, i quali, pur risultando provvedimenti scaturenti da “controversie” differenti, permettono di evincere in ogni caso la posizione attenta e avversa affinché non venga la fattispecie fin’ora descritta.

3.2 - Fusione elusiva. La risoluzione n. 62/E 28/2/2002 - AGENZIA DELLE ENTRATE⁶⁴.

Un’utile chiave di applicazione del principio delle *valide ragioni economiche* alle operazioni di fusione è data dalla risoluzione n. 62/E del 28 febbraio 2002

⁶³ Agenzia delle Entrate e Comitato antielusivo.

⁶⁴ Esempio riportato da F. Carrirolo ne “L’elusione fiscale”.

dell’Agenzia delle Entrate, intervenuta, quest’ultima, nell’ambito di un’istanza di interpello antielusivo riferita al caso di una società posta in liquidazione del 2001 detenente una partecipazione di controllo totalitaria in un’altra società con medesima ubicazione della sede legale della controllante.

Nella documentazione era stata fornita anche la previsione della successiva messa in liquidazione della controllata.

Le ragioni addotte dalla controllante nell’istanza di interpello fondavano il compimento di tale operazione nella difficile situazione economica che il gruppo societario stava trascorrendo, nel necessario risparmio di oneri amministrativi e nel contestuale reperimento delle risorse strumentali all’*”ottimizzazione del procedimento di liquidazione”*.

In particolare, secondo un estratto dell’istanza⁶⁵ presentata, la giustificazione economica di tale operazione sarebbe consistita nell’agevolazione nell’alienazione dei cespiti e in una *“... pianificazione unitaria dei piani di ammortamento dei debiti e delle azioni di recupero dei crediti, oltre che numerose semplificazioni di ordine contabile-amministrativo”*.

Dall’esame della documentazione patrimoniale, addotta dal soggetto, l’Ufficio ravvisò in capo all’incorporante ingenti perdite e in capo all’incorporata notevoli plusvalenze derivanti da cessioni di rami d’azienda.

Nel parere reso nella risoluzione dell’Agenzia si ravvisò la convinzione di quest’ultima della sussistenza degli estremi di una fattispecie elusiva, sostenuta da motivazioni secondo le quali un’operazione di fusione dovesse essere funzionale al miglioramento delle condizioni economico-finanziarie aziendali quali, ad esempio, l’incremento del fatturato o una maggiore facilità nel reperimento di capitale di credito, affermando, secondo il testo della risoluzione che tale operazione potesse essere economicamente motivata quando *“... finalizzata a determinare sinergie produttive, commerciali, finanziarie tra le realtà aziendali che si fondono”*.

E anche in questo non risulta difficile osservare la continua ricorrenza e l’ulteriore affermazione del principio delle valide ragioni economiche, risultando, anche in questa

⁶⁵ Tratto da *“www.agenzia.gov.it”*.

occasione, lo strumento che ha permesso al Fisco di riqualificare tale operazione in base alle implicazioni economiche che sarebbe conseguite in capo al soggetto, effettuando valutazioni comparative con le ragioni di natura fiscale, al fine di stabilire quale sia il fondamento alla base della stessa.

La posizione contraria al riconoscimento dei vantaggi fiscali che si sarebbero conseguiti nell'operazione viene suffragata dalla volontà di liquidazione espressa nel documento, ingenerando altresì nell'Ufficio la convinzione secondo cui tale operazione era volta a creare una nuova entità economica da porre successivamente in liquidazione in modo tale da poter sfruttare la compensazione fra le perdite della controllante e le plusvalenze della controllata, derivanti, quest'ultime, come già accennato, dalle cessioni di rami d'azienda.

Nello specifico, il compimento di tale operazione avrebbe comportato la violazione di norme tributarie quali l'art. 84 T.u.i.r.⁶⁶, disciplinante i limiti quantitativi e temporali del riporto delle perdite a periodi successivi e il principio generale di divieto di compensazione intersoggettiva⁶⁷ fra utili e perdite.

3.3 - Fusione non elusiva. Pareri del Comitato consultivo applicazione norme antielusive nn. 31 e 32 14/10/2005⁶⁸.

Contrariamente a quanto riscontrato nell'esame del precedente caso relativo ad un'istanza di interpello finita con la dichiarazione dell'elusività di un'operazione di fusione, i pareri nn. 31 e 32 emanati dal Comitato il 14/10/2005 in merito alla fusione di due società, hanno "accolto" positivamente le dichiarazioni addotte dalle due, non ravvisando le caratteristiche proprie di una tipica fattispecie elusiva.

In particolare, le due società istanti erano due s.r.l. fiscalmente residenti nel territorio italiano, di cui la prima controllata al 68% da una società guatemalteca e la seconda, in liquidazione, controllata al 32% dalla prima società e per la restante parte dalla guatemalteca, esercitanti attività di gestione immobiliare e agricola.

⁶⁶ All'epoca 102.

⁶⁷ Tale divieto prevede che non possano essere compensati utili e perdite derivanti dalla conduzione di diverse attività.

⁶⁸ Esempio riportato da F. Carriolo.

L'operazione prospettata nel documento di istanza prevede un'operazione di fusione per unione con costituzione di una nuova società, successivamente alla revoca dello stato di liquidazione della seconda società.

Le motivazioni addotte circa le ragioni economiche a sostegno dell'esclusione dell'inserimento di questa nell'ambito fattispecie elusiva si sostanziavano nella riduzione dei costi di gestione sostenuti dai due enti al fine di aumentare la competitività della costituenda società sul mercato.

Nella documentazione fornita era anche contenuta l'esplicita previsione che nel breve termine non si sarebbe dato luogo ad alcuna operazione di cessione delle quote aziendali.

I dubbi che spinsero le istanze a richiamare l'attenzione del Fisco su tale operazione erano dovuti agli effetti fiscali che sarebbero derivati dall'operazione; infatti, a seguito di questa, le poste attive e passive della nuova società sarebbero state percepite in regime di neutralità fiscale.

Ma il Comitato appianò tali dubbi non ravvisando gli estremi di elusività di tale operazione, accogliendola con motivazioni circa il soddisfacimento di vere esigenze economiche e affermando che in tal modo non si sarebbero sottratti alla tassazione dovuti i beni posseduti in precedenza dalle due società e quella derivante dalla realizzazione di plusvalenze dall'eventuale cessione di beni nella nuova società.

Ed anche in tale caso è stata dimostrata la rilevanza delle “*valide ragioni economiche*”, come strumento neutrale di decisione in controversie derivanti dalla non corretta applicazione delle norme fiscali, in buona o mala fede.

3.4 - Le scissioni.

In linea di principio anche per le operazioni di scissione aziendale è previsto un consistente numero di disposizioni di favore.

Ma per valutare la corretta applicazione di queste si ricorrerà, anche in questo caso, all'analisi delle motivazioni economiche a fondamento del compimento di tale tipo di operazione.

Non è difficile immaginare, anche in tale contesto, il dovuto inserimento del principio della validità delle ragioni economiche in quanto, nel caso in cui questo venga a

manca, vi è l'attribuzione all'Ufficio del potere di delegittimare i benefici fiscali indebitamente conseguiti, conseguentemente al riconoscimento dei tratti elusivi nella conclusione di un'operazione di scissione⁶⁹.

E anche in questa occasione ci si avvarrà dell'analisi di specifici casi in modo tale da enucleare le caratteristiche determinanti la ricognizione di tali fattispecie.

L'Amministrazione finanziaria ha espresso il suo diniego al riconoscimento di vantaggi tributari derivanti dalla scissione totale proporzionale di una società in nome collettivo, attiva nella vendita di mobili e arredamenti, in due entità sociali distinte, alle quali sarebbe stata data in consegna un ramo operativo e lo stabilimento dove si svolge la produzione, al fine di vendere in una fase successiva le partecipazioni del complesso aziendale⁷⁰.

La "critica" mossa a tale operazione è che non vi fosse la ricorrenza delle condizioni per ravvisare nell'intenzione dei soci alcuna strategia imprenditoriale a suffragio di tale operazione ma piuttosto l'obiettivo di accedere al regime fiscale più favorevole dei cosiddetti "capital gain"⁷¹.

Il compimento di un'operazione di scissione può quindi trovare legittimo accoglimento quando posta in essere per finalità *satisfattive* della compagine societaria, fra le quali, ad esempio, la volontà di suddivisione, a fini organizzativi, delle diverse attività produttive che caratterizzano l'oggetto sociale o anche, addirittura, per consentire alla stessa il soddisfacimento di esigenze di suddivisione dell'attività, che possono essere sentite a causa di eventuali situazioni di dissidio fra i soci, profondi a tal punto da non poter più permettere di proseguire in maniera compatta l'attività aziendale⁷².

⁶⁹ Tali considerazioni sono riassuntive di quanto espresso dall'Agenzia dell'Entrate nella risoluzione 256/E 2 Ott. 2011.

⁷⁰ www.fiscooggi.it

⁷¹ Disciplinati ex art. 68 T.u.i.r.

⁷² Quest'ultima fattispecie, come osservato da Carrirolo, non è di semplice dimostrabilità nei confronti dell'Amministrazione in quanto dovrà essere supportata da documenti che possano evidenziare le situazioni di conflittualità esistenti fra i soci (.. diffide, verbali del CDA, carteggi ecc.). Con tale previsione si vuole sottolineare l'ampiezza con cui si possono intendere le ragioni economiche.

3.5 - Scissione elusiva: parere n. 8 Comitato antielusivo 22 Marzo 2007.

La scelta di analizzare tale provvedimento è volta a rafforzare la precisazione riportata nella precedente nota circa la difficile dimostrabilità delle ragioni a sostegno di un'operazione di scissione quando dovuta a situazioni conflittuali presenti nella compagine societaria.

E infatti, nonostante la documentazione presentata in tale istanza a sostegno di tali motivazioni, il Comitato ha espresso parere negativo in merito al compimento di tale operazione, escludendo la sussistenza delle “ridondanti” *valide ragioni economiche*.

Nel dettaglio l'operazione prospettata nel documento di istanza dai tre soci prevedeva che la scissione della società in oggetto, esercitante attività di intermediazione immobiliare e finanziaria, avrebbe comportato il sorgere di altre due entità derivanti dalla società scindenda e la volontà di compiere tale operazione sarebbe stata dovuta al perseguimento di fini aziendali quali il superamento della “*paralisi gestionale*”⁷³, la riorganizzazione aziendale mediante migliore penetrazione nel mercato attuata attraverso una maggiore articolazione e differenziazione delle risorse disponibili⁷⁴.

Inoltre, a suffragio di ciò, veniva esplicitamente dichiarata la “*continuità di valori storici*” con cui sarebbe stata effettuata l'operazione, l'esclusione dell'ipotesi di sottrazione dei beni immobili al regime di impresa e la volontà di non cedere le partecipazioni detenute a seguito della conclusione dell'operazione”⁷⁵.

Gli effetti patrimoniali derivanti da tale operazione⁷⁶ si sostanziavano nel ricevimento da parte delle due beneficiarie di parte del patrimonio della scissa, la quale avrebbe proseguito nell'attività di gestione immobiliare, mentre i debiti sarebbero stati parzialmente trasferiti ad una delle beneficiarie in maniera strumentale da evitare l'eventuale corresponsione di conguagli in danaro.

Evitando di rendere prolissa la trattazione di tale provvedimento è possibile mettere in risalto la scelta di assumere una posizione sfavorevole al compimento di tale operazione da parte dell'Ufficio, il quale non ravvisò la sussistenza di valide ragioni

⁷³ *Dovuta ai dissidi fra i soci.*

⁷⁴ *Si veda il testo del testo dell'istanza sul sito www.agenziaentrate.gov.it dal quale è possibile rilevare l'ampiezza degli oggetti sociali delle società derivanti dalla scissione.*

⁷⁵ *Così nell'istanza di interpello.*

⁷⁶ *Di “scissione parziale non proporzionale”.*

economiche a sostegno dell'operazione prospettata, ritenuta, quest'ultima, veicolo per conseguire indebiti vantaggi tributari tramite il differimento della tassazione delle plusvalenze dei beni che sarebbero stati assegnati, fruendo della *neutralità* del regime fiscale tipico delle scissioni.⁷⁷

Capitolo IV

“L’elusione a livello transnazionale”

4.1-Cenni alle più significative fattispecie elusive in ambito internazionale.

Risulta doveroso allargare gli orizzonti di tale lavoro oltre i confini nazionali, cercando di delineare, per l'appunto, le modalità con cui tale fenomeno si manifesta in ambito europeo e internazionale, dovendo tenere sempre in considerazione gli effetti derivanti dal processo di globalizzazione.

Non è difficile immaginare come società di rilevanti dimensioni e operanti in più Paesi possano cercare di porre in essere operazioni di “*arbitraggio fiscale*” volte a sfruttare le “*asimmetrie impositive*”⁷⁸ esistenti fra i vari ordinamenti tributari.

Rientrando tale categoria nell'ambito di operazioni elusive, tale fattispecie viene posta in essere “esportando” la base imponibile in un altro Paese avente un regime fiscale meno oneroso⁷⁹.

Attualmente, al fine di contrastare tale pratica, gli Stati membri stanno adottando misure finalizzate al coordinamento e alla collaborazione fra le varie Amministrazioni Finanziarie, affinché gli operatori economici non compiano abusi delle maggiori

⁷⁷ Dal testo del parere si poteva evincere ,sotto il profilo delle valide ragioni economiche,l'esclusione di”..un profilo di riorganizzazione aziendale economicamente rilevante a favore della società scindenda e delle beneficiarie, essendo nell'impossibilità di ravvisare “.. alcun vantaggio di tipo economico-imprenditoriale di cui la prima società dovrebbe beneficiare in conseguenza della consistente riduzione del patrimonio immobiliare oggetto della propria attività,né, anche in considerazione dell'ampiezza e dell'eterogeneità dell'oggetto sociale di entrambe le beneficiarie,nonché dell'attività svolta in concreto da quella già esistente, le prospettive di migliore utilizzazione o rendimento che dovrebbero concretizzarsi sugli immobili trasferiti”.

⁷⁸ F. Carrirolo.

⁷⁹ F. Carrirolo.

libertà derivanti dall'appartenenza al “*mercato comune*” e dalle eventuali convenzioni bilaterali stipulate con paesi extra-UE.

A tal proposito, fra le misure adottate al fine di contrastare ciò, si può menzionare la “*Guidelines for multinational enterprises*” emanata dall'OCSE e rivolta alle imprese transnazionali con la finalità di promuovere un comportamento commerciale responsabile e il più possibile uniforme, conformandosi all'ordinamento fiscale in cui si intende operare⁸⁰.

Fra le più significative operazioni elusive a carattere transnazionale possono ravvisarsi:

- il “*dividend washing*”⁸¹;
- la “*thin capitalization*”;
- il “*transfer pricing*”;
- il “*treaty shopping*”;

Le operazioni di “*dividend washing*”⁸² consistono nell'acquisto di partecipazioni “*cum cedola*”, che vengono cedute successivamente alla percezione della stessa, a prezzi di mercato inferiori ai valori di acquisto.

Una delle più significative disposizioni di contrasto a tale pratica, stabilisce che *le minusvalenze patrimoniali realizzate su azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni che non beneficiano della participation exemption non rilevano fino a concorrenza dell'importo non imponibile dei dividendi percepiti nei 36 mesi precedenti il realizzo*⁸³.

La *thin capitalization*⁸⁴ si sostanzia nell'occultamento delle condizioni rinvenibili nel caso di acquisto di partecipazione tramite la simulazione di un finanziamento.

Più precisamente tale pratica consiste nell'erogazione di un “*finanziamento fittizio*” da parte di una società ad un'altra società, creando una discrasia fra l'aspetto formale⁸⁵ e quello sostanziale⁸⁶.

⁸⁰ Citato da P. Valente in “*Fiscalità internazionale*”.

⁸¹ “*Ma che soddisfano, comunque, i requisiti oggettivi della commercialità e della residenza in paesi iscritti nella white list*”.

⁸² www.fiscoetasse.com

⁸³ *Recepita nell' art. 87 T.u.i.r.*

⁸⁴ www.fiscoetasse.com.

⁸⁵ *Quale la stipulazione di un contratto di finanziamento.*

L'elusività di tale operazione è rinvenibile nei rapporti partecipativi che legano il “mutuante e il mutuatario”, risultando quest'ultimo, di fatto e in realtà, partecipato dal primo.

Nel concreto, “l'indebito vantaggio tributario” che si intende conseguire consiste, per la società partecipata, nell'imposta che la stessa risparmia grazie alla deducibilità dal suo reddito d'impresa degli interessi passivi corrisposti ai soci, rispetto alla diretta corresponsione di dividendi fiscalmente indeducibili e per i soci qualificati, nel minore o nullo ammontare dell'imposta che gli stessi assolvono sugli interessi attivi percepiti rispetto all'ammontare dell'imposta che avrebbero dovuto assolvere sui dividendi⁸⁷.

Il “transfer pricing” consiste, invece, nella sofisticazione degli effettivi prezzi di vendita applicati nel trasferimento di beni all'interno di gruppi di società, al fine di trasferire gli utili in Paesi aventi un regime fiscale meno oneroso rispetto ad altri⁸⁸.

Le Autorità, nazionali e straniere, prestano particolari “sforzi” nel contrasto di tale pratica, adottando misure sempre più sofisticate ed efficaci ai fini della determinazione di tali fattispecie, risultando il “prezzo” funzionale alla determinazione della base imponibile, non solo delle imposte dirette, ma anche di quelle indirette, alle quali il Legislatore attribuisce notevole importanza per le conseguenze in termini di gettito⁸⁹.

L'eventuale “manipolazione” dei prezzi ha come conseguenza l'allocazione del reddito fra le società controllate a discrezione della “capogruppo” tramite la delocalizzazione della base imponibile in Paesi, come già accennato, che prevedono un regime fiscale meno oneroso o addirittura inesistente su determinate operazioni.

L'ordinamento nazionale e i trattati contro la doppia imposizione sino ad oggi stipulati dall'Italia, stabiliscono che detti prezzi devono essere applicati in base al *valore normale*⁹⁰ dei beni e dei servizi oggetto di trasferimento.

⁸⁶ *Quale l'acquisto di partecipazioni.*

⁸⁷ *Tratto da www.fiscoetasse.com.*

⁸⁸ *Ci si riferisce ai cd. “Paradisi Fiscali”.*

⁸⁹ *Si pensi all'IVA.*

⁹⁰ *Dal testo dell' art. 9 T.u.i.r.: “Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso.”*

L'importanza di tale "*parametro*" è rinvenibile anche nell'art. 110 VII comma del T.u.i.r., il quale stabilisce che i componenti di reddito, derivanti da operazioni infragrupo con società non residenti nel territorio dello Stato, derivanti dallo scambio di beni o servizi, sono valutati in base questo criterio.

Inoltre, al fine di sottolineare la *forte determinazione* anche del "Legislatore straniero" al fine di contrasto di fattispecie elusive tramite strumenti "equi" si può fare particolare riferimento *all'art. 9 II paragrafo del Commentario del "Modello di Convenzione"*⁹¹ OCSE del 1992, nel quale si può ravvisare dal disposto di tale norma, la necessaria e "continua collaborazione" fra gli stipulanti⁹² per il perseguimento di tali finalità.

Infine il "*treaty shopping*" consiste nello sfruttamento di un regime vantaggioso contro la *doppia imposizione* esistente tra determinati Paesi, stabilendo un'attività economica nel territorio di uno dei Paesi che hanno stipulato una Convenzione, con la finalità di poter giovare della fruizione delle agevolazioni previste da tali "accordi", altrimenti non accessibili.

Considerazioni conclusive.

Come da più parti si è cercato di mettere in luce in tale lavoro, l'applicazione concreta della norma antielusiva risulta tutt'altro che di facile esercizio.

Ciò, a parere di chi scrive, è dovuto ai non pochi sforzi interpretativi da compiere, imputabili anche all' "*infelice formulazione*"⁹³ dell'art. 37-bis, da entrambe le parti coinvolte al sorgere di tali fattispecie.

Non è difficile immaginare quanto sia "preziosa" l'idea del Legislatore secondo la quale il Contribuente non debba "travisare" la Sua volontà, prestando attenzione nell'applicazione di una norma, la quale potrebbe non essere coerente con la "ratio" della complessiva produzione normativa.

D'altra parte, nemmeno il compito del Legislatore, nella riqualificazione degli "*atti, fatti o negozi*", risulta agevole.

⁹¹ Risalente al 1992.

⁹² "...per determinare tali aggiustamenti si tiene conto delle altre disposizioni del Trattato e, se necessario, le Autorità competenti degli Stati Contraenti si consulteranno".

⁹³ Così Tabellini.

Ciò è dovuto alle difficoltà dei requisiti previsti nella disposizione⁹⁴ che, per la loro genericità e ampiezza di interpretazione, non sono sempre suscettibili di essere supportati da adeguate prove circa la loro sussistenza.

A complicare tale situazione sembra la struttura intrinseca del corpus normativo in materia risultante, perlopiù, da provvedimenti governativi spesso *frettolosi e affrettati*⁹⁵ volti a colpire fattispecie aventi sembianze nuove e sconosciute che nel tempo hanno in più occasione sorpreso la “buona fede” del Legislatore, il quale, invece, si è più volte posto degli “*scrupoli*” nel non estendere la portata di tali norme oltre alla mera imposizione sui redditi.

Tale scelta è stata, a parere di chi scrive, dettata anche da profonde valutazioni più di natura economica che socio-giuridica, in quanto l’estensione anche all’imposizione sugli scambi e sulle transazioni avrebbe procurato una “*paralisi economica*” non comportante sicuramente benefici in termini di gettito fiscale. Una norma antielusiva, avendo a mente le motivazioni che ne legittimano l’esistenza nell’ordinamento, non dovrebbe riscontrare limitazioni nella portata ma dovrebbe risultare il filo conduttore caratterizzante ogni rapporto impositivo. E proprio tale funzione si voleva attribuire al dettato ex. 37-bis, il quale dovrà, in una visione prospettica, rappresentare, molto probabilmente il punto di partenza della statuizione di una clausola antielusiva di carattere generale.

L’obiettivo che sarebbe da perseguire dovrebbe consistere nel trovare il giusto inquadramento della norma antielusiva, applicabile in tutti i settori e per tutte le imposte, *in modo tale da dissuadere chiunque voglia sottrarre risorse alla collettività*⁹⁶, prevedendo l’introduzione di istituti e strumenti necessari che contemperino le contrapposte esigenze pubbliche e private, ispirandosi ai principi costituzionali in veste, quest’ultimi, di “strumenti” in grado di sanare in maniera equa eventuali “*dimenticanze o lacune*” del Governo.

È proprio tale “braccio di ferro” continuo che ha inciso e continua tutt’ora a incidere sulla composizione *quantitativa e qualitativa* del complessivo ordinamento in materia di lotta all’elusione fiscale.

⁹⁴ 37-bis.

⁹⁵ Si noti l’innumerevole presenza di Decreti Legge emanati in casi di “..necessità e urgenza”.

⁹⁶ Tabellini

Bibliografia

“L’elusione della norma tributaria” di Paolo M. Tabellini – GIUFFRÈ EDITORE;

“L’elusione fiscale- Pianificazione fiscale e abuso delle norme tributarie, operazioni straordinaria e transazionali di Fabio Carriolo - EDIZIONI IL SOLE 24 ORE;

“Istituzioni di diritto tributario” - FRANCESCO TESAURO;

Consultazione sito www.altalex.com;

Consultazione sito www.corsomagistratitributari.unimi.it;

Consultazione sito internet www.nuovofiscooggi.it;

consultazione sito web www.fiscoetasse.it;